



INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Director: **Juan Carlos Cassagne**

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Pedro Aberastury - Juan Martín Alterini - Javier Indalecio Barraza -
Carlos A. Botassi - Juan Carlos Cardona - Luis Armando Carello -
Juan Carlos Cassagne - Nidia Karina Cicero - Pedro José Jorge
Coviello - Ignacio M. de la Riva - Mario Rejtman Farah - Héctor
M. Pozo Gowland - Carlos José Laplacette - Catalina Legarre -
Roberto Enrique Luqui - Pablo Esteban Perrino - Estela B.
Sacristán - Jorge H. Sarmiento García - Gabriela Seijas -
Gustavo E. Silva Tamayo - Guido Santiago Tawil -
Daniela Ugolini

THOMSON REUTERS

LA LEY

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad
de los autores y no reflejan necesariamente la opinión
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA
La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.Pág. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 57.

SERIE II - OBRAS

- 1.— *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.— *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.— *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.— *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.— *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.— *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.— *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.— *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.— *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.— *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.— *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.— *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.— *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.— *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.— *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.— *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.— *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
- 18.— *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.— *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.— *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.— *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.— *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.— *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.— *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.— *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.— *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31.— *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32.— *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

33.— *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34.— *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35.— *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*

2.— *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*

3.— *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.— *Estudios sobre daño moral.*

6.— *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

7.— *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*

8.— *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

9.— *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*

10.— *Los vicios de la voluntad.*

11.— *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

12.— *Capacidad civil de las personas.*

13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.— *Sociedad Conyugal.*

15.— *Teoría y práctica de los contratos.*

16.— *Código Civil y Comercial.*

17.— *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

18.— *Estudios de los Derechos Personalísimos.*

19.— *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.— *Estudios de Derecho Civil.*

2.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

— *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*

— *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

— *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

— *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*

— *Derecho Internacional.*

- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Vicepresidente

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Secretarios

*Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Director de Publicaciones

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos	13 septiembre 2018
------------------	--------------------

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogúe
Dr. Juan R. Aguirre Lanari
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Jorge H. Alterini
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia
Dr. Antonio Bermej
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Carlos María Bidegain
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. José O. Casás
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Santos Cifuentes
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Horacio P. Fargosi

Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Roberto Guyer
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma

Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

A modo de presentación	
DR. JUAN CARLOS CASSAGNE.....	XIX

DOCTRINA

El derecho administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Las implicancias del Título Preliminar del Código Civil y Comercial en el ámbito del derecho administrativo	
POR HÉCTOR M. POZO GOWLAND	1
Relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo	
POR CARLOS A. BOTASSI	37
La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al Derecho Administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)	
POR JUAN CARLOS CASSAGNE	63
La prescripción de los tributos locales	
POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI.....	81
La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en materia de contratos administrativos: especial referencia al instituto de la responsabilidad y de la prescripción	
POR CATALINA LEGARRE	93
El Código Civil y Comercial de la Nación, la prescripción de los tributos locales y el federalismo	
POR NIDIA KARINA CICERO.....	133
El derecho administrativo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos reales	
POR JUAN CARLOS CARDONA	153
Dominio público y privado del Estado: régimen jurídico	
POR DANIELA UGOLINI.....	181

Responsabilidad del Estado y prescripción liberatoria. Apuntes sobre las relaciones entre el Código Civil y Comercial y la ley 26.944 POR CARLOS JOSÉ LAPLACETTE.....	219
La responsabilidad de los Estados locales a partir de la ley 26.944 POR GABRIELA SEIJAS.....	247
¿Resulta exigible frente al Estado el deber de prevención del daño previsto en el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial? POR GUIDO SANTIAGO TAWIL	277
El Código Civil y Comercial de la Nación en el procedimiento administrativo POR PEDRO ABERASTURY	289
La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho argentino POR PABLO ESTEBAN PERRINO.....	307
Las nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación (A propósito de su incidencia en el régimen de nulidades de la ley 19.549) POR GUSTAVO E. SILVA TAMAYO	329
La anulación de oficio del acto administrativo a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación POR MARIO REJTMAN FARAH	373
Sobre los derechos de incidencia colectiva POR JORGE H. SARMIENTO GARCÍA.....	391
La buena fe POR LUIS ARMANDO CARELLO	429
Las <i>astreintes</i> contra el Estado POR JAVIER INDALECIO BARRAZA	445
<i>Astreintes</i> , ¿son aplicables al Estado y sus funcionarios en la realidad jurídica argentina actual? POR JUAN MARTÍN ALTERINI.....	463

La protección de la confianza y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	
POR PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO	491
¿Nominalismo o valorismo en el nuevo Código Civil y Comercial? (Una cuestión central de los contratos públicos)	
POR ESTELA B. SACRISTÁN	521
Propiedad comunitaria de los pueblos originarios y responsabilidad del Estado constituyente	
POR IGNACIO M. DE LA RIVA	553

A MODO DE PRESENTACIÓN

El Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, creado por iniciativa de nuestro maestro Dr. Miguel Santiago Marienhoff, tiene por finalidad primordial realizar estudios e investigaciones sobre cuestiones de la disciplina, sin perjuicio de las periódicas reuniones y debates que se suscitan en su seno, con la intervención activa de los miembros del Instituto.

El tema objeto de este libro, referido a las relaciones existentes entre el nuevo Cód. Civ. y Com., aprobado por ley 26.994, despertó, desde su sanción, el interés de nuestro Instituto en llevar a cabo diferentes trabajos tendientes a esclarecer el sentido y alcance de las nuevas normas en lo que concierne a su proyección sobre las instituciones que componen el derecho administrativo.

Como puede apreciarse, el nuevo ordenamiento civil y comercial de la Nación plantea un bloque de problemas, prácticamente en todos los campos del derecho administrativo sustantivo y, aun adjetivo, que deben resolverse a la luz de las técnicas de la analogía y, en menor medida, de la supletoriedad, porque de lo que se trata, en definitiva, es de armonizar las nuevas instituciones reguladas por el nuevo Cód. Civ. y Com. a los fines y principios que presiden el derecho administrativo, sin perjuicio de que existan prescripciones del derecho de fondo que resultan directamente aplicables a la disciplina (v.gr. en materia de condición jurídica de las personas y del dominio público), las que han sido reguladas el nuevo Código, antes que, por efecto de la tradición jurídica, por la necesidad de unificar el derecho de fondo, marcando los límites entre el derecho público y el derecho privado.

En definitiva, se trata de la tarea de interpretar los textos del nuevo Código con arreglo al método jurídico más adecuado que encuentre apoyo en los principios generales del derecho público habida cuenta que nuestra disciplina es, fundamentalmente, un derecho basado en los principios jurídicos y en la Constitución más que en las leyes y reglamentos, sin relegar el papel que cumple el derecho positivo en la aplicación

del derecho, en tanto no rebase los límites que le imponen la justicia y la moral pública.

De un modo u otro, creemos que tal ha sido la tónica de los trabajos que contiene esta publicación que estimamos será de gran utilidad, especialmente para los juristas especializados e incluso para los profesionales que ejercen la abogacía en los tribunales de justicia.

Vaya, finalmente, nuestro agradecimiento a los colegas que han permitido la culminación de esta obra con aportes de enjundia doctrinaria que enriquecen al derecho administrativo argentino.

Buenos Aires, 2 de julio de 2017

DR. JUAN CARLOS CASSAGNE
Director del Instituto de Derecho
Administrativo de la Academia
Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Buenos Aires

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

LAS IMPLICANCIAS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR HÉCTOR M. POZO GOWLAND

I. Los orígenes del derecho administrativo

El derecho administrativo nace en el período comprendido entre la Revolución Francesa de 1789 y la terminación del Segundo Imperio. Comienzan, entonces, a esbozarse los rasgos caracterizadores del 'régimen administrativo': existencia de una jurisdicción administrativa especializada y sumisión de la administración a normas diferentes del derecho común(1).

Se inició así en Francia un proceso que significó pasar de un sistema de organización del Estado basado en la superioridad del gobernante, a otro basado en la idea de que el poder político surge de la voluntad general, que se expresa por medio de la ley, una ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del conciudadano y articular la libertad de cada uno con los demás, y a asegurar la coexistencia entre los derechos de todos(2).

(1) WEIL, Prosper, *Derecho administrativo*, 1ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, p. 39.

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2009, 3ª ed., ps. 145-146.

Desde sus orígenes el derecho administrativo formó parte del derecho público, con la intención de regular las prerrogativas de la administración. A partir de este propósito se fueron formulando las distintas instituciones como fueron la creación de la jurisdicción administrativa, el régimen del servicio público, la teoría del acto administrativo. Hauriou expresó: “el derecho administrativo francés es un derecho jurisprudencial, pretoriano, hecho por el juez administrativo (*judge made*), lo cual también ha visto muy bien Dicey; es, finalmente un derecho organizado conforme a la teoría del acto de administración, es decir, del acto jurídico. En definitiva, estamos en presencia de un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto” (3).

La organización del Estado y el ejercicio del poder público bajo el estado de derecho, plantearon la necesidad de fijar las normas que por un lado regulen la actuación estatal, pero al mismo tiempo consideren la relación con los particulares y la solución de los conflictos. El derecho administrativo se fue formando así bajo el sometimiento de los principios y reglas del derecho constitucional, formulando a su vez las diferencias que sus regulaciones debían tener con las del derecho privado. Así lo señalaba Bielsa en 1928: “El derecho administrativo existe, además, elevado a la dignidad de disciplina científica autónoma, en la doctrina y en la cátedra; y eso solo bastaría para considerarla tal. Pero ello no quita que siendo, como es, una rama del derecho público, y tener, por consiguiente, sus normas y contenido distinto del derecho civil, no se apoye alguna vez en algún principio fundamental del Código Civil, o en algún postulado esencial de este derecho; es decir, en alguno de aquellos postulados que encierran principios de eterna justicia, como en el *neminem laedere*, el *jus sum cliques tribuere* y aun de algunos fundados en el caso de enriquecimiento sin causa (empleo útil especialmente) que se hacen efectivas por los medios del derecho común; del mismo modo que la ciencia de la administración presupone por su propia definición un postulado hedonístico, que de la Economía Política, según dijimos en la conferencia inaugural hace dos años. Siendo ello así se explica por qué hablamos solo de ‘relaciones’ del derecho administrativo con el derecho civil, y de ‘dependencia’ del derecho administrativo respecto del derecho constitucional. Mejor dicho: mientras en el derecho administrativo y el derecho constitucional hay una relación de dependencia estrecha, cualquiera sea el concepto que de ella se tenga —según las diversas definiciones que

(3) HAURIOU, Maurice, *Derecho administrativo y derecho público*, Colección Grandes Maestros del Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2007, p. 14.

contiene el concepto—, entre el derecho administrativo y el derecho civil hay solo una relación de continuidad; de contactos sucesivos. Digo continuidad, pero en el sentido objetivo; porque si bien confundidos uno y otro durante algún tiempo, han sido siempre substancialmente distintos, como es distinto el contenido de las normas que los constituyen, y los sujetos de la relación jurídica (por lo menos uno necesariamente) a los cuales las normas se refieren” (4); a lo cual agregó: “Las instituciones de derecho administrativo han vivido en su periodo primario —y perdónese la expresión— en una zona nebulosa formada entre los límites del derecho público (Constitución) y el derecho privado (Código Civil). Y ha habido así una tendencia de parte de uno y otro derecho a absorber, en su sus respectivas esferas, relaciones respecto de las cuales no se presentaba del todo definido su carácter. El derecho constitucional ha visto el lado político de la cuestión, y la consideró, por eso, de su exclusiva competencia; (...). Pero he ahí que la fórmula de derecho constitucional es demasiado vaga y general, por lo que ella requiere la norma específica y concreta del derecho administrativo. Y lo mismo respecto de las soluciones dadas por el Código, desde que ellas no pueden, por si solas, resolver una cuestión entre contratantes que representan intereses distintos; el uno el interés público, el otro el interés privado; lo que lleva a que es menester la norma que regule precisamente la institución, conciliando esos intereses, y tal norma es de derecho administrativo” (5).

El derecho administrativo en su formación fue haciendo uso de un verdadero préstamo de instituciones del derecho civil, que exigió en primer lugar dotarlas de su diferenciación, para luego brindarles sus propios rasgos sustantivos. Así fue ocurriendo en las cuestiones patrimoniales, de actuación, contratación, responsabilidad, etc.

II. El derecho civil y el derecho administrativo. Las idas y vueltas

Motivo de antiguo debate y preocupación ha sido la distinción entre derecho público y derecho privado, cuyos orígenes se remontan al derecho romano. Ello dio lugar a diferentes criterios de distinción: en función de los interés públicos o privados comprometidos; según el sujeto público estatal o privado interviniente; teniendo en cuenta si se trata de relaciones igualitarias o de subordinación entre las partes.

(4) BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, J. La-jouane & Cía. Editores Librería Nacional, Buenos Aires, 1928, ps. 11-22.

(5) BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, cit., ps. 22-23.

La realidad demuestra que las situaciones no son unívocas, que los intereses no son enteramente públicos o íntegramente privados, sino que cada caso requiere ser analizado en función de sus distintos componentes, buscando el adecuado equilibrio que es en definitiva el fin último del derecho. Es que el derecho es uno solo, y las distinciones y clasificaciones responden más a razones de sistematización y didáctica.

El rol del Estado, las políticas aplicadas por los gobiernos, los intereses y preocupaciones de la población, los progresos de la ciencia y la técnica, las creencias religiosas, las ideas culturales y la globalización son todas causas que van determinando en cada momento el modo en el ejercicio de las prerrogativas públicas, sus contenidos y los vínculos entre la Administración y los particulares, en una realidad con constantes cambios y evolución. Para ello el derecho administrativo va generando sus propias soluciones y regulaciones, que en unos casos están sometidas a un régimen propio y exclusivo de derecho público, y en otros bajo la adaptación de regulaciones e institutos del derecho privado.

Las transformaciones y la creación de diversas formas societarias para la realización de actividades económicas, industriales y comerciales por el Estado es un claro ejemplo de este fenómeno. Lo mismo ocurre con la atribución de funciones de interés público en personas públicas no estatales, y la delegación de la prestación de servicios públicos y de actividades de interés público en sujetos privados.

La frase “el derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones” con el que Sebastián Martín-Retortillo Baquer titula la monografía dedicada a esta materia, es por demás descriptiva de la relación que desde su origen tuvo el derecho administrativo con el derecho civil. Alcanzado el grado de evolución actual del derecho administrativo, compartimos la opinión del autor cuando destaca la importancia de rescatar el principio de unidad del ordenamiento jurídico, en el que juega un rol fundamental la confluencia de las normas de derecho público y de derecho privado (6).

Sin embargo, es necesario destacar que en su relación con el derecho civil el derecho administrativo tuvo momentos de huida y de acercamiento. Lo primero ocurrió en los momentos en que tuvo preferencia el propósito de dar preeminencia a las regulaciones propias del derecho público, acentuando el logro del interés público y el ejercicio de las pre-

(6) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Monografías Civitas, Madrid, 2ª ed. ampliada, 1996.

rrogativas públicas; el acercamiento, en cambio, sucedió cuando la administración en su organización y desempeño tuvo la intención de regirse bajo reglas y principios propios del derecho privado.

Se trata de una relación en cierta manera ambivalente, determinada en definitiva por quienes ejercen el poder, pero que en su análisis no debe dejar de lado la necesaria integridad del derecho y lógicamente del ordenamiento jurídico. En este sentido, los autores del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. plantearon la cuestión: “La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

III. La problemática del derecho administrativo en su integración normativa

En oportunidad de la sanción del *Digesto Jurídico Argentino* por la ley 26.939 sancionada y promulgada en 2014, analizamos junto a Armando Canosa la consolidación que allí se dispuso de las normas vigentes en la rama del derecho administrativo. Allí planteamos las particularidades que las mismas presentan. Nos referimos, entre ellas, a las condiciones que imponen el sistema federal de gobierno y el principio de separación de poderes, las exigencias que en el ejercicio de la función administrativa derivan de los principios de legalidad e interés público, las condiciones que el Estado se auto impone de regulación y control, las dificultades que plantean las reglamentaciones de las leyes y la diversidad de regulaciones, la multiplicidad de normas con diferente jerarquía, las modalidades informales en la fijación de reglas, etcétera (7).

(7) POZO GOWLAND, Héctor M. - CANOSA, Armando N., *El digesto jurídico en el ámbito del derecho administrativo*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 373-460.

La dispersión de normas, los cambios y las necesidades que se presentan ante la administración, junto con los designios de las políticas gubernamentales, constituyen el escenario propio del derecho administrativo que condiciona la emisión de sus normas y su integración.

La problemática que señalamos ha impedido que el derecho administrativo integre sus regulaciones de fondo y de forma en un único ordenamiento jurídico, tal como ocurre en otras ramas de derecho, como sucede en los derechos civil, comercial, penal, procesal civil y comercial, procesal penal, laboral, aduanero, tributario, etc.

Si bien antiguamente la codificación tenía un carácter general, pues abarcaba la totalidad del derecho, modernamente comprende las normas de una determinada rama del derecho, o de una parte de esa rama (8). La codificación del derecho fue un tema de antiguo debate doctrinario, motivo de la famosa polémica entre Thibaut y Savigny, que tuvo una tendencia favorable en los derechos civil, mercantil, penal y procesal, pero un tratamiento controvertido en el derecho administrativo.

En la doctrina nacional y en el derecho comparado, tuvieron lugar opiniones en unos casos decididamente contrarias a la codificación por las características propias del derecho público y por temor a producir la inmovilización del derecho (Laferrière, Rocco), en otros a favor (Trolley, Santamaría de Paredes, Posadas, Bielsa. Marienhoff, Diez), e incluso unos aconsejaron una codificación parcial (Gascón y Marín) (9). El debate en torno a la codificación del derecho no se limita a su conveniencia y a su oportunidad (10), sino que también debe considerar la periódica necesidad de su revisión en función de los resultados y de las nuevas circunstancias que presenta la realidad sobre la que se legisla (11).

Las condiciones expuestas provocan la ausencia de uniformidad e integración normativa, con la sucesión de normas que en algunos casos

(8) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 1995, t. I, cap. IV, 5ª ed. reimpr.

(9) POSADA, Adolfo, *Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Madrid, 1897, t. I, ps. 181 y 182, citado por MOLARES, José Quero, "La codificación administrativa en Francia".

(10) ABAD HERNANDO, Jesús Luis, *Estudios de derecho administrativo*, Estudio III, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1985.

(11) POZO GOWLAND, Héctor M., "Antecedentes históricos y evolución normativa del procedimiento administrativo en la Argentina", en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERÍN, David A. - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, cap. XII.

son propias del derecho administrativo, y en otras son el resultado de la adaptación de disposiciones e instituciones del derecho privado en general y del derecho civil y comercial en particular. Ello hace que, en la práctica, el deslinde, la adaptación y la aplicación de normas de derecho privado en el ámbito de la administración resulten muchas veces confusas e inciertas. La temática en torno al estado empresario, los servicios públicos a cargo de prestadores privados, el financiamiento público, etc., son ejemplos claros de esta situación.

Ocurre también que el Estado muchas veces pretende invocar las reglas propias del derecho público y otras las del derecho privado, en un juego de conveniencia que no le hace bien al Estado ni a los particulares, con consecuencias que en definitiva terminan perjudicando a ambos. La determinación y aplicación de normas con seguridad y certeza es sin duda una condición del estado de derecho.

IV. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial

En los Fundamentos del Código se expresa que “la inclusión del Título Preliminar se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema. Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores. En nuestro sistema jurídico no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como dijimos, reglas para la decisión judicial. De modo que, en este plano, la respuesta sería positiva y así lo proponemos. Hay que considerar que, si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que ‘...la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno’ (Fallos 312:957). Por esta razón, entendemos

que debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, hay que establecer normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo, sus efectos en el campo del derecho internacional privado, que no tienen otra sede que la que consideramos. Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación. El Código Civil español contiene un Título Preliminar dedicado a ‘las normas jurídicas, su aplicación y eficacia’, con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado. En nuestro anteproyecto proponemos darle una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al código un sentido general en materia valorativa, como lo explicamos más adelante. Finalmente, no debemos dejar de considerar que los programas de las facultades de derecho argentinas tienen, habitualmente, una parte general cuyo contenido es coherente con el que proponemos. Por esta razón, nos inclinamos por la regulación de un título preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluya los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente”.

El Título Preliminar se integra por cuatro capítulos y diez y ocho artículos referidos a “Derecho”, “Ley”, “ejercicio de los derechos” y “derechos bienes”. Analizaremos el contenido de cada uno de ellos, en cuanto a su importancia y aplicación en el derecho administrativo y la actuación del Estado.

No nos proponemos realizar un análisis integral de estas normas, sino considerarlas desde la mirada del derecho administrativo en cuanto a su aplicación directa y sus diferencias.

V. Capítulo I. Derecho (art. 1º a 3º)

Este capítulo se refiere a las fuentes, a la aplicación y a la interpretación del derecho o de la ley, así como al deber del juzgador de resolver los asuntos de manera razonable y fundada.

Art. 1º.— Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Son varias las reglas que establece esta norma, que regula las fuentes del derecho y su aplicación, y las cuestiones que plantea.

En primer lugar, se refiere a la resolución de los casos, lo cual puede ocurrir no solo por los jueces en ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sino también por decisión de las partes involucradas y de las autoridades administrativas en ejercicio de la función administrativa.

En cuanto a la aplicación de las leyes *que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional* es una afirmación elemental. En el caso del derecho administrativo es relevante debido a su carácter local. Todo caso sometido al derecho administrativo exige determinar en primer término la jurisdicción bajo la cual está sometido.

La mención que se hace de *los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*, no tiene mayor fundamento en cuanto le otorga preeminencia a estos últimos, cuando el art. 75 inc. 22 de la Constitución no establece tal preferencia. Se trata de una distinción claramente cuestionable (12).

Un aspecto relevante es la mención expresa que se hace a tener en cuenta la finalidad de la norma. Ya ocurre en la regulación del acto administrativo, cuando dispone que la finalidad es uno de sus requisitos esenciales. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos —LNPA— dispone que “Habrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del òrgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, pùblicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

Por último, se hace referencia a los usos, prácticas y costumbres en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a

(12) PUCCINELLI, Oscar R., “Apuntes sobre un título preliminar del Código Civil y Comercial argentino que deja más dudas que certezas”, *Revista de Derecho Público* 2015-1, Rubinzal-Culzoni, p. 42.

derecho. Se otorga mayor relevancia a los usos y costumbres que la que preveía el Cód. Civil, que en su art. 17 disponía que no podían crear derechos sino cuando las leyes se refirieran a ellos o en situaciones no reguladas legalmente.

La costumbre es la observancia de comportamientos de la persona, constantes en el tiempo, de modo uniforme y en el entendimiento de que ello es obligatorio. Para Balbín las costumbres son normas jurídicas cuando son reconocidas por los órganos del sistema (13). La cuestión pasa por determinar cuándo un comportamiento merece ser calificado como una costumbre. Cassagne enseña que dos son los elementos por considerar: debe tratarse de un comportamiento constante y uniforme, y existir la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio (14).

En la gestión administrativa y en las relaciones con los particulares se generan criterios y modalidades dentro de los organismos que se van repitiendo a través del tiempo. Ello da lugar a la figura del precedente y de la práctica administrativa, que son así una fuente más dentro del derecho administrativo. El precedente implica la resolución sustantiva de la Administración sobre cuestiones sometidas a ella, generadora de derechos e intereses para los particulares (15). Es la toma de decisiones para solucionar un conflicto que la Administración conoce, implicando por lo tanto una declaración de voluntad sobre una cuestión sometida a consideración de un órgano o ente administrativo (16).

Son varios los fundamentos que avalan la importancia del precedente, como criterio que legitima la conducta posterior de la Administración: la garantía de igualdad, el principio de seguridad jurídica, la buena fe y la legalidad o juridicidad (17).

(13) BALBÍN, Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 755.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 168.

(15) ORTIZ DÍAZ, José, "El precedente administrativo", *Revista de la Administración Pública*, nro. 24, Madrid, 1957.

(16) MATILLA CORREA, Andy, "La costumbre en el sistema de fuentes de derecho administrativo cubano", *RAP*, nro. 298, Buenos Aires, 2003, p. 36.

(17) VILLARRUEL, María Susana, "El precedente administrativo", en *Estudios de derecho administrativo en homenaje al profesor Julio Rodolfo Comadira*, Instituto de Derecho Administrativo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2009, ps. 84-86.

El precedente exige la configuración de determinados requisitos para su seguimiento: que se trate del mismo órgano administrativo que lo emitió; que exista identidad de objetos, en cuanto a la situación considerada; y que no existan razones que justifiquen el apartamiento del precedente.

La práctica administrativa y el precedente guardan vinculación con la teoría de los actos propios (18) y con las reglas que hacen a la confianza legítima en la relación de la administración con los particulares (19).

La Procuración del Tesoro de la Nación ha destacado la importancia del precedente, al señalar que “el principio de juridicidad que requiere la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico exige el respeto de los precedentes administrativos en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de la igualdad” (20).

Art. 2º.— Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La interpretación de la ley es el análisis de su texto que permite determinar su alcance y finalidad para su aplicación respecto del caso concreto. El Cód. Civ. en el art. 16 establecía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

En la interpretación de la ley, el derecho administrativo presenta la dificultad por la dispersión de las normas, la diversidad de los órganos administrativos que ejercen la potestad reglamentaria y la multiplicidad de funcionarios que tienen participación con motivo de la intervención administrativa. Las regulaciones que establecen la instancia administrativa previa de la administración antes del sometimiento de los casos a la resolución judicial, indica la importancia de las reglas de interpretación por parte de la administración. En este sentido, es relevante en el derecho administrativo el rol de interpretativo de la Procuración del

(18) MARIAL, Héctor A., *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

(19) COVIELLO, Pedro, *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

(20) Dictámenes 245:422, 245:508, 248:364, 248:546, 253:38 y 253:45.

Tesoro de la Nación, en su rol de director del cuerpo de abogados del Estado.

En la interpretación del derecho en el ámbito del derecho administrativo es relevante la actividad consultiva de la administración que se dirige a ilustrar con sus pareceres, opiniones e interpretaciones a los órganos activos sobre actos que deben dictar en el ejercicio de sus funciones. Advierte con acierto Ezequiel Cassagne que toda actividad administrativa debe respetar la legalidad y, por eso, realizarse de acuerdo con normas legales y principios de derecho resulta de vital importancia institucional la función consultiva en derecho previa a la toma de decisiones por parte de la Administración activa. Por ello, entre sus funciones relevantes, el procurador del Tesoro de la Nación presta asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo, ministros, secretarios, subsecretarios y a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas, conforme las leyes 12.954 y 17.516 y el dec. 1265/1987 (21).

La LNPA advierte esta problemática al establecer como uno de los requisitos esenciales del acto administrativo “el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos” —art. 7º inc. d) —.

El primer dato relevante por considerar con motivo de la actuación de los órganos administrativos es la competencia con que cuentan, que fija las atribuciones asignadas por la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia —LNPA art. 3º—. A partir de esta análisis se fija el alcance de la facultades, para establecer si se trata de facultades reglas o discrecionales. En el primer caso la actuación administrativa está determinada por la norma, mientras que en el segundo existe margen de libertad en la decisión por parte del funcionario actuante que habilita la norma. De todas formas, no existen actos enteramente reglados o íntegramente discrecionales, sino actos emitidos en el ejercicio de facultades regladas y discrecionales. Por ello, en este ámbito es fundamental la interpretación de la norma, considerando las palabras y las finalidades que la misma indica. La interpretación de la norma es relevante para determinar la competencia y su alcance.

El derecho administrativo no cuenta con un código que reúna de manera sistemática e integral el conjunto de normas que lo componen, como ocurre en el derecho privado y con el Código Civil y Comercial. Frente a la ausencia de normas propias específicas, la analogía ha sido

(21) CASSAGNE, Ezequiel, “El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración”, LL del 15/8/2012, p. 1.

tradicionalmente un instrumento para la determinación de la regla jurídica aplicable.

La analogía tiene un rol destacado dentro del derecho administrativo. Señala Cassagne que tal importancia está dada porque el derecho administrativo justamente por tratarse comparativamente de un derecho nuevo, con carencia en muchos casos de normas escritas y específicas. Aclara, sin embargo, que las normas o principios que se aplican por analogía deben integrar el ordenamiento jurídico, no siendo posible, dada nuestra organización federal, aplicar normas provinciales a situaciones análogas existentes en el orden nacional o viceversa (22).

La Corte Suprema ha dicho: “Los jueces se hallan obligados a resolver las cuestiones litigiosas que se le someten a su consideración aun cuando la situación puntual no estuviera específicamente prevista en la legislación, debiendo juzgar en tal caso a la luz de los principios generales del derecho y los que surgen de la normativa que por analogía fuera aplicable (arts. 15 y 16 del Cód. Civil) —del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—” (23).

Art. 3º.— Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Se reitera la norma del art. 15 del Cód. Civil: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”.

Dos cuestiones de interés plantea esta disposición en el ámbito del derecho administrativo.

En primer lugar, reafirma la importancia del pronunciamiento judicial en la resolución de las controversias, no señalando lo que los jueces no deben hacer, como era dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes según disponía el Cód. Civil, sino destacando lo que deben hacer, que es resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Esta forma de encarar el tema se encuadra en el derecho a la tutela judicial efectiva, que tanta importancia y desarrollo ha tenido dentro del derecho procesal administrativo a partir de su consagración constitucional a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica. No se concibe

(22) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 174.

(23) Fallos 326: 4685.

un proceso judicial en el que, frente a la existencia de un caso, el juez se niegue a juzgarlo.

La obligación del juez de resolver el caso sometido a su jurisdicción es especialmente relevante. En el caso del derecho administrativo, hace al derecho de defensa del administrado, como contracara de la autotutela en favor de la Administración. La autotutela es un principio de la organización administrativa, una condición para el ejercicio de la función administrativa para llevar a cabo la actividad en función del interés público comprometido en cada situación. La autotutela es una condición del ejercicio del poder público por la Administración. El derecho de defensa, en forma paralela, permite el control de legalidad por quienes son afectados con motivo de dicha actividad. Así como el ordenamiento jurídico establece las reglas para el ejercicio de la función administrativa y de la autotutela, también debe estructurar el proceso destinado al control de la Administración mediante el ejercicio del derecho de defensa.

La Constitución de 1853 consagró el derecho de defensa y de acceso a la jurisdicción. Sin embargo, la realidad fue demostrando que estos derechos requerían mayores precisiones en los propios textos constitucionales, a efectos de asegurar su efectiva vigencia. Así ocurrió en las constituciones italianas, alemana y española⁽²⁴⁾. La CN hizo lo propio al disponer en el art. 75 inc. 22 que diez tratados internacionales vinculados a los derechos humanos suscriptos por la Argentina “tienen jerar-

(24) La Constitución italiana de 1947 en su art. 24 dispone: “Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos. La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento. Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción. La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales”; la Ley Fundamental de Alemania establece: “Art. 19 [Restricción de los derechos fundamentales] (1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, esta deberá tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley deberá mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. (3) Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas. (4) Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”, a lo cual agrega en el art. 20 (3) que “El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho”; mientras que, según el art. 24.1, de la Constitución española de 1978 “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

quía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. A ellos se refiere el art. 1º del Cód. Civ. y Com. antes comentado. Entre ellos se destaca el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por el cual “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”, el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos por el que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, y en especial el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica que dispone que “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso. B) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” (25).

La doctrina y la jurisprudencia han definido el contenido y las derivaciones del derecho a la tutela judicial efectiva en las distintas etapas del proceso vinculadas al acceso a la justicia, a la amplitud de pretensiones que pueden ejercerse, al debate y producción de la prueba, y en lo vinculado a la ejecución de las sentencias. El derecho a la tutela judicial como principio del proceso administrativo, ha dado lugar a la aplicación de diversas regulaciones que justamente tienen por finalidad garantizar su vigencia. En este sentido, Perrino señala —con abundantes citas de jurisprudencia— que la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: a concurrir a los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa; a un juez natural e imparcial; a la eliminación

(25) POZO GOWLAND, Héctor M., “Los principios generales del proceso administrativo”, LL 2011-E-785.

de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; al incumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia; a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; a impugnar la sentencia definitiva; a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; a contar con asistencia letrada. En la medida que alguna de estas cuestiones que hacen a la estructura del proceso administrativo se vea restringida o alterada, se configurará una violación del derecho a la tutela judicial efectiva que constituye uno sus principios generales (26).

Los alcances que con acierto la jurisprudencia y la doctrina vienen señalando respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, no son exclusivas del ámbito del derecho procesal administrativo, sino que debe aplicarse a todas las causas judiciales cualquiera sean las materias y las jurisdicciones.

A lo expuesto se agrega la novedad de que la decisión judicial debe ser razonablemente fundada. Podrá entenderse que la incorporación de esta norma es innecesaria, por ser inconcebible en un estado de derecho que las sentencias sean irrazonables. La arbitrariedad es la expresión más cruda de sentencias que no son razonablemente fundadas. La admisión del recurso extraordinario por arbitrariedad admitido por la Corte Suprema de Justicia el 2 de diciembre de 1909 en la causa “Rey, Celestino c. Rocha, Alfredo y otro” (27), en la cual quizás sin proponérselo como señala Manili se confeccionó la partida de nacimiento del recurso

(26) PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de Derecho Público-Proceso Administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, t. I, p. 267.

(27) Fallos 112:384.

extraordinario por arbitrariedad de sentencia (28), es prueba evidente de la necesidad de esta exigencia normativa. El reconocimiento pleno de la arbitrariedad como una situación que justifica la intervención del máximo tribunal de justicia, tuvo lugar en 1939 en el caso “Storani de Boidanich” (29); luego volvió a ser aplicada en 1948, en autos “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Compañía Primitiva de Gas” (30); pero de allí en adelante, su aplicación fue moneda corriente, y el recurso extraordinario por sentencia arbitraria insume en la actualidad, un alto porcentaje de las causas que falla anualmente el alto tribunal (31).

Por último, en cuanto a la exigencia de que la decisión sea *razonablemente fundada*, ello significa que considere no solo los elementos que emanan del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino también las particularidades del caso, bajo un principio de razonabilidad que es una exigencia constitucional en el ejercicio de todas las potestades públicas.

Es importante señalar que la regla del art. 3º debe ser considerada una exigencia para el Estado no solo respecto de las atribuciones judiciales que ejerce, sino también con motivo del ejercicio de las atribuciones que hacen a la función administrativa en general, y a jurisdiccionales en particular con que cuenta la Administración.

VI. Capítulo II. Ley (arts. 4º a 8º)

En este capítulo se define el ámbito subjetivo de aplicación de la norma; su vigencia a temporal, el modo de contar los intervalos del derecho, y el principio de que no es excusable el cumplimiento de la ley por ignorancia.

Art. 4º.— Ámbito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.

(28) MANILI, Pablo, “Cien años de arbitrariedad. Desafíos de una doctrina centenaria de la Corte Suprema”, consultar en <http://www.pablomanili.com.ar/articulos.php>.

(29) Fallos 184:137.

(30) Fallos 217:204.

(31) Según algunos estudios estadísticos, se trataría de más del cincuenta por ciento de las sentencias que dicta el máximo tribunal en causas que le llegan por recurso extraordinario (es decir, excluyendo las que llegan por: competencia originaria, apelación ordinaria o cuestiones de competencia). Lamentablemente, de la página web oficial de la Corte, pese a que dispone de un sector referido a estadísticas, no surgen datos al respecto.

Se reitera el art. 1º del Cód. Civil, que disponía que “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”, haciendo la salvedad “de lo dispuesto en leyes especiales”. De esta manera el Cód. Civ. y Com. impone en el Título Preliminar el principio de legalidad, básico y fundamental en el derecho administrativo.

La legalidad es de frecuente invocación, pero también es frecuente que se pierda su significado, contenido y alcance. García de Enterría señaló que el Estado de Derecho es la convivencia dentro de las leyes, pero no de cualquiera ley o norma, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales (32). Von Ihering, en la obra que llevara por significativo título *La lucha por el derecho*, para demostrar el sentido del derecho como un sentimiento o una necesidad, de alguna manera similar al concepto de salud, expresaba que quien “es atacado en su derecho, debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la existencia es la suprema ley de la creación animada, y así se manifiesta instintivamente en todas las criaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender, además, su existencia moral, que tienen por condición necesaria el derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho” (33).

La legalidad es actuar cada uno, y exigir de los demás que lo hagan, de acuerdo con las reglas que integran el ordenamiento jurídico. La evolución de la sociedad como civilización se manifiesta a través de la necesidad que de manera individual sus integrantes y, en forma conjunta, la comunidad se someten a las reglas que integran el ordenamiento jurídico; que ello ocurra tanto de parte de los individuos como de los órganos del Estado; y que existan adecuados mecanismos de defensa cuando la legalidad se infringe tanto por las personas como por los órganos del Estado.

La Constitución consagró de manera expresa el principio de legalidad al establecer que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe —art. 19—. La legalidad como principio del derecho administrativo es unánimemente aceptada por la doctrina, partiendo de que toda actuación debe ser sin

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, p. 88.

(33) VON IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, p. 77.

infringir ley. Sin embargo, la legalidad no se limita al cumplimiento del ordenamiento jurídico, sino que se complementa con el de legitimidad. En este sentido, la proliferación de normas, las dificultades e imprecisiones que frecuentemente tienen lugar en su redacción, la existencia de normas contradictorias entre sí y que no respetan pautas y criterios de disposiciones de jerarquía superior, dificultan la vigencia de la legalidad y de su control.

Art. 5º.— Vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.

La norma fija el comienzo de la vigencia de las leyes, estableciendo una regla de carácter general para todo el ordenamiento jurídico, inclusive las que integran el derecho administrativo. No se refiere solamente a las leyes civiles y comerciales que se establecen en el código.

Rosatti plantea si es propio de la legislación común establecer el criterio general en materia de entrada en vigencia de sus normas, o si es este un tema constitucional vinculado con el proceso de construcción legislativa. Al respecto entiende que las formas de la publicación válida y los criterios generales de entrada en vigencia de las leyes forman parte del proceso legislativo. Señala que así como a nivel nacional la delimitación de los sujetos legitimados para presentar proyectos de ley, la determinación del quórum para sesionar, la fijación de las mayorías necesarias para aprobarlos o la posibilidad de vetar y/o promulgar parcialmente son temas no derivados a la legislación común por ramas, sino definidos por la Constitución, también la delimitación del principio de la entrada en vigencia de las leyes es una cuestión materialmente constitucional, aunque formalmente no esté inserta en la carta fundamental. Agrega que, si esto es claro en el ámbito nacional, con más razón lo es en los ámbitos provinciales, donde los principios rectores del proceso de formación de las leyes se encuentran regulados en las constituciones locales, por resultar materia de derecho público local (34).

El carácter local del derecho administrativo hace que sea plenamente aplicable la objeción constitucional que formula Rosatti respecto de la aplicación de la regla del art. 5º a las normas de derecho administrativo.

Art. 6º.— Modo de contar los intervalos del derecho. El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de

(34) ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, p. 112.

uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.

El carácter local del derecho administrativo hace que el modo de contar los plazos se encuentre regulado en las normas de procedimiento administrativo, dentro la jurisdicción federal, de cada una de las provincias y de los municipios.

En el orden nacional la LNPA el art. 1º incs. d) y e) disponen: “*Días y horas hábiles.* d) Los actos, actuaciones y diligencias se practicarán en días y horas hábiles administrativos, pero de oficio o a petición de parte podrán habilitarse aquellos que no lo fueren, por las autoridades que deban dictarlos o producirlas. *Los plazos.* e) En cuanto a los plazos: 1. Serán obligatorios para los interesados y para la Administración; 2. Se contarán por días hábiles administrativos salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte; 3. Se computarán a partir del día siguiente al de la notificación. Si se tratare de plazos relativos a actos que deban ser publicados regirá lo dispuesto por el art. 2º del Cód. Civil; 4. Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la realización de trámites, notificaciones y citaciones, cumplimiento de intimaciones y emplazamientos y contestación de traslados, vistas e informes, aquel será de diez (10) días; 5. Antes del vencimiento de un plazo podrá la Administración de oficio o a pedido del interesado, disponer su ampliación, por el tiempo razonable que fijare, mediante resolución fundada y siempre que no resulten perjudicados derechos de terceros. La denegatoria deberá ser notificada por lo menos con dos (2) días de antelación al vencimiento del plazo cuya prórroga se hubiere solicitado;”.

Las diferencias relevantes son que mientras que en el Cód. Civ. y Com. el cómputo de los plazos es por días corridos ya que “no se excluyen los días inhábiles o no laborales”, en el procedimiento administrativo se cuentan “por días hábiles administrativos salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte”.

En cuanto al análisis de los plazos en el procedimiento administrativo nos remitimos al efectuado oportunamente por Halperín (35).

Art. 7º.— Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

La norma reemplaza al art. 3º del Cód. Civil: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

El derecho administrativo no presenta particularidades respecto del régimen de irretroactividad de las leyes.

En el caso de los reglamentos, actos administrativos de alcance general, la LNPA en el art. 11 dispone que adquieren eficacia a partir de su publicación. A su vez el art. 103 del dec. 1759/1972 dispone: “Los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ello se determine; si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho (8) días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial”. Aclara, sin embargo, el art. 104: “Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior los reglamentos que se refieren a la estructura orgánica de la administración y las órdenes, instrucciones o circulares internas, que entrarán en vigencia sin necesidad de aquella publicación”.

Art. 8º.— Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.

Se reproduce la norma del art. 20 del Cód. Civil, por la cual “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresa-

(35) HALPERÍN, David A., *Procedimiento administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 112 y ss.

mente autorizada por la ley”. Solo se amplía la excepción al cumplimiento de las leyes, no solo a lo dispuesto en la ley sino en el ordenamiento jurídico. Sobre este último, Lorenzetti señala que el vocablo es “mucho más amplio que el utilizado en el Código derogado y permite invocar normas de excepción que no están en la ley sino en todo el sistema de fuentes referidos en los arts. 1º y 2º” (36).

La amplitud que cabe asignarle al ordenamiento jurídico abre un ámbito de discusión en el derecho administrativo, por la diversidad de normas que lo integran en esta rama del derecho.

Con motivo de la sanción del *Digesto Jurídico Argentino*, advertimos que la exigencia del sometimiento y el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico requieren considerar determinadas pautas y el esfuerzo por evitar circunstancias que atentan contra el conocimiento y la comprensión del conjunto de normas vigentes (37).

Las normas se presumen conocidas por todos y son obligatorias desde su publicación, conforme establecía el Cód. Civil en sus arts. 2º y 20, y ahora dispone el Cód. Civ. y Com. en los arts. 5º y 8º. Si bien esta presunción es una exigencia natural para la vigencia del ordenamiento jurídico, ya que la aplicación de las normas no puede estar sujeto a la acreditación del efectivo conocimiento por parte de cada uno de los sujetos alcanzados por las mismas, no hay dudas que el Estado debe evitar las situaciones que impidan o dificulten el conocimiento de las normas vigentes y determinar sus efectos y alcances. En este sentido, con acierto se ha advertido acerca del proceso “contaminación legislativa”. Se trata del fenómeno por el cual los parlamentos van sancionando normas sobre normas, leyes sobre leyes, sin atención ni respeto por la utilización de adecuadas técnicas en el proceso de su sanción, lo que produce, pasado el tiempo, un enorme universo normativo, superpuesto y desordenado, que implica que es dificultoso para el ciudadano, e incluso para el jurista, conocer a ciencia cierta cuáles son las normas que componen el derecho vigente en cada momento histórico (38).

(36) LORENZETTI, Ricardo L., “Comentario al art. 5º”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 50.

(37) POZO GOWLAND, Héctor M., “El Digesto Jurídico en el ámbito del derecho administrativo”, *Digesto Jurídico Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I.

(38) ALTMARK, Daniel R., “Democracias y Digesto Jurídico Argentino”, en BRENNAN, Ramón G. (dir.), *Digesto Jurídico Argentino, Suplemento Especial*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, p. 5.

A lo expuesto se agregan las dificultades que para el conocimiento del contenido de las normas resultan de la poca claridad en su redacción, la utilización de una terminología excesivamente técnica, las continuas y sucesivas modificaciones por normas de igual o inferior jerarquía, las dudas que se generan en cuanto a los alcances de su aplicación, la necesidad de compatibilizar normas que regulan mismas situaciones, etc.

Estos fenómenos se presentan dentro del derecho administrativo en numerosos casos. Así ocurre, entre otros, al momento de determinar el procedimiento de impugnación de los actos administrativos, de encuadrar normativamente las actividades estatales sometidas a normas de derecho público y de derecho privado, al fijar los diferentes regímenes de contratación, al precisar el régimen de las actividades industriales y comerciales por parte de las diferentes figuras a las que recurre el Estado empresario, etc.

Muchas normas que integran el derecho administrativo destinadas a regular las situaciones y relaciones jurídicas de las personas, que deben respetar sus disposiciones a partir de su entrada en vigencia, que condicionan su libertad y ponen en riesgo sus derechos, son redactadas de manera que no se comprenden, con expresiones confusas y ambiguas, que solo pueden entenderlas los especialistas. A ello se agrega que en muchos casos cuando esas normas —dictadas por el Estado— tienen por finalidad regular su relación con los particulares, las interpretaciones se inclinan en favor del propio Estado. De esta manera, quien detenta el poder público, quien fija las reglas, quien las aplica y quien las interpreta lo hace de manera incorrecta ya que termina haciéndolo apartándose de dichas reglas y encima en detrimento de los derechos de quienes en definitivo son quienes delegaron el ejercicio del poder.

VII. Capítulo III. Ejercicio de los derechos (arts. 9º a 14)

Este capítulo se ocupa del ejercicio de los derechos, estableciendo que debe ser de buena fe, ocupándose de instituciones que regulan el ejercicio irregular como son el abuso del derecho y de posición dominante, la vigencia del orden público, la renuncia general de las leyes y clasifica los derechos en individuales y de incidencia colectiva.

Art. 9º.— Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

La buena fe incorporada en el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com. responde a su consideración como un principio general del derecho, más allá de las referencias particulares que más adelante se realizan en

varias de sus disposiciones. La buena fe es así una exigencia general en el ejercicio de los derechos subjetivos, no solo para los particulares sino también para la Administración.

La buena fe se ha colocado, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, como uno de los valores esenciales de la actuación administrativa. Es inconcebible el ejercicio de potestades públicas que no estén basadas en la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas. Como destacó Lorenzetti, la incorporación de la buena fe en el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com. “llega al grado máximo de generalización de este principio dentro del Derecho Privado. Este cambio no existía con anterioridad en ninguno de los proyectos anteriores y permite dar un sentido general al ejercicio de los derechos en función de su sociabilidad” (39).

La buena fe no es un comportamiento exigible solo en los contratos, como disponía el Cód. Civil en el art. 1198 luego de la reforma de la ley 17.711 al establecer: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”. Como se destaca en los Fundamentos del Anteproyecto: “Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado”.

La exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos no está dirigida solo a los ciudadanos, sino que el propio Estado y los funcionarios que ejercen los cargos están también alcanzados por este deber, junto con las restantes reglas de este capítulo que también imponen las obligaciones de no abusar del derecho (art. 10); no abusar de su posición dominante (art. 11); observar la ley (art. 12).

Art. 10.— Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

(39) LORENZETTI, Ricardo L., “Comentario al art. 5º”, en *Código Civil y Comercial...*, cit., p. 56.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

Art. 11.— Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los arts. 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

Mediante los arts. 10 y 11 se incorporan las figuras del abuso de derecho y del abuso de posición dominante como principios generales del ejercicio de los derechos, siguiendo el temperamento aplicado respecto de la buena fe. Se trata de reglas que encuentran su fundamento en el derecho constitucional de la igualdad.

La reforma de la constitución nacional incorporó provisiones específicas en materia de uso y consumo. Al respecto los arts. 42 dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. Con tal motivo en el art. 43 luego de incorporar al amparo como acción expedita y rápida “contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”, particularmente dispone que esta acción se podrá interponer “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Ya con anterioridad a la reforma constitucional fueron dictadas diversas normas destinadas a evitar y corregir posiciones dominantes en el mercado. Así ocurrió con la Ley de Defensa de la Competencia, pri-

mero a través de la ley 22.282 de 1980 reemplazada posteriormente por la ley 25.156. También la ley 24.2540 de Defensa del Consumidor de 1993, la ley 22.802 de Lealtad Comercial de 1983 y la ley 25.380 sobre Productos Agrícolas y Alimentarios.

Las regulaciones vinculadas a los consumos fueron complementadas en el Cód. Civ. y Com. en el Libro Tercero, Título III que se ocupa de los contratos de consumo, y en su Capítulo 4 arts. 1117 a 1122 se refiere a las cláusulas abusivas.

A las normas mencionadas corresponde agregar toda la regulación vinculada a los servicios públicos, que en muchos casos son prestados de manera monopólica, y a las actividades calificadas como de interés público o interés general. Frente a actividades monopólicas y oligopólicas, o que tienden a asegurar la cobertura de necesidades esenciales, es fundamental el rol del Estado tanto en la regulación y como en el control, por el Estado en general y los entes reguladores en particular. Son muy amplias las materias comprometidas que se vinculan a la salud, la educación, la seguridad, el abastecimiento, etc.

La mirada desde el derecho administrativo se dirige en primer término a destacar la importancia en cuanto a que los órganos administrativos deben ejercer la competencia que en esta materia le es asignada, cuyo “ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable” conforme lo establece la LNPA en su art. 3º.

Es claro que las prácticas monopólicas solo pueden evitarse y corregirse por el Estado. Es parte de los deberes que tiene a su cargo. De ahí la necesidad que la Administración disponga de las estructuras necesarias, ejerciendo las atribuciones con funcionarios que cuenten con los antecedentes y capacidad técnica y profesional adecuada.

Por último, son necesarias regulaciones que fijen procedimientos ágiles, eficientes y eficaces para llevar adecuadamente las gestiones de control, bajo las pautas del debido proceso, con modalidades de fácil acceso para los usuarios y consumidores. No basta que la Administración exija el cumplimiento de las obligaciones que buscan evitar situaciones de abuso de derecho, prácticas monopólicas y posiciones dominantes. Es necesario que ella también cumpla de acuerdo con la urgencia que requieren los casos. La informática en este sentido brinda una herramienta que seguro facilita este compromiso.

Art. 12.— Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

El Cód. Civ. y Com. en diez y ocho artículos invoca el orden público como límite a la disponibilidad de los derechos⁽⁴⁰⁾. El Cód. Civil en el art. 5º disponía que no existían “derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público”, regla reiterada en el art. 21 donde disponía que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes, en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

La norma encuentra sustento en el art. 19 de la constitución nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. De esta manera, las convenciones entre particulares no pueden dejar de lado ni contravenir normas que hacen al orden público.

El principio de la autonomía de la voluntad, por el cual los individuos pueden regir entre si sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades libremente concertadas, fue consagrado en el art. 1197 del Cód. Civil, reiterado en los arts. 957 a 959 del Cód. Civ. y Com. El art. 959 dispone que las partes son libres para celebrar y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

La doctrina reiteradamente ha señalado las dificultades que tiene la definición del “orden público” por su elasticidad e imprecisión. Desde la óptica del derecho privado, expresó Orgaz que, en un sentido amplio, suele decirse que son de orden público todas las leyes que los individuos no pueden derogar por sus actos jurídicos, lo que haría comprender en su contenido las leyes propiamente prohibitivas y las que se relacionan con las buenas costumbres. Agrega que, sin duda, las leyes prohibitivas se fundan a menudo en razones de orden público. Pero lo que técnica-

(40) Arts. 7º, 12, 144, 151, 279, 386, 515, 958, 960, 1014, 1644, 1649, 2477, 2600, 2637, 2612, 2651, 2634.

mente las diferencias de las leyes de orden público, en sentido estricto, es que las primeras exigen siempre un precepto explícito, en tanto que las segundas —como límites de la autonomía privada— pueden ser solo deducidas o extraídas, sin precepto particular, del espíritu y de las bases esenciales de la legislación. Concluye señalando que es inútil pretender —en el estado actual de la doctrina— una formulación precisa del concepto de orden público. Todo lo más que puede darse son fórmulas muy generales y elásticas, y decir —con estas o con otras palabras— que el orden público “para el legislador está contenido en los fines esenciales del orden jurídico y para el juez en el espíritu de la legislación”, o que son “todos los principios generales de carácter constitucional, que sirven de fundamento al orden social, industrial y político” (41).

Desde el derecho administrativo, Luqui compartió la opinión de Orgaz en cuanto a las dificultades que presenta la definición del orden público, como lo demuestran el hecho de habérselo considerado uno de los enigmas del derecho, de los más arduos y decepcionantes de la hora presente, una noción vaga e imprecisa, y la cantidad de definiciones formuladas por la doctrina, la mayoría de ellas diferentes. Con respecto particular al art. 12 del Cód. Civ. y Com. Luqui señala dos aspectos objetables. En primer lugar, entiende que no corresponde asimilar el apartamiento de una ley de orden público con el *fraude*, que es el acto realizado intencionalmente con el fin de herir los derechos ajenos o de evitar la aplicación de normas que pueden ser perjudiciales para el autor, todo lo cual implica una acción antijurídica deliberada en perjuicio de otro. La violación de una norma de orden público, como sería, por ejemplo, el compromiso de no oponer la prescripción es contraria al orden público, aun cuando con ello a nadie perjudique y esté inspirada en la más loable y sana finalidad moral. En segundo lugar, no hace falta para que se configure un negocio jurídico como contrario al orden público invocar el amparo de “un texto legal”, pues lo que sería nulo es el acuerdo de voluntades celebrado dentro de un ámbito de derecho dispositivo y no la ley invocada. Si se invoca una ley en un negocio jurídico que contradice otra de orden público, regirá esta última con prescindencia de la que hayan mencionado las partes. El orden público no es una noción invoca que permita conformar un concepto aplicable a los diferentes supuestos en que se aplica. Y esto es así, pues, aun con sus particularidades, no deja de ser un *concepto jurídico indeterminado*, semejante al de utilidad pública, interés general, urgencia, precio vil, buenas costumbres, buen padre de

(41) ORGAZ, Alfredo, “Los límites de la autonomía de la voluntad”, LL 64-223; “Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales”, t. IV, p. 303; RCyS 2016-I-267; cita online: AR/DOC/3526/2009.

familia, y tantos otros que no tienen un significado jurídico explícito, a diferencia de propiedad, contrato, obligación, locación, mandato, testamento, etc. que sí lo tienen y basta con mencionarlos para tener una idea clara de lo que son. Por eso el ordenamiento jurídico deja en manos del intérprete la decisión sobre cuándo se dan los supuestos que los determinan. Pero el orden público no es un concepto jurídico indeterminado más, porque no tiene carácter *adjetivo* destinado a calificar una decisión judicial o administrativa, no es un concepto de valor o de experiencia, sino *determinante*, vale por la sola declaración, pues su objeto es conferirle a una norma carácter imperativo para restringir la libertad en la celebración de los negocios jurídicos, dentro de un sistema de derecho dispositivo. Es similar a la declaración de utilidad pública, cuyo carácter potestativo la exime de fundamentarla, aun cuando excepcionalmente pueda ser revisada la calificación. Por último, advierte, sin embargo, como una realidad sostenida por la doctrina y por la jurisprudencia, que la sola declaración de orden público hecha por una ley no la convierte válidamente en imperativa, y que la justicia puede revisarla cuando lesiona un derecho de mayor jerarquía. Si pretender definir lo indefinible es necedad, conformarse con afirmaciones dogmáticas frente a tantas inconsistencias entre las declaraciones de orden público y su contenido, lo sería en grado mucho mayor aún (42).

Art. 13.— Renuncia. Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.

Sobre la renuncia de derechos, el Código Civil en el art. 19 disponía: “La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que solo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia”.

Con acierto Rosatti advierte que más que de renuncia de las leyes corresponde hablar de la renuncia a los derechos que surgen de la ley (43).

La realidad es que resulta difícil una renuncia general de las leyes. Solo puede ocurrir respecto de los derechos que resultan de una norma determinada. En materia de renunciaciones, el principio general tradicional ha sido admitirla tratándose de derechos patrimoniales, salvo las excep-

(42) LUQUI, Roberto E., “Reflexiones sobre el concepto de orden público”, *Supl. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 28/4/2016, p. 5; LL 2016-C. Cita online: AR/DOC/283/2016.

(43) ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, cit, 2016.

ciones que pueden resultar en casos particulares, como ocurre en materia laboral y previsional.

Art. 14.— Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Esta norma es innovadora respecto de las regulaciones del Cód. Civil. Establece la nueva tipología de los derechos, a partir de los cambios introducidos en la Constitución con su reforma y la jurisprudencia de la Corte Suprema iniciada con el caso “Halabi”: a) los derechos individuales, en los que el interés es individual, cuyo ejercicio corresponde a su titular, aun cuando sean varias las personas afectadas. b) los derechos de incidencia colectiva, que pueden ser invocados por sujetos que presentan un interés difuso, colectivo o público, en cuyo caso el interés jurídico protegido es colectivo.

De esta manera el Cód. Civ. y Com. justifica su intención de establecer regulaciones que exceden el ámbito meramente individual.

En los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto se hizo expresa referencia al caso “Halabi” (44), que estableció tres categorías de derechos: individuales; de incidencia colectiva, cuyo objeto son bienes colectivos; y de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos. Por lo tanto, la norma simplifica la clasificación.

La norma hace referencia al ejercicio abusivo del derecho referido a la afectación de intereses colectivos, como los relacionados con el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general, de especial aplicación a los casos en los que, por ejemplo, una industria desarrolla su actividad con desprecio por el medio ambiente, generando contaminación perjudicial para las personas u otras especies del biosistema.

La novedad está planteada respecto de los derechos de incidencia colectiva, cuya defensa a su vez da lugar al proceso colectivo, entendido como aquel en el que se debaten derechos que exceden los intereses individuales o son del interés de una multiplicidad de sujetos. Este fe-

(44) Fallos 332:111.

nómeno es motivo de atención dentro de varias ramas del derecho. El proceso colectivo fue una respuesta a la necesidad de instaurar procesos judiciales, cuyas características exceden la problemática del tradicional proceso individual. Ello se manifiesta en aspectos y etapas relevantes del proceso judicial, como son la acción, la pretensión, la configuración del caso, la legitimación, la intervención de terceros, las defensas, la prueba y la sentencia tanto en cuanto a su contenido como a sus efectos (45). Si bien la doctrina había debatido la problemática en torno a los procesos colectivos, y el derecho comparado mostraba importantes avances en su regulación, el derecho argentino no contempló una regulación específica y genérica en esta materia.

La inexistencia de un régimen normativo que regule los procesos colectivos llevó a la Corte a fijar pautas generales que suplan esta ausencia legislativa, que solo está cubierta en materia de consumo y de medio ambiente a través de las leyes 24.240 y 25.675. La consideración que el art. 14 hace de los derechos de incidencia colectiva exige la pronta regulación de las instancias administrativas y contenciosas, sin los cuales la defensa de estos no será posible.

El impulso dado por la Corte Suprema a la defensa de los derechos de incidencia colectiva en el caso “Halabi” se ubica dentro de este recorrido, dando continuidad a la regulación de los procesos colectivos, que el mismo Tribunal iniciara en el caso “Ekmekdjíán, Miguel c. Sofovich” (46), y que continuó con sentencias relevantes como las dictadas en los casos “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social. Estado Nacional” (47), “Vervistky, Horacio s/hábeas corpus” (48) y “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)” (49). A través de esta jurisprudencia la Corte Suprema admitió las acciones promovidas a los fines de la tutela de bienes colectivos. El avance con “Halabi” fue admitirlas también respecto de la protección de los intereses individuales homogéneos. Como señala Lorenzetti en su análisis de esta evolución jurisprudencial, hasta el año 2007 la doctrina de la Corte Suprema dio amplia cabida a la protección

(45) En cuanto a los orígenes de los procesos colectivos y a su regulación nos remitimos al trabajo de FALCÓN, Enrique M., “Los procesos con sujetos múltiples y el proceso colectivo”, LL del 10/10/2013.

(46) Fallos 315:1492.

(47) Fallos 323:1339.

(48) Fallos 328:1147.

(49) Fallos 329:2316.

de los bienes colectivos, conforme surge de los casos mencionados, pero se mantuvo restrictiva en la tutela de los intereses individuales homogéneos. Esta tesis se fundamentó en la protección de la propiedad individual. En cambio, el voto de la mayoría en “Halabi” consideró que existió un hecho que causó una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; que la pretensión estaba concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados, y que hubo una clara afectación del acceso a la justicia, porque no se justificaba que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promoviera una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma. Por estas razones se reconoció expresamente la acción colectiva referida a intereses individuales homogéneos (50).

Sin embargo, es necesario advertir que no tiene sentido el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva sin el acompañamiento de normas que regulen de manera especial los procesos considerando aspectos tan relevantes como la naturaleza jurídica de los derechos a proteger, la configuración del caso, la legitimación y los efectos y ejecución de la sentencia que se pueda dictar.

Es por ello que compartimos las expresiones de nuestro maestro Juan Carlos Cassagne, quien al comentar el fallo “Halabi” destacó los principales problemas que plantea el reconocimiento de la acción colectiva: “El reconocimiento de esta categoría de procesos, como bien lo advierte la Corte, plantea una serie de problemas que deberán dilucidarse en el futuro. Desde la necesidad de resguardar el derecho de defensa de quienes integran el grupo colectivo y el de los intereses de terceros ajenos al pleito, así la idoneidad de la persona o entidad que asuman la representación hasta el carácter difuso que tiene el control de constitucionalidad en nuestro país, son muchas las cuestiones a resolver por parte de los jueces y/o los legisladores. El cumplimiento de los recaudos diseñados por la Corte para la procedencia de las acciones colectivas por quienes encarnan una legitimación anómala o extraordinaria (Defensor del Pueblo y ONG) ha de plantear, sin duda, problemas de magnitud considerables cuando los titulares de intereses ajenos que ellos representan no sean homogéneos o sean directamente opuestos (Ej. una tarifa de agua que financie obras de saneamiento a ejecutar en la Provincia de Buenos Aires que afecta, simultáneamente, a usuarios de la Capital y el Gran Buenos Aires), porque, aun cuando no sean titulares de la relación jurídica sustancial, habrá siempre que demostrar todos los requisitos

(50) LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010, ps. 51 y 54.

que integran la causa y el objeto de la pretensión procesal respecto de los derechos e intereses ajenos que se defienden a través de la legitimación anómala o extraordinaria. Asistimos, en definitiva, a la inauguración de un nuevo camino que deberá recorrer la jurisprudencia ante la falta de legislación. La novedad no se limita a la ampliación del concepto de causa o controversia que la Corte define para fundar la procedencia de una acción colectiva, sino también a los requisitos exigibles en esta clase de procesos de modo que no se conviertan en acciones populares o públicas. El riesgo de implantar la acción colectiva en un sistema de control difuso de constitucionalidad se halla, fundamentalmente, en las sentencias contradictorias y en la tutela efectiva del derecho de defensa. Por ello, habría que pensar si no sería conveniente instituir registros para esta clase de acciones y quizás hasta tribunales especializados (al menos en el contencioso administrativo) para paliar los peligros que encierra la difusión del control de constitucionalidad, con efectos *erga omnes*, por parte de los jueces, lo que parece difícil de superar solo con el control de constitucionalidad que ejerza la Corte mediante el recurso extraordinario” (51).

Los procesos colectivos cuentan con una trama particular en lo que en definitiva es la problemática de fondo de toda cuestión de derecho: buscar la forma en la que mejor se concilien los diferentes derechos en cada situación de conflicto. Para ello, la Corte Suprema a través de la sentencia dictada en “Halabi” hizo una importante contribución, y por ello es uno de los máximos precedentes del Tribunal.

La doctrina y la jurisprudencia han seguido la iniciativa planteada por la Corte. Sin embargo, queda un extenso camino por recorrer, para regular aspectos tan particulares e importantes de los procesos colectivos como son: precisar las cuestiones terminológicas de los distintos procesos, facilitar el encuadre de cada situación dentro de los tipos o modalidades que presentan los procesos colectivos, delimitar la legitimación y los alcances de las pretensiones, regular las posibilidades de participación de los interesados, fijar reglas que resguarden los principios que hacen a la división de poderes, distinguir los aspectos comunes de los individuales, y finalmente reglamentar todo aquello que hace al efectivo cumplimiento de las sentencias.

(51) CASSAGNE, Juan Carlos, “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos *erga omnes* de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva”, LL 2009-B-646.

VIII. Capítulo IV. Derechos y bienes (arts. 15 a 18)

Este capítulo está referido a la titularidad de los derechos, el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes, las cosas, el cuerpo humano y sus partes, y lo relativo a las comunidades indígenas.

Art. 15.— Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.

Art. 16.— Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Art. 17.— Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

El Cód. Civ. y Com. aborda en el art. 17 la novedosa problemática vinculada al uso del cuerpo humano y de sus partes, cuestión vinculada especialmente con el derecho constitucional, en cuanto se trata de derechos personalísimos. Ya la ley 21.451 de 1977 regulaba lo concerniente al trasplante de órganos.

El art. 17 se complementa con el art. 56: “Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

Art. 18.— Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la CN.

Esta disposición encuentra su fundamento constitucional en el art. 75 inc. 17: “Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia ét-

nica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

IX. Consideraciones finales

Más allá de los cuestionamientos que dio lugar el Cód. Civ. y Com. en cuanto a la necesidad y conveniencia de su sanción y del reemplazo del Cód. Civil y del código comercial, no puede negarse la importancia del debate que el mismo ha generado en las distintas materias que trata su regulación. Es de esperar que lo mismo ocurra próximamente en el derecho administrativo, en el que las diferentes cuestiones son intensamente debatidas por la doctrina, pero que lamentablemente no se ven reflejadas en un cambio en la legislación que regula el funcionamiento de la administración, regula la relación con los particulares y fija las modalidades de control y de resolución de las controversias. Se trata de un desafío importante que el conjunto de la sociedad reclama.

RELACIONES ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR CARLOS A. BOTASSI

I. La división del derecho en ramas. Derecho público y derecho privado

Existe consenso en señalar que la división del derecho en ramas no es otra cosa que una técnica para su mejor identificación, estudio y exposición. “El derecho, si bien se mira, se muestra como una sola e inmensa institución. Ocurre a los científicos del derecho, que para poder estudiar este formidable mecanismo lo han de hacer a trozos. No de otro modo se comportan los médicos con el cuerpo humano y los ingenieros con las máquinas. En suma, hay que deshacer el derecho para estudiar el derecho, pero recordando siempre que un trozo no es el derecho, sino una parte; y la realidad de una parte excluye la realidad del todo” (1). Por ello se ha destacado acertadamente que “el tema de las relaciones del derecho administrativo con otras ramas jurídicas o no jurídicas del conocimiento puede parecer acumulación enciclopédica de información sistemática, pero su objeto es encuadrar y ubicar a esta rama del conocimiento en comparación a otras con las cuales existen problemas concretos de importancia práctica, no siempre perceptibles *a priori*” (2).

La distinción que podemos considerar “básica” es la que divide al derecho en público y privado. “La diferenciación no se justifica por razones exclusivamente didácticas tal como lo postula un sector de la doctrina y no obstante haber sufrido los embates de muchos autores (Kelsen, Duguit, Posadas, etc.) ella ha sobrevivido, a pesar de la insuficiencia lógica

(1) CARNELUTTI, Francesco, *Metodología del derecho*, trad. de Ángel Osorio, Valletta, Buenos Aires, 1990, ps. 43 y 44.

(2) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., FDA, Buenos Aires, 2009, t. 1, “Parte general”, p. VIII-1.

de las concepciones en que se funda porque responde a una realidad histórica y social del Estado” (3).

El derecho público es aquel que atañe a la posición jurídica de las autoridades públicas: su organización, competencia, atribuciones y deberes (4). Su nota típica consiste en ocuparse del estudio y regulación de las relaciones jurídicas entre los diversos entes del Estado y entre este y los particulares; admitiendo subdivisiones motivadas por la riquísima diversidad de la ciencia jurídica. El derecho privado, por su parte, se ocupa de las relaciones entre personas físicas o jurídicas ajenas a la organización estatal.

Resulta común fundar la distinción con base en los valores e intereses que se ponen en juego en la relación jurídica regida por las normas de ambas categorías. En el caso del derecho privado se invocan valores y se disputan intereses que atañen a los particulares, es decir, bienes privados sobre los cuales las partes poseen capacidad de disposición de sus derechos. En cambio, en el derecho público, de una u otra manera, en un extremo de la relación se halla una entidad estatal colocando sobre el tapete el interés colectivo y, debido a ello, las partes carecen de una libertad negocial absoluta y deben actuar considerando en alguna medida la conveniencia general. Es en este desarrollo de lo privado y de lo público donde un sector de la doctrina encuentra el fundamento de una “justicia conmutativa” susceptible de diferenciación respecto de la así llamada “justicia distributiva” (5).

Relativizando la división, Fiorini afirma que, en definitiva, “todo el Código Civil es un conjunto de normas dispositivas de derecho público dirigidas a la voluntad de los individuos. Las normas de estos Códigos se han reglado para amparar los intereses públicos, las costumbres públicas y no dañar los bienes comunes. La libertad jurídica que tiene el individuo para crear sus normas con otros sujetos la deberá titularizar respetando las normas públicas que receptan los códigos de derecho privado. Allí se ordenan los ámbitos del orden público, los de moral pública

(3) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 9ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 51.

(4) ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 5ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994, p. 199. Este autor, desde un enfoque subjetivo, divide al Derecho Público en tres categorías principales que se refieren a los actos legislativos, administrativos y judiciales (ob. cit., p. 199).

(5) BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, “Principios. Fuentes”, ps. 156 y 171. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 56 y ss.

y los que no deben perjudicar los derechos de terceros, como establece el art. 19 de nuestra Ley Fundamental (...) Los intereses privados se garantizan con las normas públicas que auguran la existencia de aquellos. Todas las normas que crea el Estado, hasta las excepcionalmente individuales, tienen también en mira situaciones de amparo directo del interés público. Los ámbitos normativos que amparan intereses públicos y privados encuéntrense vinculados por la unidad que se integra por medio de la coordinación, la continuidad y la interacción. No hay jamás divorcio absoluto” (6).

Dentro del derecho público se ubican tres subramas que se influyen en línea directa y de mayor a menor: derecho político, derecho constitucional y derecho administrativo. El derecho político se ocupa de la teoría del Estado y del análisis histórico de las ideas políticas, configurando “la rama del derecho público que estudia la estructura dinámica de la organización política, sus relaciones y funciones” (7). En definitiva, la vinculación de la política, en el sentido de la organización del gobierno (autoridad de algunas personas sobre la comunidad toda), con el derecho (la existencia de reglas y principios de ordenación), es la que da nacimiento al derecho político (8). El derecho constitucional tiene por objeto el examen descriptivo y reflexivo de la Constitución, entendida como “el enunciado institucional de las grandes reglas del juego político y social que una comunidad adopta, para un cierto tiempo de su devenir histórico, por medio de un determinado reparto de competencias y con proyección u orientación hacia ciertos fines en los que la sociedad visualiza su porvenir” (9). Por último, el derecho administrativo, con-

(6) FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 21.

(7) A su vez, la política es la actividad humana que tiene por objeto ordenar jurídicamente la vida en sociedad. De ella deriva el gobierno en las comunidades organizadas, con la intención de crear, conservar, extinguir o modificar el Poder (FAYT, Carlos S., *Derecho político*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª ed., 3ª reimp. actualizada, 1973, ps. 9 y 39).

(8) ROMERO CARRANZA, Ambrosio, *Historia del derecho político*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 21.

(9) VANOSI, Jorge R. A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 93. Bielsa define al derecho constitucional como “la parte del derecho público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, su estructura y atribuciones, y las declaraciones y los derechos y garantías de los habitantes como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político a título de ciudadanos” (BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 143).

dicionado estrictamente por las otras dos disciplinas, estudia y regula el ejercicio de la función administrativa del Estado, incluyendo el análisis de sus formas jurídicas (servicio público, hechos, actos, contratos, procedimientos y reglamentos administrativos, potestades) y sus límites como contrapartida propia del Estado de Derecho (10). El derecho administrativo contiene los preceptos vinculados con el efectivo ejercicio de los derechos constitucionales, por esa razón se lo ha considerado el “momento dinámico” de la Constitución; y también se ha dicho que el derecho administrativo “es el procedimiento o derecho procesal del derecho constitucional” (11). Pero no es menos cierto que el derecho administrativo es la concreción de determinadas ideas políticas ya que “es la finalidad política perseguida la que enmarca y caracteriza la mayor parte de las técnicas administrativas. Así, las normas sobre viviendas de protección oficial, o las relativas a la publicación de un sector de la economía, no responden sino a una ideología del poder” (12).

Desde el mirador de la matriz generadora del orden jurídico cabe resaltar que si el derecho es a la vez producto y condicionante del Estado (en cuanto regula su funcionamiento y su relación con los individuos) no hay posibilidad de que un Estado funcione sin un mínimo grado de desarrollo del derecho público; y, entonces, resulta forzoso reconocer que el derecho administrativo es anterior al derecho civil, más allá de que este último haya tenido el extraordinario empuje no solo de Grecia y Roma sino, en cuanto interesa a nuestra cultura continental europea, de las especulaciones jurídicas del Medioevo.

Existió una razón política (y en alguna medida práctica) justificante del impulso y desarrollo del derecho civil y la correlativa postergación

(10) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. 1, ps. V-1 y ss. Otras definiciones, con un criterio puramente subjetivo aluden también a la Administración Pública, definiendo a nuestra materia como “la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las relaciones jurídicas consiguientes entre ella y los demás sujetos” (ZANOBINI, Guido, *Curso de derecho administrativo*, Acayú, Buenos Aires, 1954, t. I, “Parte general”, p. 39, quien excluye a las funciones administrativas que desempeñen los Poderes Legislativo y Judicial, por considerarlos materia del derecho constitucional). Por nuestra parte adherimos al criterio objetivo, comprensivo de la función administrativa cualquiera sea el Poder que la lleve a cabo, como asimismo los casos en que dicha función es ejercida por particulares por delegación del Estado.

(11) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 144.

(12) VILLAR PALASI, José Luis - VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de derecho administrativo*, 3ª ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1992, t. I, p. 15.

del progreso del derecho público. Al monarca le interesaba reglar las relaciones entre sus súbditos para asegurar algún tipo de paz interior y proscribir la justicia por mano propia evitando el caos. Pero el vínculo entre el pueblo y su Rey era, simplemente, de mando y obediencia y no requería de mayores regulaciones. Por esta razón, en sus albores —para mayor seguridad de los detentadores del Poder— el derecho administrativo se dedicó a justificar las prerrogativas de las autoridades estatales (policía de seguridad, tránsito, salubridad, moralidad, economía; potestad expropiatoria; presunción de legitimidad y ejecutoriedad de las decisiones oficiales) hasta llegar al paroxismo de la modernidad: el derecho de la emergencia y el carácter declarativo de las sentencias de condena contra el Fisco.

Debido al tiránico abuso en que incurrieron las monarquías europeas a fines del siglo XVIII aparecerá como reacción la Revolución Francesa (1789) y sus históricas consecuencias políticas: el comienzo del proceso de conversión del súbdito en ciudadano y la creación de un órgano especializado en conocer del denominado recurso por “exceso de poder”. Este órgano debía ser ajeno al Poder Judicial ya que los jueces, miembros de la nobleza, eran sospechados de intentar regresar al antiguo régimen. Nació así el Consejo de Estado, que ensanchó extraordinariamente sus atribuciones a partir de lo decidido por el Tribunal de Conflictos de Burdeos en el paradigmático caso “Blanco” donde se explicó que las reglas y principios del derecho civil no resultaban suficientes para regular las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública (13). De todos modos —como se sabe— el nuevo Estado francés no renegó de los privilegios de la monarquía, sino que los asumió en nombre del nuevo soberano: “el pueblo” y esa idea-fuerza se difundió por todo el orbe con la conocida consecuencia de reemplazar al tirano-monarca por el tirano-republicano. Como supo escribir Mariano Moreno en los albores de la argentinidad, se cambió de tirano sin abolir la tiranía.

Si bien no admite discusión, como concepto vinculado estrechamente a la democracia, que es el pueblo quien titulariza las prerrogativas

(13) El 8 de febrero de 1873, el Tribunal de Conflictos, que dirimía las cuestiones de competencia que se suscitaban entre los jueces del Poder Judicial y los jueces Administrativos, sostuvo que el Estado debía recurrir a los modos de gestión privados solo excepcionalmente; y que, por el contrario, se veía sometido como regla “a un derecho particular, diferente de aquel que rige las actividades privadas, requiriendo para los problemas que afronta (los contratos, la responsabilidad) el aporte de soluciones distintas”. Para la doctrina, “de allí en más quedó consagrada la autonomía del Derecho Administrativo” (RIVERO, Jean - WALINE, Jean, *Droit administratif*, 16ª ed., Dalloz, París, 1996, p. 15).

necesarias para proveer al interés general, no debemos olvidar que se trata de privilegios y ventajas de todo tipo que finalmente los usufructúan las personas físicas que se desempeñan como funcionarios y empleados públicos y no siempre los ejercen en beneficio de la colectividad. Abundan los casos en los cuales invocando el “bien común”, el “bienestar general”, el “interés público” u otras fórmulas igualmente vagas, se actúa en beneficio de un sector social, de un partido político o en la búsqueda del enriquecimiento de quienes gobiernan.

Más tarde, al advertirse que la permanente justificación de las facultades exorbitantes del Fisco acentuaba el desequilibrio en perjuicio de los gobernados, surgió la necesidad de crear medios de defensa para la parte débil de la relación jurídico-administrativa (deber de motivación y razonabilidad de las decisiones oficiales, límites al poder de policía, procedimiento y proceso administrativo, responsabilidad del Estado). Se dejó, entonces, de analizar y regular solamente el uso de los privilegios y potestades oficiales y surgió un enfoque bifronte. La doctrina comenzó a ocuparse del binomio prerrogativas-garantías como manera de coadyuvar a la búsqueda de un equilibrio que privilegie el interés colectivo representado por el Estado, pero a la vez proteja a los ciudadanos de los siempre presentes abusos del Poder.

Para muchos analistas, recién consolidado este momento, puede hablarse del nacimiento del derecho administrativo ya que resulta condición de su propia existencia que rija el denominado “Estado de Derecho” (14), considerado un salto de calidad enorme en la evolución de las ideas de libertad y proscripción del autoritarismo, al propender el sometimiento de los gobernantes al orden jurídico y consagrar, en forma correlativa, una serie de garantías y derechos esenciales a favor de los ciudadanos. Fue desde ese mirador que se comprendió que no era posible considerar “derecho administrativo” a un simple sistema de reglas positivas limitadas a organizar (y regular internamente) el funcionamiento del Estado de Policía.

(14) “El Estado de policía es un Estado sin derecho administrativo; el Estado de derecho lo es con derecho administrativo” (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I p. 64). “El Estado de Derecho es un principio de cultura del cual se han querido apropiarse diversas tendencias políticas. Como el derecho es principio realizador de la convivencia humana en el marco de la sociedad política, y esa convivencia ha de fundamentarse en unos valores determinados, aparece clara la dimensión cultural del Estado de Derecho, pues pone al Estado al servicio de esos valores” (VERDÚ, Pablo L., *La lucha por el Estado de Derecho*, Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 17).

Otros autores, vinculando demasiado estrechamente a nuestra materia con la Ciencia de la Administración, han afirmado que siempre que exista función administrativa, cualquiera sea la condición política imperante en el Estado que se examine (monárquica, imperial, dictatorial, liberal, democrática, republicana, unitaria o federal), existirá necesariamente un régimen de derecho administrativo que, con este enfoque, jerarquiza su reconocible y reconocida condición de “derecho procesal de la Constitución”.

Pensamos que en el fondo se trata de una disputa semántica.

Si por derecho administrativo entendemos un sistema de normas y principios tendientes a evitar el abuso de poder y el sometimiento del ciudadano a la voluntad omnímoda del líder, imponiendo el respeto de los derechos individuales, es claro que su nacimiento remonta al 1800. Antes de ello, cuando las reglas solo imponían deberes a los ciudadanos, pero ningún derecho, y la relación era de puro mando y obediencia, solo cabe reconocer la vigencia (y su eficacia en términos de limitación de la libertad) de un sistema opresivo e injusto.

Este razonamiento posee gran relevancia para esclarecer la cuestión del vínculo entre el derecho privado y el derecho público, si tenemos en cuenta —como lo advirtió Mayer— que la diferencia entre el derecho civil y el derecho administrativo de fines del siglo 19 es que “solo en el primero hay normas jurídicas”, ya que el segundo no reconoce derechos ni garantías a uno de los dos términos de la relación jurídica, es decir, al individuo. Se asumió, entonces, como natural que, al evolucionar hacía un sistema equilibrado entre las prerrogativas del príncipe y los derechos individuales, el derecho administrativo de aquella época se hubiera construido sobre el modelo del derecho civil, que conformaba un sistema de recíprocos derechos y deberes en la relación jurídica (15).

En cambio, si empleamos la denominación “derecho administrativo” para aludir a la regulación de los vínculos interadministrativos, junto a mínimas normas referidas a la relación de mando entre la autoridad y el súbdito, concluiremos en que existió derecho administrativo no solo en la antigua Grecia, en Roma y en los pueblos germánicos, sino también en toda incipiente forma de Estado, reconocible desde que el primer grupo humano se instaló en un territorio, dividió labores y funciones y reconoció la autoridad de un líder. Como bien se sabe, algunas disposiciones de lo que hoy llamamos derecho administrativo ya se hallaban en el *Corpus*

(15) MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, trad. del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982, t. I, p. 33.

Iuris Civiles. Los romanistas explican que la ausencia de una división por materias del derecho romano obliga a asumirlo como un todo. “Los romanos no dividieron en ramas su derecho. No consideraron que se pudiera dividir el derecho en tanto este es un conjunto de leyes y valores que deben funcionar de manera armónica y coherente. Para ello era necesario mantener todas las normas cerca, siendo solo posible separar, como bien apunta Celso, ‘para el Estudio’ el derecho en público y privado y en civil, natural y de gentes” (16). Cabe, entonces, descartar la idea de que no existió en Roma derecho administrativo como ciencia porque no hubo pronunciamiento expreso por parte de los jurisconsultos, ni existió una elaboración doctrinaria autónoma, cuando en el *Corpus Iuris Civiles* existen criterios y referencias múltiples de derecho administrativo, especialmente en el Libro I del Digesto: distribución de competencias y organización de un sistema burocrático basado en la jerarquía de los funcionarios; mecanismos de actuación administrativa (reglas de procedimiento para gobernar el vasto territorio imperial) y un afiatado sistema de control administrativo y financiero. Cabe sumar, asimismo, las disposiciones romanas sobre responsabilidad de los funcionarios; bienes del dominio público de uso y disfrute de los particulares; obras públicas y concesiones; ordenamiento y fiscalización (poder de policía) de actividades públicas, tales como el culto y espectáculos; asistencia pública (salud y enseñanza); prestaciones de servicios públicos por asociaciones privadas, a través de la firma de contratos administrativos; uso del espacio rural y urbanismo (incluyendo la estabilidad y condición de los edificios); servidumbres privadas y públicas; expropiación forzosa; manejo de las aguas, protección de los recursos naturales y otras cuestiones medioambientales; impuestos y exenciones fiscales; etcétera (17).

(16) PELEGRÍN, Ricardo, “Aspectos del derecho administrativo en el derecho romano”, en BERIZONCE, Roberto - MENDOZA DÍAZ, Juan (coords.), *Tendencias actuales del Derecho. Cuba-Argentina*, edición de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y de Derecho de La Habana, 2006, p. 166; quien destaca que en el Derecho Romano existían figuras cuyo contenido se debate entre lo público y lo privado sin que se considerara siquiera la idea de efectuar una diferenciación útil, como era el caso de los contratos de sociedad y de mandato (p. 166). Zanobini recuerda que la distinción teórica era bien conocida por los juristas romanos y transcribe una disposición del Digesto que define a ambas ramas del derecho según la utilidad de la norma vaya dirigida a la República (intereses sociales) o a los particulares (intereses individuales): “Hay derecho público en todo lo que atañe al Estado y privado en lo pertinente a una utilidad singular” (ZANOBINI, Guido, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, “Parte general”, p. 35) Este autor basa la distinción en razón de las personas cuya conducta se regula: “Derecho público es el derecho del Estado y de sus instituciones auxiliares; derecho privado es el derecho de los individuos y de las personas jurídicas” (ob. cit., p. 37).

(17) PELEGRÍN, Ricardo, “Aspectos del derecho...”, cit., p. 164; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (dir.) - GEREZ KRAEMER (ed.), *Hacia un derecho administrativo y fiscal roma-*

Señala Pelegrín que todas estas instituciones están perfectamente identificadas en el plano histórico y aún perduran, de allí que resulte inexacto afirmar que en el derecho público los rastros del derecho romano están casi totalmente perdidos (18). “Además, en los textos clásicos romanos aparece el actual vocabulario técnico administrativo y financiero en palabras como *aerarium, fiscus, fraus fisci, tributum, res publicae, res universitatis, res communis, stipendium, exactio, exemptio, concessi* y la misma palabra administración: *administratio*. Su más antigua raíz debe buscarse en la unión del prefijo *ad*, expresión de vínculo y cercanía al verbo *ministrator*, que forma parte de la familia de palabras *minister, ministerium, ministratrix* y *ministro*, todas asociadas al sirviente, al criado, al que ofrece, al que procura, al ministro, al gobernador, al que ejecuta. Se habla, entonces, de aquello unido al que gobierna en calidad de sirviente; a la actividad que los funcionarios romanos iban realizando según iba determinando el soberano de Roma, el *populus*, para satisfacer las necesidades de los romanos mismos... A los ojos del *populus* romano, el Estado era el conjunto de ciudadanos políticamente reunidos que, aunque se expresaban a través de órganos determinados por ellos para realizar funciones específicas, era realmente la autoridad colectiva, la *potestad*, la que determinaba los destinos de Roma” (19).

Cualquiera sea el alcance, utilidad y trascendencia que se le asigne a la división del derecho en ramas (sobre todo en cuanto respecta al crucial problema del uso de las fuentes a fin de superar las lagunas del orden jurídico), al no existir compartimentos estancos, como lógica consecuencia, las diversas áreas en que se ha dividido a las ciencias jurídicas reconocen infinitos vasos comunicantes. En nuestro país, la reforma constitucional de 1994 reconoce la existencia de nuevas ramas del derecho, como el derecho de los consumidores y el derecho ambiental (arts. 41 y 42 de la Carta Magna) que aparecen referidas a conflictos sociales que son transversales al derecho privado y al derecho público, sin que resulte posible encasillarlos con exclusividad en una u otra rama del derecho.

Aproximándonos al objeto de este trabajo comenzaremos por destacar que desde siempre el derecho civil se ha relacionado con el derecho administrativo interactuando recíprocamente en asuntos de gran trascendencia, como la enumeración de las personas jurídicas públicas,

no, Dykinson, Madrid, 2013, t. II. Ver también MICIELI, Laura L. - ROMERO, Carlos H. - FUENTES FRANCIS, Camila - VEDIA, Adrián G., “Derecho administrativo y derecho romano”, *Revista In Iure*, nro. 2, La Rioja, p. 69.

(18) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 17ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 188.

(19) PELEGRÍN, Ricardo, “Aspectos del derecho...”, cit., p. 165.

los derechos reales administrativos, la responsabilidad del Estado y las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de dominio de los particulares. Debido a ello no es de extrañar que en las *Palabras Preliminares* de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. de 2015, en su apart. IV denominado “Constitucionalización del derecho privado”, se señale: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En este proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por primera vez hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema” (20).

En rigor, la subordinación de las leyes a la Constitución, cualquiera su naturaleza y rama a la que pertenezcan, no es otra cosa que la consecuencia del sistema piramidal del orden jurídico, sin que corresponda perder de vista que cualquiera sea la rama del derecho que corresponda aplicar para decidir el entuerto, la presencia del Estado (en sentido amplio) en la relación jurídica a examinar, impone al intérprete investigar la eventual existencia de reglas positivas o en su caso de principios generales del derecho público. Esta ineludible presencia de fuentes de derecho público en todo asunto en que el Fisco sea parte explica la tendencia a asignar la competencia contencioso-administrativa con criterio subjetivo como lo ha hecho en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (21).

(20) Queda así sintetizado lo que se había expresado en los fundamentos del Proyecto luego sancionado como ley nacional 26.994: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular de los Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros”.

(21) Ley 189, art. 2º: “Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, *cualquiera sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado*. La competencia contencioso administrativa y tributaria es de orden público”. Hemos expuesto las ventajas del criterio subjetivo en BOTASSI, Carlos, *Ensayos de derecho administrativo*, Librería Editora Platense, La Plata, 2006, ps. 435 y ss.

II. Interrelación entre el derecho civil y el derecho administrativo

Como recuerda Cassagne, “el derecho administrativo no posee ni ha poseído nunca una existencia aislada e independiente y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como sucede con el derecho constitucional, o bien relaciones de interferencia, como es el caso de sus vínculos con los derechos civil y comercial” (22).

Dichas “interferencias” con el derecho privado se deben resolver por el intérprete colocando por delante los diferentes valores que cada rama del derecho intenta preservar.

El derecho civil atiende relaciones entre partes iguales. Muchas de cuyas normas son creadas voluntariamente por los interesados a través de la libre contratación y la emisión de actos jurídicos unilaterales que obligan al autor o a sus sucesores (suscripción de un pagaré, constitución de una garantía real, redacción de un testamento). Aspira a consagrar en una sociedad el imperio de la “justicia conmutativa”. El derecho administrativo opera en una relación desigual, justificada —en no pocas ocasiones con cierto grado de hipocresía por las autoridades de turno— en la presunción de que el Estado se encuentra empeñado en la búsqueda del bien común. Su desafío estriba en lograr un efectivo marco de equilibrio entre las prerrogativas de las autoridades y los derechos individuales como manera de evitar el ejercicio abusivo del poder. Pretende lograr la concreción de la “justicia distributiva”.

En el derecho civil solo existe una categoría de sujetos que actúan, en principio, en paridad de derechos. Esos sujetos están sometidos a un sistema normativo sobre el cual no tienen posibilidad de influir ni para conservarlo ni para modificarlo. Su finalidad es proteger los lazos familiares, mantener el respeto de lo acordado, garantizar el derecho de propiedad y, en definitiva, asegurar la paz social evitando la justicia por mano propia. En el derecho administrativo, en cambio, uno de los sujetos de la relación se ubica en una posición de mando, emite órdenes que —*prima facie*— deben ser cumplidas, aun cuando se discuta su le-

(22) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 15. Del mismo autor: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, p. 25.

galidad. Esa circunstancia significa para el Estado un notable privilegio con respecto al protagonista particular del vínculo (23) ya que lo coloca en condiciones de modificar el orden jurídico vigente, sancionando leyes, emitiendo reglamentos o actos de alcance general de cumplimiento obligatorio y dictando sentencias. Aun cuando contrata el Fisco mantiene una situación prevalente, controla y sanciona a su cocontratante; deja sin efecto lo acordado indemnizando solamente el daño emergente; posee la prerrogativa de la “interpretación preferente” de lo acordado y un intenso *ius variandi*. Como es de suponer, y como confirma la *praxis* diaria los gobernantes hacen uso y abuso de tales características que, aunque con algún grado de reblandecimiento, todavía suelen enarbolarse en los despachos oficiales y aceptarse por los jueces. Puede no agradarnos que ello ocurra, podemos no compartir los fundamentos de quienes lo justifican, pero no podemos negar que ocurre en la realidad incontrastable de los hechos.

De todos modos, a pesar de tales trascendentes diferencias, resulta innegable que el derecho administrativo recibió la influencia estructural del derecho civil, claramente presente en instituciones esenciales como el acto jurídico del cual toma sus elementos el acto administrativo; las convenciones que fijan la impronta de los contratos administrativos y los derechos reales que evolucionaron hasta admitir la categoría de los derechos reales administrativos (dominio estatal, servidumbres administrativas). Es en este sentido que se ha señalado la existencia de un “un verdadero préstamo de instituciones” que más tarde adquirirían “su propia sustantividad” (24), produciéndose una administrativización del derecho privado. Ocurre, como lo ha explicado Abad Hernando, que hubo “una facilitación de moldes o continentes que, poco a poco, han ido planteando la exigencia de una clara diferencia en una primera etapa; y más tarde, el establecimiento preciso de la sustantividad propia de lo administrativo. Han sido instituciones y figuras que solo fueron comunes *ab initio*” (25).

(23) “El derecho administrativo es básicamente un derecho distinto del Derecho Privado porque comprende privilegios y limitaciones extraños respecto de este último” (BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 1).

(24) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 21.

(25) ABAD HERNANDO, Jesús L., *Estudios de derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Mendoza, 1985, p. 33.

Asimismo, existen principios generales del derecho que resultan plenamente aplicables a ambas disciplinas (26), como, por ejemplo, el deber de cumplir lo comprometido, la obligación de actuar de buena fe, las consecuencias positivas de haber generado en el otro una confianza legítima y la responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan ocasionarse a terceros (27). Por último, las disposiciones vigentes de la ley civil resultan aplicables por analogía a nuestra materia, conforme lo estatuye el art. 2º del Cód. Civ. y Com. “Es decir que existen dos razones fuertes y convergentes sobre la necesidad de explorar el derecho civil. Por un lado, el origen histórico de nuestro objeto de estudio y, por el otro, el relleno de las lagunas actuales” (28).

Ahora, con la entrada en vigencia del referido Código (1/8/2015), se produjo un acercamiento entre la legislación común y la regulación administrativa. En un trabajo de doctrina el jurista que lideró la Comisión redactora del nuevo cuerpo legal explicó que dicho acercamiento se apoyó en una idea-fuerza esencial: también desde la regulación de las relaciones privadas se puede propender a la concreción del “Estado de Derecho (que) implica la realización del proyecto constitucional mediante normas de buen gobierno”. Recordó, asimismo, que “en sus orígenes el Estado de derecho fue concebido como un límite al poder, primero del rey, luego del propio Estado a través de pesos y contrapesos. En el siglo XX se agregó la limitación al poder económico y en nuestro siglo, la referencia al poder tecnológico. *En el derecho privado debe existir un*

(26) “Uno de los sectores que resulta más propicio para la vigencia y aplicación de los principios generales del derecho es el derecho administrativo. Así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada ni codificable en su totalidad que, en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa, es de creación eminentemente pretoriana” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales...*, cit., p. 13).

(27) “En realidad, se trata de preceptos fundados en principios comunes al derecho privado y al derecho público, pero que han tenido concreción positiva mucho antes en el derecho civil que en el derecho Administrativo” (BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 159. Gordillo advirtió que las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado eran de tres tipos: 1º) Existencia en ambos de determinados principios generales, sin que sea el derecho administrativo el que los tomó del derecho civil sino que este los utilizó primero (elementos esenciales de los hechos jurídicos, contratos, responsabilidad, etc.). 2º) Presencia de reglas de derecho administrativo en el Código Civil (enumeración y descripción de los bienes del dominio público, limitaciones a la propiedad, expropiación). 3º) Aplicación analógica al derecho administrativos de normas y principios del derecho civil (GORDILLO, Agustín A., *Teoría general del derecho administrativo*, IEAL, Madrid, 1984, p. 129 y *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. VIII-1).

(28) BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. III, p. 140.

correlato que ha sido tenido muy en cuenta en el Código. El límite al poder estatal se encuentra reflejado en numerosas disposiciones relativas a la libertad y a la capacidad de las personas, la organización autónoma de la vida familiar y los derechos personalísimos” (29).

Existen en el nuevo Código algunas normas que reflejan, en general, lo antes dicho. El art. 14 reconoce los derechos de incidencia colectiva, muchos de los cuales se inscriben en el derecho público (derecho a la calidad del medio ambiente; derecho de uso de los bienes del dominio público; derecho a la información de la actividad estatal; derecho de acceso a los servicios públicos y al goce de los derechos económicos, sociales y culturales). Por su parte el art. 240 establece que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva y, además, “debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Y también existen disposiciones específicas del derecho administrativo como el art. 243: “Bienes afectados directamente a un servicio público. Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio”.

III. La autonomía del derecho administrativo

Fue precisamente la potente presencia del derecho civil(30) lo que demoró la construcción dogmática del derecho administrativo como rama autónoma; condición que no fue aceptada de una vez y para siempre, sino que significó un proceso lento y dificultoso (31). André Hauriou

(29) LORENZETTI, Ricardo L., “Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL del 3/8/2015, p. 4.

(30) “Es bien conocida la tendencia de asimilar las instituciones del derecho administrativo a las instituciones del derecho civil, y la terminología misma de aquel se resiente de esa influencia, como lo demuestran las expresiones de dominio público, de dominio directo, de servidumbres públicas, de contratos administrativos, etc.” (FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1993, p. 96).

(31) Serra Rojas señala que “en la historia de las instituciones políticas, el derecho administrativo se unifica tardíamente —aunque sus principios se remontan hasta la antigüedad—, pero la fuerza social que origina su creación es de tal manera poderosa, que un impulso creciente le permite liberarse del sistema jurídico civilista y adquirir su propia y original naturaleza... Muy estrechas son las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo. Nuestro Código Civil contiene instituciones que han sido

relata que en sus clases les advertía a sus alumnos que, para asimilar su naturaleza autónoma era conveniente olvidar las enseñanzas del derecho privado (32). Y a mediados del siglo pasado Villegas Basavilbaso alertaba sobre las dificultades que soportaba nuestra materia para delinear su propio perfil, señalando que “el derecho administrativo, ciencia en construcción, cuenta apenas una centuria y durante su elaboración ha debido defender su propio dominio de las invasiones del derecho constitucional y del derecho civil, intromisiones que han dejado sectores de indeterminación en sus lindes”, recordando que “entre el derecho civil y el derecho administrativo no existe identidad ni separación precisa. Sus relaciones no son de dependencia ni de subordinación, sino de contactos, de continuidad objetiva. La ley civil, unificada en el Código del mismo nombre, en vigor desde el 1º de enero de 1871, ha influido en el desarrollo del derecho administrativo, cuya sistematización, en algunas de sus instituciones, ha seguido por aplicación extensiva la metodología del Cód. Civil” (33).

Ahora, el Cód. Civ. y Com., como una manera de propender al acercamiento entre las dos vertientes principales del derecho, ha enfatizado la tendencia hacia la publicización del derecho civil desde su primer artículo: “*Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte...A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Esta alusión expresa a la Constitución y a los tratados, más allá de que su eventual ausencia en nada hubiera cambiado el sistema jerárquico de las fuentes, constituye una innovación respecto del Cód. Civil de 1871

el antecedente de instituciones administrativas (y) el Código Civil contiene diversas instituciones administrativas como el Registro Civil, el Registro Público de la Propiedad, el Registro Público de Comercio y otros. El Código Civil es una fuente constante para la solución de problemas administrativos por analogía o aplicación de los principios generales del derecho” (SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho administrativo*, Porrúa, México, 1997, ps. 153 y 156.

(32) HAURIOU, André, “La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado”, LL 4-1, también publicado en GORDILLO, Agustín (dir.), *Derecho administrativo. Doctrinas esenciales*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 1091.

(33) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1949, ps. XV y 199.

que remitía solamente a la ley, la analogía, los principios generales y los usos y costumbres cuando resultaren expresamente referidos en las leyes (arts. 16 y 17). La inclusión de las fuentes supralegales deja noticia de la especial atención prodigada al derecho público por los redactores del Código de 2015.

Para valorar en su justa medida el cambio de orientación, corresponde recordar que fueron numerosas las oportunidades en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación había invocado la preeminencia del Cód. Civil en situaciones que podríamos considerar “fronterizas” entre ambas ramas del derecho. En algunas ocasiones las decisiones revistieron un alto interés político, debido a que proscribir la aplicación del derecho administrativo con base en interpretaciones muy laxas del concepto de “derecho común” significaba, en determinadas materias sensibles, negar eficacia a normas locales de suma trascendencia institucional, vinculadas —por ejemplo— con la potestad tributaria de cuyo normal ejercicio depende la propia existencia de los Estados locales (34).

Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, la Corte volvió sobre sus pasos y comenzó a estrechar el concepto de “derecho común”; de tal suerte que en algunas ocasiones postergó la aplicación del Cód. Civil cediendo paso al derecho público local. Cabe citar a título de ejemplo el caso “Larralde”, en el cual se había objetado el tratamiento a fines impositivos de los inmuebles en condominio, apartándose de la regulación dada a ese derecho real por el Cód. Civil, entonces, vigente. El Alto Tribunal consideró “excesiva” la doctrina de sus propios pronunciamientos anteriores “según la cual el Cód. Civil, en razón de haber sido dictado por el Congreso, constituye una ley limitativa de la facultad de las provincias para establecer impuestos dentro de los límites de su jurisdicción”; y estimó necesario evitar “hacer de este último Código, solo concerniente a las relaciones privadas, un derecho supletorio del derecho público, en este caso del derecho financiero”. Agregó que ello importaría “querer limitar el federalismo de la Constitución con el unitarismo del Cód. Civil, lo que es, desde luego, inaceptable (...) La delegación que han hecho las provincias en la Nación para dictar los Códigos de fondo, solo significa que aquellas, en lo que respecta a los Códigos Civil y de Comercio, han querido un régimen uniforme en materia de derecho privado; y es seguramente excesivo interpretar que, además, han tenido la voluntad de

(34) Así, por ejemplo lo atinente al domicilio fiscal de las personas jurídicas a fin de ser consideradas sujeto imponible en determinadas provincias; plazo de la prescripción extintiva de la acción de cobro de impuestos, al igual que las causales de suspensión e interrupción de su curso; etc.

limitar también las facultades de derecho público de que no se desprendieron en beneficio de la Nación” (35).

En este escenario se presenta un interrogante que no es original, pero resurge potenciado debido a la nueva normativa civil y comercial: En cuestiones atinentes al derecho público, al interés general, a la teoría del Estado y otros asuntos claramente vinculados con las relaciones jurídico-administrativas, ¿el derecho civil funciona como sistema subsidiario del derecho administrativo al que cabe acudir prestamente si aparece un vacío normativo o este posee capacidad autointegradora? Dicho de otra manera: si nos hallamos frente a una laguna en el ordenamiento administrativo ¿debemos en primer y único paso aplicar al diferendo las reglas y principios del derecho civil o es preciso agotar los medios para hallar la solución dentro del mismo derecho administrativo, para recién después —en caso de resultado negativo— acudir al derecho privado?

Consideramos que esta última es la solución correcta debido a la autonomía de nuestra materia. Finalmente, así como el derecho civil es el “derecho común” de las relaciones entre particulares, el derecho administrativo es el “derecho común” de la función administrativa y en ese sentido conforma un ordenamiento con capacidad autointegradora. De allí que recién en ausencia de una regla positiva o de otras fuentes directas como la doctrina y la jurisprudencia iuspublicistas o indirecta como los principios generales del derecho público, habrá que acudir a las normas vigentes y valores que inspiran al ordenamiento administrativo.

Ello sin dejar de recordar que cada rama tiene su propio piso de marcha y así como se diferencian en la forma antes dicha, se complementan en más de un sentido sin que corresponda predicar que existen actos, contratos o derechos reales emanados o titularizados por el Estado que se rijan por el derecho privado (36), ya que de esa forma se incurre en

(35) CS, 2/3/1959, “Larralde, Lorenzo y otros s/demanda de inconstitucionalidad”, Fallos 243:98.

(36) La Corte Suprema de Justicia, dirimiendo un conflicto positivo de competencia en la Justicia Laboral Nacional y la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la CABA, al examinar un contrato civil de locación de servicios celebrado entre el Fisco y un médico resolvió “que si bien el vínculo que unía a las partes *era un contrato privado de locación de servicios, regido por el Código Civil, este fue celebrado en el marco de un conjunto de normas de Derecho público local, dado que la relación estuvo regulada por disposiciones de carácter administrativo*”, decidiendo el conflicto a favor del Fuero Contencioso Administrativo (CS, 2/1/2003, cuestión de competencia, causa 2776. XXXVIII, “Gonzalo, Jesús c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/despido”).

una inexactitud producto de la superada teoría de la doble personalidad (pública y privada) que se asignaba al Fisco. Siempre que se halle presente el Estado en cualquiera de sus manifestaciones, la cuestión será dirimida con base en el ordenamiento y a los principios generales del derecho público, sin perjuicio de la aplicación analógica, de las reglas del derecho civil.

En última instancia ambos segmentos normativos se subordinan a la Constitución, como consecuencia del sistema piramidal del orden jurídico. Como no podía ser de otra manera, el Cód. Civil hoy derogado coordinó su articulado con la Constitución de 1853 reformada en 1860. Así, por ejemplo, cuando los arts. 2611 del Cód. Civil de 1871 (37) y 1970 del Cód. Civ. y Com. de 2015 (38) remiten al derecho administrativo en materia de limitaciones a la propiedad privada por razones de interés general, no hacen otra cosa que reconocer que el ejercicio del derecho de dominio queda sujeto a las leyes locales que lo reglamentan en aplicación del denominado “poder de policía de la propiedad”, que encuentra sustento constitucional en la relatividad de los derechos consagrada en el art. 14 de la CN.

IV. Aplicación de ley civil a cuestiones de derecho público

La totalidad del derecho privado de nuestra civilización occidental reconoce su antecedente remoto en el derecho romano en el cual se han generado casi todas las instituciones actuales. Y ya hemos dicho que, históricamente, el derecho administrativo, mientras se fue modelando teóricamente y, sobre todo, a medida que se legislaba sobre sus instituciones esenciales (v.gr. actos y contratos administrativos, relación de empleo público, derechos reales administrativos, limitaciones a la propiedad privada, expropiación, responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos), recurrió al derecho privado en variadas formas.

Linares ha dividido en tres grupos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha aplicado los Códigos comunes

(37) Cód. Civil, art. 2611: “Las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”.

(38) Cód. Civ. y Com., art. 1970: “Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción. Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

a situaciones conflictivas que han enfrentado a los particulares con el Estado (39):

1º.— Asuntos en los cuales se ha aplicado *directamente* el Cód. Civil, aunque existían normas de derecho público provincial que fueron consideradas inconstitucionales por invadir atribuciones federales. Un ejemplo lo constituye el intento de los Estados locales de establecer sus propios plazos de prescripción de las acciones tendientes al cobro de impuestos, frustrado por la Corte Nacional en numerosos precedentes entre los que descolla “Filcrosa” (40), fallo en el cual se realizó el desarrollo más profundo de la tesis del Tribunal cimero.

Cabe señalar que el Código unificado se aparta de dicha doctrina jurisprudencial y reconoce la potestad provincial en la materia en sus arts. 2532 y 2560.

2º.— Casos en los cuales se ha aplicado *subsidiariamente* el Cód. Civil debido a que no existían normas administrativas ni locales ni nacionales. El ejemplo típico es el de la responsabilidad extracontractual del Estado que fue anclada en los arts. 1109, 1112 y 1113 del Cód. de Vélez.

3º.— Conflictos resueltos aplicando el Cód. Civil *por analogía*. Este es el supuesto que más se hace presente en la jurisprudencia y, tal vez por ello mismo, el más desarrollado por la doctrina, destacándose que las características propias de nuestra materia, su falta de codificación, su permanente mutabilidad, asignan a la analogía un rol de mayor relevancia que en el derecho privado (41).

Cabe destacar que el Cód. Civ. y Com. no menciona a la analogía entre las fuentes del derecho que enumera en su artículo primero (las leyes; la Constitución; los tratados de derechos humanos; los usos, prácticas y costumbres) sino que la caracteriza como una técnica para aprehender el sentido más justo de una norma ya existente: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, *los principios y los valores jurídicos*, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2º). Desde luego que estas reglas de hermenéutica jurídica

(39) LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 17.

(40) CS, 30/9/2003, “Recurso de hecho deducido por Abel Latendorf (síndico) en la causa Filcrosa SA s/quiebra s/incidente de la Municipalidad de Avellaneda”, Fallos 326:3899.

(41) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales...*, cit., p. 71.

resultan aplicables a todas las ramas del derecho más allá de su ubicación en un Código de Derecho Privado. Y, como lo destacara Bielsa, en el derecho administrativo la interpretación de la ley reviste extraordinaria importancia no solo porque está en juego el interés público sino también porque en todo momento, antes que un juez se ocupe del asunto, será la Administración quien interprete y aplique la norma, cosa que no ocurre en situaciones conflictivas entre privados (42).

V. El Código Civil y Comercial y las cuestiones vinculadas al derecho administrativo

La doctrina clásica se ocupó de analizar con cierto detalle las disposiciones de derecho administrativo contenidas en el Cód. Civil derogado. Así Bielsa enumeró la personalidad jurídica (arts. 45, 46 y 48); el régimen jurídico de las cosas con relación a las personas (arts. 2340, 2341, 2342, 2344); la locación de cosas del dominio estatal (art. 1502); reglamentación de la caza y pesca mediante normas de policía (arts. 2527, 2542, 2549); limitaciones a la propiedad privada por razones de interés público (art. 2611); expropiación por causa de utilidad pública (arts. 1324 inc. 1º, 2511) y orden de privilegios de los créditos fiscales (art. 3879 inc. 2º) (43).

El Cód. Civ. y Com. fue sancionado por el Congreso Nacional mediante la ley 26.994 (BO 8/10/2014). Según su art. 7º su entrada en vigencia estaba prevista para el 1º de enero de 2016; sin embargo, la ley 27.077 (BO 19/12/2014), sin proporcionar razones, la adelantó para el 1º de agosto de 2015.

Se trata de un cambio que impacta sobre todas las ramas del derecho y, naturalmente, sobre el derecho administrativo.

Cabe señalar que, con excepción de su Capítulo 1 del Título V, *Responsabilidad civil*, que no resulta aplicable a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria (art. 1764), todo el articulado del Código unificado puede y debe considerarse para cubrir las eventuales lagunas del derecho en cualquiera de sus ramas. Y, en cualquier caso, incluyendo la cuestión de la responsabilidad estatal, cabe su aplicación mediante el método de la analogía, conforme lo prevenido en el art. 2º del Cód. Civ. y Com. que expresamente impone al intérprete considerar

(42) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 69; quien señala que “hay interpretación analógica cuando se aplican las normas a situaciones que el legislador no ha tenido presente, pero que el intérprete considera análoga. En este caso el intérprete viene a suplir la omisión legislativa” (p. 70).

(43) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 160 y ss.

las “leyes análogas”. Esta regla no pertenece al derecho privado, sino que constituye un principio general de hermenéutica jurídica aplicable a todas las ramas del derecho.

Al mismo tiempo existen en el nuevo ordenamiento normas específicas de derecho administrativo, que aquí solo mencionaremos (44):

Personas jurídicas públicas; arts. 145, 146 y 149.

Dominio estatal; arts. 235 a 241.

Limitaciones a la propiedad; arts. 1970 a 1975; 1978 y 1979.

Prescripción liberatoria; art. 2532, parte final y 2560.

VI. Colofón

Diremos como conclusión que las reglas del derecho privado no pueden aplicarse ni directa ni supletoriamente a los casos que se vinculan con el interés general y que, por ello mismo, deben ser resueltos con base en los criterios imperantes en las fuentes que proporciona el derecho público (leyes, decretos, resoluciones, opiniones doctrinarias, dictámenes de servicios jurídicos estatales, jurisprudencia, principios generales). En nuestra materia la legislación civil solamente puede invocarse para decidir un entuerto por analogía.

La sentencia dictada en 1941 por la Corte Nacional en el caso “Los Lagos SA” —en tiempos en que no existía norma alguna de derecho administrativo en materia de nulidades de los actos administrativos— se abstuvo de aplicar en forma directa o subsidiaria las disposiciones del Cód. Civil y si bien las consideró “una construcción jurídica basada en la justicia” susceptible de “aplicación al derecho administrativo cuyas normas y soluciones también deben tener a realizar aquella”, expresamente sostuvo que esa aplicación debía llevarse a cabo “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina”. Esta adaptación de la norma positiva de la ley civil, para la solución de un caso vinculado al interés colectivo o a la función administrativa del Estado, no es otra cosa que la aplicación por analogía de una disposición que no ha sido pensada para ese tipo de situación. Aplicación que, en cualquier caso, deberá llevarse a cabo si la

(44) El Código unificado también hace alusión a la responsabilidad del Estado pero no regula el tópico sino que remite a la legislación local (arts. 1764 a 1766).

regla de derecho privado no contradice el plano axiológico del derecho público.

Conforme lo destacara Linares, “los códigos comunes en nuestro país, en casos no previstos por leyes administrativas, se aplican subsidiariamente siempre que el substrato de conducta del caso en estudio y la valoración jurídica no hayan descartado tal proceder aplicatorio” (45).

En el actual estado de situación, frente al nuevo Código de Derecho Privado, el concepto de “analogía” que interesa investigar no es el que atañe a la técnica de interpretación de una norma dada al solo efecto de desentrañar su mayor aproximación a lo justo absoluto, sino el mecanismo intelectual que permite al juez colmar las denominadas lagunas del derecho, sentenciando un conflicto que no aparece resuelto en norma alguna. No cabe menos que coincidir con Cassagne cuando destaca que “las características propias del derecho administrativo, como rama no codificada con una incesante mutabilidad y falta de previsión de la ley para abarcar los problemas que plantea el obrar administrativo, conducen a asignarla a la analogía, como procedimiento de integración de las normas, un papel de mayor relevancia que en el derecho privado” (46).

Cabe recordar —como para ubicar el problema en su preciso sitio— que Kelsen, a partir del dato cierto de que el orden jurídico es un sistema integral, afirma la inexistencia de tales lagunas, sosteniendo que en definitiva en todo litigio una parte (el actor) pretende tener un derecho que la otra parte (el accionado) cuestiona y si no existe regla que obligue al demandado el juez deberá rechazar la demanda; y al hacerlo aplicará el derecho vigente: “ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si este no está jurídicamente obligado a ello” (47).

Creemos que el ejemplo dado es insuficiente. Es claro que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda (art. 19 de la CN) y si no existe norma que obligue al accionado la demanda debe ser rechazada, pero ello no conduce a probar la inexistencia de lagunas en el derecho, sino que proporciona un ejemplo de ausencia absoluta de soporte normativo de la pretensión actora. Empero, existen situaciones en las cuales el juez debe resolver no ya la procedencia de la demanda sino cuestiones ac-

(45) LINARES, Juan Francisco, *Caso administrativo no previsto*, cit., p. 90.

(46) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y administrativo*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 94.

(47) KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., 9ª reimp., Eudeba, Buenos Aires, 1996, p. 172.

cesorias pero que pueden resultar de sustancial trascendencia y que el derecho público no ha regulado. Es allí donde el intérprete adaptará la norma civil al caso administrativo que no puede dejar de sentenciar. Así, por ejemplo, si en un contrato administrativo la prestación del cocontratante privado se torna excesivamente onerosa por medidas oficiales (hecho del príncipe) o por circunstancias irresistibles ajenas a las partes (teoría de la imprevisión), la eventual inexistencia de norma de derecho público expresa no impide al juez acudir al art. 1091 del Cód. Civ. y Com. (antes art. 1198 del Código de Vélez) que veda sacrificar el patrimonio de una de las partes del contrato privado cuando su prestación se ha tornado “excesivamente onerosa” por hechos que le son ajenos y autoriza la rescisión del contrato por la parte perjudicada (excepto que reclame su adecuación). Si la situación fáctica se presentara en un contrato público cuyo régimen legal no previera el caso, el rechazo de la demanda invocando la inexistencia de una norma dirigida expresamente a ese tipo de acuerdo (regido, claro está, por el derecho administrativo) resulta inaceptable si partimos de la base de que el derecho positivo es una herramienta para hacer efectivo el valor justicia. Así en el ejemplo dado, por aplicación del principio de conservación de los contratos con objeto de interés general, no le será dado al particular solicitar la rescisión, pero sí reclamar la recomposición de las prestaciones para restituir el equilibrio perdido y, en ese caso, deviene indisputable la aplicación analógica de las citadas disposiciones civiles. Y, todavía, si no existiera norma de derecho privado a aplicar analógicamente, el intérprete deberá nutrirse de la rica gama de principios generales del derecho administrativo (entre los que destacan la razonabilidad y la interdicción de la arbitrariedad) (48).

Removida la idea de que el derecho administrativo reviste condición de “especial” o “excepcional” y, por el contrario, asumido que conforma un sistema integral con capacidad para salvar sus propios vacíos normativos (49), la invocación de disposiciones de la legislación común solo se justificará una vez escrutado sin éxito todo el derecho administrativo vigente y, en caso de invocarse para definir la cuestión, deberán efec-

(48) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad...*, cit., especialmente ps. 24, 35, 41, 45 y ss.

(49) “El derecho administrativo y el derecho privado no conforman una relación de regla-excepción, en el sentido que en ausencia de una regla especial de derecho administrativo, vale automáticamente la regla general del derecho privado. Ellos se colocan, en cambio, en una relación de autonomía recíproca. Cada uno de los dos derechos es en sí completo, por ello las eventuales lagunas deben ser colmadas haciendo aplicación analógica de institutos y principios propios de cada una de las disciplinas” (CLARICH, Marcello, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 43).

tuarse “las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina”, según palabras de la Corte Federal al sentenciar “Los Lagos”. Aquella labor de integración entre las diversas disposiciones de nuestra disciplina resulta de extrema complejidad debido a que a diferencia de otros ordenamientos donde las normas aparecen codificadas y todas de un mismo rango, en el derecho administrativo se muestran dispersas y con rangos diferentes (leyes, decretos, resoluciones ministeriales y todo tipo de actos normativos de alcance general. Esta característica confiere al ordenamiento administrativo una profundidad y complejidad de la que carecen los restantes (50).

Conviene en este punto reiterar que el juez no puede dejar de pronunciarse y debe emitir “una decisión *razonablemente* fundada”, según el art. 3º del Código de 2015 rotulado, precisamente, “Deber de resolver” (51). En busca de esa razonabilidad decisoria el juez, llamado a sentenciar un caso regido por el derecho administrativo, debe acudir a la analogía dentro de esa misma disciplina o, en su defecto, buscar los fundamentos de su decisión en los principios generales del derecho administrativo o del derecho constitucional. Recién frente a la inexistencia de tales soportes de derecho público recurrirá legítimamente a la aplicación analógica del derecho civil, ya que se ha explicado acertadamente que “la afirmación frecuente de que el derecho civil reaplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy día, pues general-

(50) VILLAR PALASI, José Luis - VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 3ª ed., 1992, t. I, p. 13.

(51) Como recuerda Bobbio, en algunos ordenamientos el juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser acusado del delito de denegación de justicia. Y en la práctica el juez suele enfrentarse a tres tipos de dificultades: “a) Oscuridad de la ley: en este caso el juez debe aclarar, a través de la interpretación, la disposición legislativa que resulta oscura; b) Insuficiencia de la ley, en cuanto que no resuelve completamente un caso, dejando sin considerar algún elemento: en tal caso el juez debe completar el precepto legislativo (integración de la ley); c) Silencio de la ley; es este el caso típico de las lagunas y en este supuesto el juez debe suplir la ley, obteniendo de algún modo la regla para resolver la controversia” (BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1998, p. 89). De conformidad a lo prevenido en los arts. 2º y 3º del Cód. Civ. y Com., la obtención “de algún modo” de la regla debe efectuarla el juez administrativo aplicando “los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento”, dictando una sentencia razonablemente fundada como para no incurrir en el vicio de arbitrariedad. Y esa razonable fundamentación, en ausencia de norma expresa, debe apoyarse prioritariamente en reglas análogas de Derecho Administrativo, en sus principios generales y en su sistema de valores y recién en su defecto aplicar analógicamente a las disposiciones del derecho civil, siempre al cobijo de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos señalados en el art. 1º del Cód. Civ. y Com.

mente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose, en consecuencia a este” (52). Por ello será imprescindible examinar si la solución aportada por la regla de derecho privado correlaciona con el plexo axiológico que inspira al derecho público y recién ante una respuesta afirmativa aplicar la norma mediante la técnica de la analogía.

(52) GORDILLO, Agustín A., *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 130.

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS
DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
AL DERECHO ADMINISTRATIVO
Y OTRAS CUESTIONES INTERPRETATIVAS
(CON REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD
DEL ESTADO)

POR JUAN CARLOS CASSAGNE

I. Antecedentes del nuevo escenario normativo

No se puede desconocer que, antes de la recepción de la teoría de la falta de servicio en el caso “Vadell”, fallado por la Corte Suprema en 1984 (1), la jurisprudencia del Alto Tribunal, en materia de responsabilidad extracontractual por la actividad estatal ilegítima, había transitado por diferentes anda niveles y dictado sentencias contradictorias que afirmaban, en forma indistinta, la naturaleza indirecta en algunos casos y, en otros, la responsabilidad directa del Estado. En esa época, tampoco se había perfilado, una sistematización moderna en el derecho público argentino y comparado acerca de los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad que tuviera en cuenta los elementos diversos que tienen en común la doctrina y jurisprudencia del derecho administrativo con la del derecho civil.

En el caso “Vadell”, como es sabido (2), la Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación Juan Octavio

(1) Fallos 306:2030 publicado en ED 114:215, con nota del autor de este trabajo.

(2) Aunque fueron pocos los autores que pusieron de manifiesto esta influencia, incluso la que tuvo Linares en la elaboración de la parte medular de nuestra postura doctrinaria. No obstante, las críticas recibidas, creemos que nuestra doctrina contribuyó el afianzamiento de la seguridad jurídica habiendo tenido numerosas aplicacio-

Gauna, adoptó, prácticamente al pie de la letra, la sistematización y doctrina que expusimos en dos trabajos publicados en la *Revista El Derecho* (3), acerca de la utilización de la falta de servicio como factor objetivo de atribución de la responsabilidad del Estado, basados en una reinterpretación dinámica del art. 1112 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y en las notas de Aubry et Rau.

Carece de sentido desempolvar la historia de las interpretaciones que se formularon, tiempo después, sobre los diferentes aspectos de la teoría de la falta de servicio (entre otros, si se trataba de una responsabilidad objetiva o subjetiva), porque si miramos la jurisprudencia posterior de la Corte al caso “Vadell” es advertible que la misma se mantuvo prácticamente sin fisuras. Fue también la concepción que adoptó el Proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación y la que ha quedado cristalizada en la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944, ley que no obstante las severas críticas que nos merece en otros aspectos(4) (contrarios a los principios que configuran el Estado de Derecho y el sistema de unidad de la legislación de fondo prescripto en la Constitución), ha mantenido idéntica concepción.

Hubiera sido más útil que la doctrina profundizara acerca de los nuevos problemas que fueron surgiendo con la responsabilidad del Estado en el derecho administrativo, en particular sobre la admisibilidad del riesgo como factor objetivo de atribución y el nuevo fundamento constitucional que reafirma la responsabilidad del Estado a la luz de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescriben el derecho a la justa indemnización, particularmente con relación a la responsabilidad por actividad legítima del Estado (5).

nes en variados supuestos: véase: PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 405-411, ha sistematizado las principales aplicaciones de la doctrina de la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

(3) Los trabajos a que nos referimos en el texto fueron: “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado” (ED 99-987) y “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo de derecho administrativo” (ED 100-986).

(4) Véase nuestro libro: *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 417 y ss.

(5) Posición sostenida por quien ha sido considerado el fundador del derecho administrativo argentino: BIELSA, Rafael, *Reflexiones del Código Civil con el derecho administrativo*, Lajouane, Buenos Aires, 1923, p. 53 (con respecto a la revocación de una concesión por razones de interés público). También menciona como fundamento de la indemnización el criterio que emerge del art. 2511 del Cód. Civil de Vélez, según el cual la justa indemnización comprende no solo en valor real de la cosa sino también

Porque lo cierto es que, aparte de superar las incongruencias y contradicciones interpretativas, la concepción de la falta de servicio, por lo común injustamente criticada y no pocas veces incomprendida, representó un avance en la protección de los derechos fundamentales como consecuencia de erigir un nuevo factor de atribución de responsabilidad divorciado de los aspectos subjetivos que configuraban la culpa y centrado en el carácter objetivo que traduce el funcionamiento irregular del servicio, sin necesidad de identificar al autor del daño. Era y es evidente que lejos de cerrar el camino hacia la reparación del daño —con arreglo a los criterios de justicia conmutativa— (6) la tesis de la falta de servicio se convertía en el centro de la imputación material a los órganos o agentes de la Administración que encarnaban la voluntad estatal, sin necesidad de complicadas probanzas y, aunque pudiera predicarse que se trata de juzgar conductas humanas ese juzgamiento estaba prácticamente despojado de elementos subjetivos. Así, la falla (7) y no la culpa, se considera del servicio y no de los agentes públicos, salvo que estos hubieran incurrido en faltas personales (8), casos en los que debe aplicarse el Cód. Civil, en forma directa y no por analogía.

La otra ventaja que ofrecía la consolidación de la concepción de la falta de servicio, como factor de atribución de la responsabilidad, no advertida, entonces, con suficiente generalidad ni profundidad doctrina-

el perjuicio directo que sufra el expropiado. Este principio ha sido por lo común ignorado u olvidado por los administrativistas que limitan la indemnización por daños ocasionados por actos legítimos del Estado al daño emergente, excluyendo el lucro cesante.

(6) PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado...*, cit., t. 1, p. 360, parece atribuirnos la opinión contraria que no sostenemos en nuestros diferentes estudios ni en los libros generales en que nos hemos ocupado con cierto detalle de este tema, véase por ejemplo: *Los grandes principios...*, cit., ps. 418-425. El error de sostener que el derecho público está saturado de justicia distributiva se advierte tempranamente en un trabajo de André HAURIUO, publicado en *La Ley* en el año 1936 y reproducido en el *Suplemento Páginas de Ayer*, año 1º, nro. 5, octubre de 2000.

(7) En la lengua francesa el término *faute* puede implicar tanto culpa como falla o defecto. Por ese motivo algunos textos de libros franceses traducidos al español, utilizan el término falla del servicio en vez de culpa del servicio; *vid.* MORAND DEVILLER, Jacqueline, *Curso de derecho administrativo*, trad. de la 10ª ed. francesa, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, ps. 825 y ss.

(8) Sobre la distinción entre falta personal y falta de servicio, aparte de la doctrina francesa que hemos mencionado en nuestro *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., *La Ley*, Buenos Aires, 2016, t. I, puede verse el excelente análisis que hace ABERASTURY, Pedro, en el libro publicado bajo su dirección, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 9-10 y ps. 25-29.

ria, tanto en el campo civilista como en el del derecho administrativo, consistía en el hecho en que, al estar legislada en el Cód. Civil, formaba parte del derecho común, ya sea que se la considerase norma de derecho público (como nosotros sostuvimos) o norma de derecho privado. Es verdad que nuestra tesis y la de los civilistas que postulaban la unidad del derecho de daños contrariaba la corriente publicista mayoritaria que asignaba (y aún continúa haciéndolo) naturaleza local a la materia de la responsabilidad pero creemos que, además de fundarse en el principio de unidad de la legislación común (art. 75 inc. 12 CN), dicha doctrina sobre la falta de servicio se asentaba en una jurisprudencia firme y constante de la Corte Suprema, que fue, en definitiva, la que recogió el Proyecto de Cód. Civ. y Com.

II. La aplicación de normas y principios del Código Civil al derecho administrativo

Dos normas recientes han pretendido fulminar la posibilidad de aplicar las prescripciones del Cód. Civil a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria. La primera de ellas se encuentra en el nuevo Cód. Civ. y Com. que, contrariando la propuesta en el Proyecto de la Comisión Redactora prescribe que “Las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (9) y la segunda, inserta en la ley 26.944, con un alcance de mayor amplitud, veda la aplicación de las disposiciones de todo el Cód. Civil a la responsabilidad del Estado, tanto de manera directa como subsidiaria.

Por de pronto, en el Cód. Civ. y Com. hay normas de derecho público común que se aplican en forma directa (v.gr. en materia de las personas jurídicas públicas y la categorización legal de los bienes del dominio público) (10) que a nadie se le ha ocurrido suponer que no vinculan a

(9) Art. 1765 del Cód. Civ. y Com.

(10) ABERASTURY, Pedro, “El Código Civil y Comercial de la Nación y la responsabilidad del Estado”, en la obra *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, (direc. Alberto Ricardo Dalla Via y Manuel García Lema), ps. 311-312, apunta que la marcada separación entre Derecho Público y Privado en materia de responsabilidad, que no proviene de la Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com., sino del proyecto del Poder Ejecutivo que, en sus arts. 1764 a 1766, prescribe la inaplicabilidad del título correspondiente del Cód. Civ. y Com. a la responsabilidad, lo que contradice la regulación en dicho Código sobre materias administrativas.

las Provincias, alegando que estas poseen potestades originarias por tratarse de normas de derecho administrativo que, en principio, sería local. Una interpretación semejante conduciría a un desorden jurídico de proporciones ya que cada Provincia podría legislar esas materias sin límite alguno, rompiendo con el principio de unidad de la legislación común (art. 75 inc. 12 CN).

Va de suyo que tanto una como otra, mayormente la segunda norma, incurren en el vicio de arbitrariedad de la ley, ya que se trata de un mero capricho del legislador opuesto a la naturaleza de las cosas y al principio de razonabilidad. Si el sistema administrativo regula escasamente el campo de las obligaciones resulta por demás obvio que, cuando surgen lagunas de regulación, habrá que acudir a las normas del Cód. Civ. y Com., en forma directa y no por remisión legislativa, aplicando, llegado el caso, la técnica de la analogía (11), cuando la norma del ordenamiento civil y comercial sea opuesta a los principios generales del sistema del derecho administrativo.

Aunque los iuspublicistas, a partir de Bielsa, hemos considerado que, ante una carencia normativa en el ordenamiento administrativo, hay que acudir primero a los principios de derecho público y a las normas análogas de nuestra disciplina, dicho principio nunca fue absoluto y la jurisprudencia ha acudido en numerosas oportunidades a las normas y principios generales que existen en el Cód. Civil para cubrir las lagunas del ordenamiento administrativo.

No habiendo en el Cód. Civil norma ni principio alguno que se oponga a la justa indemnización cuando el Estado ocasiona daños por su actuación ilegítima o legítima, el legislador ha errado en la necesaria armonización de los fines que persigue, incurriendo en contradicciones acerca de su valorización (12). Ello conculca, a las claras, el principio de razonabilidad de las leyes, ínsito en el art. 28 de la CN.

(11) *Vid.* GALLI BASUALDO, Martín, “La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial de la Nación”, en la obra BUERES, Alberto J. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 109-110.

(12) LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. del alemán, Ariel, Barcelona, 1966, p. 271. La obra de Larenz, traducida por el profesor Enrique Gimbernat Ordeig fue publicada por Springer Verlag OHC, Berlín, 1960.

III. La regulación de la responsabilidad del Estado por el Código Civil y Comercial o por leyes administrativas nacionales y locales

Ante todo, hay que advertir que no es lo mismo regular la responsabilidad del Estado por el nuevo Cód. Civ. y Com. que hacerlo *in totum* por el derecho civil.

Al respecto, el Código de Vélez Sarsfield, salvo casos excepcionales en que se aplicaba en forma subsidiaria (el art. 1502 referido a la locación de bienes públicos) (13), conducía a la aplicación de la técnica de la analogía la cual, ante la carencia normativa, adapta los preceptos civiles a los fines y principios del derecho administrativo.

Pensamos que la regulación de la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos, por faltas de servicio o conexas al mismo, pertenece al derecho público e igualmente también la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. Pero, aun así, no hay obstáculo de principio para que la materia de la responsabilidad estatal sea abordada por el Cód. Civ. y Com., en virtud de una serie de razones que hemos expuesto antes de ahora y que, probablemente, algunos publicistas no vayan a compartir. En algunos casos, se trata de normas de derecho público incluidas en la regulación civil y comercial, técnica ya empleada en el art. 2340 del Código de Vélez Sarsfield, que vuelve ahora a utilizarse en el precepto correspondiente del nuevo Cód. Civ. y Com. (14).

Hay instituciones troncales del sistema jurídico que resulta conveniente y hasta necesario que sean reguladas por el Cód. Civ. y Com., como, por ejemplo, la condición jurídica del Estado Nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los Municipios y sus respectivas entidades autárquicas y/o jurídicamente descentralizadas, que continúan siendo personas jurídicas públicas conforme a la definición legal del art. 146 inc. a) del Cód. Civ. y Com.

Se trata de materias que plantean la necesidad y conveniencia de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.

(13) Principio que mantiene el art. 1193 del nuevo Cód. Civ. y Com. con una técnica más depurada.

(14) Art. 235 del Cód. Civ. y Com.

Algo similar acontece con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos (v.gr. respecto de la concurrencia de responsabilidad entre la falta de servicio y las faltas personales de los agentes públicos no desconectadas del servicio). En definitiva, es tan legítimo regular la categoría básica de la responsabilidad estatal en el Cód. Civ. y Com. y los criterios generales que determinan la responsabilidad en esos supuestos especiales (a través de normas comunes aplicables al derecho público) como hacerlo a través de leyes nacionales de carácter común. De lo contrario, corre el riesgo de que una regulación local (provincial o incluso municipal) restrinja o suprima la procedencia y el alcance de la responsabilidad.

No hay que ignorar, sin embargo, que la responsabilidad del Estado reposa en fundamentos que emanan de la Constitución y de los Tratados Internacionales ni tampoco que el Cód. Civ. y Com. se aplicará, muchas veces, por analogía. Pero, en el caso que ocurriera alguna violación constitucional, el sistema jurídico opera como los reactivos en la química y si la norma o regulación degrada o suprime la responsabilidad estatal, el particular se encuentra habilitado para reaccionar judicialmente en defensa de sus derechos para privar de efectos o invalidar cualquier norma o principio inconstitucional.

Al haberse optado por la regulación administrativa nacional y local el legislador ha elegido un camino semejante al seguido por el derecho norteamericano donde proliferan diferentes ordenamientos estatales básicos, sin perjuicio de las regulaciones especiales ni de la Ley Federal de Reclamos al Estado denominada *Federal Tort Claims* (15). El sistema norteamericano exhibe una gran diversidad sustantiva y procesal (16)

(15) En 1950, uno de nuestros grandes maestros, Jorge Tristán Bosch, publicó un trabajo notable de investigación sobre la responsabilidad del Estado en Inglaterra y en los Estados Unidos de América (La *Crown Proceedings Act*, 1947 y la *Federal Tort Claims*, 19.446), La Ley, t. 57 —sección doctrina—, ps. 895 y ss.

(16) Durante la mayor parte de la historia de los Estados Unidos de América, la inmunidad soberana protegió al gobierno federal, a los gobiernos estatales y a sus empleados de ser demandados sin su consentimiento. A partir de mediados de la década de 1900, sin embargo, comenzó a morigerarse el principio de la inmunidad soberana. En 1946, el gobierno federal aprobó la *Federal Tort Claims Act* (FTCA, 28 USC § 2674), renunciando, para el caso de algunas acciones, a la inmunidad para ser demandado y responsabilizado. Por efecto de imitación, muchas legislaturas estatales promulgaron también leyes para definir los límites de la inmunidad para los organismos y empleados gubernamentales estatales.

Hoy en día, las leyes de reclamos a los estados por responsabilidad civil (*State Tort Claims Acts*) siguen mayormente el modelo de la FTCA sustituyen la venia legislativa

que no representa el mejor modelo a seguir y habría que ver si al replicarlo en nuestro país no se alterará el principio de unidad de legislación común que consagra el art. 75 inc. 12 de la CN, bajo la premisa que también hay normas de derecho público que constituyen derecho común (17), como las prescripciones del Cód. Civ. y Com. referidas a la condición jurídica de las personas públicas y al dominio público.

Por otra parte, la regulación por una ley nacional de la responsabilidad del Estado que no sea de derecho público común implica que las

como requisito para promover demandas por daños contra los Estados de la Unión. Salvo el caso de Alabama (cuya constitución prohíbe, en el art. 1 § 14, que el Estado sea demandado en juicio), la mayor parte de estas leyes o bien proporcionan una renuncia general de inmunidad con ciertas excepciones o bien legalizan la inmunidad con exenciones limitadas que solo se aplican a ciertos tipos de demandas.

Por otra parte, existen las leyes de reclamos contra los Estados (*State Claims Acts*) que son otro tipo de leyes —distintas a las *State Tort claims Acts*—, que si bien también sirven a la limitación de la inmunidad para las demandas contra los Estados, establecen tribunales especiales de reclamaciones, juntas o comisiones (mayormente dependientes del poder Ejecutivo) para resolver reclamos contra el Estado (generalmente, por fuera del régimen de la responsabilidad civil, pero no necesariamente), y también pueden limitar los daños o establecer determinadas excepciones a la responsabilidad. Connecticut, Illinois, Kentucky, Carolina del Norte y Ohio cuentan con este tipo de leyes.

Al menos 33 estados limitan o ponen tope a las sumas dinerarias por los daños que pueden ser reclamados en juicios contra el Estado y/o funcionarios, y por lo menos 29 estados (a menudo en combinación con tope) prohíben que se condene al Estado con daños punitivos o ejemplares. Por ejemplo, Wisconsin establece un tope de US\$ 250.000 para los casos de responsabilidad de funcionarios estatales, pero no para las condenas contra el Estado o sus organismos (Wis. Stat. Ann. §895.46.6).

Asimismo, existe en los Estados Unidos la diferenciación entre “actos de gestión” (*proprietary actions*) y “actos de gobierno” (*government actions*). Estos últimos excluyen la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, la determinación de cuáles actos son de gestión y cuáles de gobierno es materia de opiniones diversas aun la jurisprudencia.

Algunos Estados han abolido esta distinción (p. ej., Wyoming; Wyo. Stat. §1-39-101.b; y Nuevo México, N.M. Stat. Ann. §41.4.2).

La Conferencia Nacional de Legislaturas Estadales (*National Council of State Legislatures* o *NCSL*) enumera las leyes y las disposiciones constitucionales de los Estados y del Distrito de Columbia relativas a la inmunidad de responsabilidad civil y las demandas contra el Estado (disponible en <http://www.ncsl.org/research/transportation/state-sovereign-immunity-and-tort-liability.aspx>).

(17) Véase: IBARLUCIA, Emilio A., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ¿Código Civil o ley provincial?”, en la obra *Estudios constitucionales...*, cit., t. I, ps. 280-291, analiza con rigor histórico la interpretación de la “Cláusula de los códigos” (ex art. 67 inc. 11 y art. 24 de la CN) haciendo una interpretación armónica con otras disposiciones constitucionales.

Provincias que se adhirieran a ella, conservan poderes no delegados (art. 121 CN) para dictar las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio.

IV. Sobre el alcance de la indemnización: el principio general de la justa indemnización

Existe una vinculación estrecha, no siempre advertida, entre la teoría de la responsabilidad y la teoría de la justicia, que la mayor parte de los iuspublicistas no abordan, optando por ceñirse a la dogmática. Sin embargo, el conocimiento de la teoría de la justicia, máxime cuando se acude a la versión que más se aproxima a la exactitud, es una exigencia del enfoque sistémico que se predica como algo necesario e insoslayable en el ámbito científico (18). De lo contrario, se fragmentan las partes del conocimiento separándose del conjunto, lo que explica la anarquía que reinaba en la ciencia jurídica como consecuencia de las ideas positivistas que aislaban el derecho y lo separaban de la justicia y de la moral (19).

El problema del alcance de la indemnización —frente a sacrificios o daños de los particulares por razones de utilidad pública, interés social o público—, se plantea tanto en materia expropiatoria como en el ámbito de la responsabilidad contractual (extinción por razones de interés público) o en el plano de los actos administrativos unilaterales (revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia), a través de criterios fundados en la remediación de los sacrificios especiales que sufre el particular de cara a la actividad legítima del Estado cuyos daños no está obligado a soportar, responsabilidad que se extiende a la actividad legislativa (20). Más aún, no solo se plantea en el ámbito de la actividad legítima del Estado sino también respecto a las faltas de servicio que configuran la llamada responsabilidad por actividad ilegítima.

(18) Véase: BUNGE, Mario A., *Memorias. Entre dos mundos*, Gedisa-Eudeba, Buenos Aires, 2014, ps. 234-237.

(19) Esta tendencia aún subsiste, fomentada por la falsa creencia en las autonomías científicas que ha generado incongruencias y contradicciones —p. ej.— entre los derechos civil y administrativo con el derecho penal, el cual ha seguido sus propias aguas en contra del enfoque sistémico que debería haber conducido a esta disciplina a compatibilizar y armonizar sus teorías y soluciones positivas con los otros sectores del derecho.

(20) En Francia, se la denomina “responsabilidad sin falta”, véase: MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, Montchrestien, París, p. 725 y ss.

La diversidad de las soluciones y criterios proporcionados por la doctrina y la jurisprudencia para definir el alcance de la indemnización en tales casos nos lleva a replantear la cuestión para encontrar una fundamentación común que permita tratar con la misma vara situaciones que, si bien son diferentes, guardan una semejanza por analogía, en tanto la finalidad perseguida consiste en remediar la desigualdad causada por los daños que el Estado ocasiona con su accionar a los derechos o bienes de los particulares.

Lo primero que corresponde averiguar es si en el texto de nuestra Constitución existe algún precepto que permita establecer cuál es el alcance de la reparación en tales casos. Si bien se han hecho esfuerzos interpretativos para tratar de ubicar en un precepto constitucional —como el art. 19 de la CN— el criterio para medir el alcance del daño, lo cierto es que no hay en ella un criterio preciso (21) y así como no se puede sacar jugo bebible de las piedras, tampoco resulta lógicamente posible deducir del texto constitucional una regla o criterio que no resulta del precepto sino de la inferencia de los juristas (22).

La solución no pasa por acudir en todos los casos al criterio de la Ley de Expropiaciones (23) que circunscribe la indemnización al valor de objetivo del bien y a los daños que sean una consecuencia directa de la expropiación con exclusión del lucro cesante, máxime cuando este concepto se ha interpretado en forma restrictiva, contrariando incluso sus fuentes doctrinarias que consideraban indemnizables el valor empresa en marcha (24) así como los lucros cesantes comprobables razonablemente previstos y los que derivan de la naturaleza del bien (un campo inundado por la decisión del poder público), considerándose que solo debía excluirse el lucro cesante eventual o hipotético (25).

(21) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación del contrato de obra pública*, Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 56 y ss., analiza, con rigor científico, los principales *leading cases* en materia de responsabilidad contractual y extracontractual por actividad legítima.

(22) LAPLACETTE, Carlos J., “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LL 2012-E-1045.

(23) El art. 10 de la ley 21.499 preceptúa: “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

(24) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, t. IV, ps. 253-254.

(25) Cfr. nuestro *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 286-287.

Al respecto, si bien se ha reconocido que la figura de la expropiación por utilidad pública tiene un fondo común con la responsabilidad por actividad legítima del Estado, es evidente que se trata de instituciones distintas (en la primera hay sustitución de la propiedad que se traspasa al dominio estatal). Por lo demás, si el valor objetivo del bien es, en definitiva, el valor de mercado (26), esta pauta resulta inaplicable para medir la indemnización por daños físicos o corporales a las personas (27).

La complejidad de nuestro sistema y los vaivenes de la jurisprudencia no impiden reconocer, en los fallos de la Corte, una firme tendencia hacia la reparación amplia que incluye el lucro cesante razonable y comprobado (ganancias, utilidades o frutos dejados de percibir).

En sentido estricto, la reparación nunca puede ser integral, tanto porque excluye la indemnización por los daños normales o cargas públicas no indemnizables (p. ej. los gastos que demanda la obligación de comparecer como testigo) como por la circunstancia que no todos los perjuicios dan derecho a la indemnización (v.gr. las consecuencias casuales y las remotas) (28).

Ahora bien, la inexistencia, en la Constitución formal, de un texto expreso que consagre el principio que rige la reparación o restitución (la clásica *restitutio*) no puede alegarse como pretexto o argumento para negar la procedencia de una indemnización amplia, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, así como de otros daños, como la violación de los derechos personalísimos (29), respondiendo tanto por las consecuencias inmediatas como por las mediatas previsibles (30). En efecto, tras la reforma constitucional de 1994, que adjudicó a determinados tratados internacionales la calidad de fuente jurídica directa con jerarquía constitucional, superior a las leyes (art. 75 inc. 22 CN) ya no puede hablarse de la ausencia de un principio constitucional para regir la restitución, toda vez que la Convención Americana ha prescripto el principio de la "justa indemnización", en dos de sus artículos.

(26) CS, Fallos 207:804; 242:150, entre otros. Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. IV, ps. 241-242; MAIORANO, Jorge L., *La expropiación en la ley 21.499*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1987, p. 62 y nuestro *Curso de derecho administrativo*, cit., t. II, p. 285.

(27) PERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", LL 2014-C-1078.

(28) Art. 901 del Código de Vélez Sarsfield, art. 1727 del nuevo Cód. Civ. y Com.

(29) Art. 1738 Cód. Civ. y Com.

(30) Art. 1726 Cód. Civ. y Com.

El primero de ellos prescribe que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (31) mientras que el segundo estatuye que cuando se vulneran derechos o libertades corresponde “el pago de una justa indemnización” (32). Dichos preceptos han sido invocados por la doctrina del derecho público a partir de la reforma constitucional de 1994 para sustentar el fundamento del principio de la justa indemnización (33) que algunos asimilan a reparación integral (34) o amplia (35), el cual constituye un nuevo paradigma del derecho público (36).

En consecuencia, la clave para desentrañar este intrincado problema interpretativo se encuentra en la comprensión del concepto “justa indemnización”, el cual exige acudir necesariamente a la teoría de la justicia. Según alguna doctrina jurisprudencial minoritaria (37), la razón para justificar la exclusión de la procedencia del lucro cesante en la responsabilidad estatal derivada de la actividad legítima estribaría en que se trataría de una relación de justicia distributiva que rige las relaciones entre la comunidad y sus partes, conforme a criterios de distribución mientras que la justicia conmutativa vendría a regir las conmutaciones de acuerdo con los principios y reglas del derecho común o privado.

La concepción de Tomás de Aquino sobre la justicia conmutativa como una de las especies de justicia particular y su distinción con la justicia distributiva, incardinadas ambas en la justicia general, llamada también legal por Aristóteles, implica un desarrollo realmente original de la concepción aristotélica que las unificaba dentro del concepto de

(31) Art. 21 apart. 2º CADH.

(32) Art. 63 apart. 1º.

(33) PERRINO, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, en la obra colectiva *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 2, ps. 1128-1129; LAPLACETTE, Carlos J., “Derecho constitucional...”, cit., LL 2012-E-1045; CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., ps. 154 y ss. e IBARLUCÍA, Emilio A., *El derecho constitucional a la reparación*, Ábaco, Buenos Aires, 2013, ps. 50 y ss.

(34) Véase: IBARLUCÍA, Emilio A., *El derecho constitucional...*, cit., p. 194, para quien el derecho a la reparación se funda en un principio implícito (ob. cit., p. 125).

(35) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., ps. 172 y ss.

(36) Sobre la función de los paradigmas e incluso, de los llamados epistemes, véase: ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *El principio de legalidad y la justicia social en el derecho administrativo francés*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2008, ps. 33 y ss.

(37) Voto en disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco en la causa “El Jacarandá SA”, expuesto en Fallos 328:2654.

justicia correctiva. Mientras la justicia general tiene por fin la realización del bien común, las dos especies de justicia particular se orientan, inmediatamente, a la ordenación de los bienes singulares de cada persona (38) y, en algunos supuestos, aparecen en forma conjunta en las relaciones jurídicas (39). Esto último acontece en el plano de la responsabilidad estatal pues mientras la remediación de la desigualdad se lleva a cabo a expensas de la distribución del patrimonio o acervo común del Estado, la restitución se realiza según el criterio de la justicia conmutativa (40), circunstancia que, unida a la deformación doctrinaria sobre la concepción de Tomás de Aquino que introdujo el Cardenal Cayetano (41), cuando sostuvo que la justicia distributiva era la justicia del Estado, ha sido la principal fuente de las confusiones y equívocos en que se ha incurrido al interpretar la teoría aristotélica-tomista de la justicia (42). En rigor, se trata de conceptos e ideas que corren por andariveles distintos, gestadas en otro contexto histórico. No obstante ser de vigencia actual, su extrapolación ha de efectuarse con sumo cuidado cuando se pretende interpretar el modelo original.

Veamos las diferencias que existen en materia de compensación, según que se apliquen los principios de la justicia distributiva o los de la justicia conmutativa, para lo cual nada mejor que acudir a Finnis cuando expresa: “Un modelo legal de este tipo para asegurar la justicia distributiva busca, en consecuencia, compensar a todos los que sufren un daño en el área relevante de vida común, mientras que el modelo para asegu-

(38) *Suma Teológica*, t. VIII, Tratado de la Justicia, BAC, Madrid, 1956, S.T. II-II, q. 58 a.7.

(39) FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 208.

(40) *Suma Teológica*, cit., S.T. II-II, q. 62 a.1.

(41) El error principal de la deformación que introdujo Cayetano consistió en sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado, algo que jamás pasó por la mente de Tomás de Aquino; sobre este punto puede verse un correcto análisis en FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 213-216. De ahí que algunos autores pasaron a identificar la justicia distributiva con el derecho público (entre nosotros es la tesis que luego de su primer libro ha vuelto a desarrollar BARRA, Rodolfo C., en su *Tratado de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. 1, ps. 123 y ss., especialmente ps. 155 y ss.).

(42) Véase: Rossi, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Educa, Buenos Aires, 2000, ps. 21 y ss., especialmente p. 22, afirma que el todo no es el Estado; HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Temis, Bogotá, 2006, 2ª ed., ps. 38-49, tampoco incurre en esa confusión. Al respecto, expusimos la opinión del texto en sucesivos trabajos: “La igualdad en la contratación administrativa”, ED 101-899, entre otros, y en las distintas ediciones de nuestro *Derecho administrativo* y, últimamente, en el *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 21 y ss.

rar la justicia conmutativa busca compensar solamente a quienes fueron lesionados por el acto de quien no se comportó con arreglo a sus deberes (según la justicia conmutativa) de cuidado y respeto por el bienestar de los demás, y a quien se le exige por tanto una reparación. Por otro lado, el modelo distributivo estará normalmente limitado por los recursos de los fondos comunes, de tal modo que ninguno de los que sean compensados recibirá tanto como lo que algunos de ellos podrían haber recibido en el modelo conmutativo. Sin duda que subsisten los deberes de justicia conmutativa de los transgresores, descontada la compensación que la parte lesionada reciba en virtud del modelo distributivo; pero estos deberes ya no son impuestos coactivamente por el derecho. De aquí que, si se adopta un modelo distributivo puro en un contexto en que sea inadecuado, algunas partes lesionadas pueden afirmar con razón que el derecho no logra garantizarles la justicia” (43).

Por otra parte, constituye un error interpretar la conmutatividad como un intercambio pues el entendimiento que cabe asignar a dicho concepto es mucho más amplio, refiriéndose a los cambios en general (44), así como interpretar que la pareja justicia distributiva-conmutativa se corresponde con el derecho público y el derecho privado, dado que hay relaciones de justicia distributiva en el derecho privado (v.gr. en la quiebra y en el derecho laboral) y de justicia conmutativa en el derecho público (p. ej. en los contratos de la Administración), sin perjuicio de que, en muchas ocasiones, suelen aparecer en forma conjunta.

Para captar debidamente la fórmula “justa indemnización” que utiliza la Convención Americana de Derechos Humanos (45) hay que tener en cuenta, básicamente, que la justicia entraña siempre una relación de igualdad y que esta igualdad exige que la reparación o restitución en la justicia conmutativa deba ser proporcional al valor de la cosa, bien o derecho conculcado de modo de restablecer el equilibrio y poder así remediar la desigualdad que produce el acto dañoso en el patrimonio del particular por el obrar del Estado.

(43) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 209-210.

(44) FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 207.

(45) El principio de convencionalidad resulta vinculante (art. 75 inc. 22 CN) así como la interpretación que hace de la CADH la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto último, es discutible cuando se alteran principios, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución, no obstante que la tendencia seguida por la Corte Suprema a partir del caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248) ha dado por presupuesta dicha compatibilidad por el juicio que hizo el constituyente. No compartimos este argumento pues, de ser así, la norma constitucional no tendría sentido y sería superflua.

Esta conclusión implica que la reparación, para que sea justa, ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante (46), así como otros daños como los que se producen por la violación de los derechos personalísimos o el daño moral, ya sean producto de la responsabilidad por la actividad contractual o extracontractual, fuera legítima o ilegítima, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño para remediar la desigualdad. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” (47).

En definitiva, el mismo criterio que ha utilizado alguna jurisprudencia de la Corte para establecer el alcance de la indemnización, aunque sin fundarlo en la teoría de la justicia ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, resulta válido para la interpretación que efectuamos ya que, si bien no lo relaciona con la teoría de la justicia, acierta esencialmente, salvando la deficiente terminología, al afirmar que “el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito” (48) y que “el principio de la reparación ‘justa e integral’ debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una equivalencia numérica teórica” (49).

Por esas razones, la exclusión del rubro lucro cesante que ha efectuado el art. 5º de la ley 26.944 en el ámbito de la responsabilidad por actividad legítima no resiste el test de constitucionalidad al conculcar los arts. 21 apart. 2º y 63 apart. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No desconocemos que la solución propugnada por un sector de nuestra doctrina (50) en el sentido de que la violación del principio de igualdad por una ley o reglamento ubica la responsabilidad en el ámbito de la

(46) CARDACI MÉNDEZ, Ariel, *Revocación...*, cit., p. 174 afirma que la indemnización debe comprender los beneficios económicos futuros ciertos.

(47) CIDH, 17/8/1990, *in re* “Velázquez Rodríguez”, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria (art. 67 Convención Americana de Derechos Humanos), Serie C9, párrs. 27 y 28.

(48) CS, Fallos 250:135.

(49) CS, Fallos 295:973.

(50) ESTRADA, Juan Ramón de, “Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamentos y límites de la responsabilidad conforme a derecho)”;

actividad ilegítima o ilícita elimina el problema interpretativo existente. Pero habida cuenta las dudas (51) que puedan suscitarse al respecto nos parece que la ilegitimidad se centra en el incumplimiento del deber de reparar que pesa sobre el Estado en supuestos de sacrificios especiales producidos por la actividad administrativa, legislativa o reglamentaria legítima, lo que muchas veces resulta difícil determinar *a priori*, máxime cuando se trata de daños patrimoniales particularizados y no susceptibles de generalización.

V. Principales críticas a la ley 26.944

La regulación de la responsabilidad del Estado en el Cód. Civil de Vélez Sarsfield garantizaba la estabilidad de una jurisprudencia, que (con pocas excepciones) se había mantenido durante treinta años se sustituye ahora por una ley que limita y, en algunos casos, suprime la responsabilidad estatal de un modo que cercena los principios del Estado de Derecho. Entre las normas objetables (52) cabe señalar el art. 1º de la ley 26.944 que excluye la aplicación directa o subsidiaria del Cód. Civ. y Com. a la responsabilidad del Estado, lo que carece de sentido, toda vez que no siendo completa la regulación de la responsabilidad en dicha ley, hay que acudir necesariamente al Cód. Civ. y Com. para cubrir los vacíos normativos, mediante el procedimiento de la analogía, al que, por razones de especialidad y autonomía, corresponde acudir en primer término para pasar luego, una vez verificado el juicio de compatibilidad, a la aplicación directa o subsidiaria. En efecto, la posibilidad de acudir a la analogía para integrar la carencia de normas con el derecho privado es el procedimiento propio del derecho público y es, por ejemplo, el que permite extender la responsabilidad del Estado por la actividad de las entidades descentralizadas (53).

Basta señalar el requisito que prescribe la responsabilidad por omisión solo cuando se viola un deber concreto y determinado (art. 3º inc.

ED 102-843 y BUSTELO, Ernesto, "Responsabilidad del Estado por su actividad ¿lícita?," en *Estudios de Derecho Administrativo XI*, IEDA, Díké, Mendoza, 2004, ps. 385-391.

(51) BUSTELO, Ernesto, "Responsabilidad del Estado...", cit., p. 391.

(52) Una crítica muy completa a la nueva ley se encuentra en el libro de PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 41 y ss.

(53) Véase, HALPERIN, David A., "La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas", *Revista de Derecho de Daños 2015-I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, ps. 294 y ss.

d)) lo que excluye la responsabilidad cuando la omisión (54) transgrede algún principio general del derecho, estén o no regulados en la Constitución o en Tratados Internacionales; las rigurosas exigencias para acreditar el daños por la actividad legítima (art. 4º incs. c] y e]) y el carácter excepcional de esta, así como la prohibición de que no proceda el lucro cesante (art. 5º), el intento de excluir la responsabilidad por omisiones legítimas (dado que el inc. b] del art. 4º no menciona a la inactividad estatal), la diferente regulación del nexo causal en los tipos de responsabilidad (por actividad ilegítima y legítima), entre otras prescripciones, para arribar a la conclusión de que la ley, implica un grave retroceso institucional (55).

Con referencia a la relación de causalidad cabe advertir que la regulación estatal es sumamente restrictiva por cuanto, sin razón que justifique el cambio, modifica el requisito de la causalidad al exigir, en vez de la causalidad adecuada (como en los casos en que la responsabilidad proviene de la actividad ilegítima), que la misma sea directa, inmediata y exclusiva lo cual, como es obvio, limita sobre manera y en forma injusta la reparación de los daños provocados por el accionar estatal. En especial, la exigencia de exclusividad hace que bastaría que un tercero interfiera en el suceso dañoso para excluir la responsabilidad del Estado, lo que viola el principio de razonabilidad de las leyes (art. 28 CN) alterando el contenido de un derecho considerado esencial, como es el de propiedad (art. 17 CN).

VI. La necesidad de repensar el sistema

Como consecuencia de las reformas legislativas que hemos criticado el ordenamiento que rige la responsabilidad del Estado se encuentra en un punto muerto del que será muy difícil sacarlo si no se producen consensos básicos que permitan arribar a un sistema coherente y garantístico de los derechos patrimoniales de los ciudadanos.

Esos consensos básicos pasan por una combinación de elementos teóricos y prácticos que respeten la tradición argentina en la materia y permitan, al propio tiempo, introducir los cambios que demanda la evolución de nuestra realidad social en el marco de la justicia, sin alterar las

(54) GALLI BASUALDO, Martín, *La Ley 26.944...*, cit., ps. 145-147, anota que la norma no sigue la jurisprudencia del Alto Tribunal.

(55) Ampliar en: FERRINO, Pablo E., "Responsabilidad por actividad estatal legítima. Proyecto de ley de responsabilidad del Estado y de los agentes públicos", LL del 18/6/2014.

grandes líneas de la jurisprudencia de la Corte que proporcionan la base indispensable para la seguridad jurídica y estabilidad de los derechos.

Tenemos que resolver, en el campo doctrinario (que incluye por cierto tanto a civilistas como administrativistas), sin mezquindades, una serie de dilemas que hacen desde el alcance de la reparación por la actividad legítima hasta la medida y supuestos en que cabe admitir la introducción del riesgo como factor atributivo de responsabilidad, para dar coherencia y armonía al sistema legal de responsabilidad.

Un asunto no menor es la elección del camino. A nuestro juicio, la vuelta al Cód. Civil resulta el más conveniente y si bien es cierto que parece conducir a interpretaciones exageradas ello puede cubrirse con normas justas y razonables, de modo de evitar los desvíos interpretativos, algo que nunca se puede garantizar del todo.

La otra posibilidad pasa por modificar la actual ley 26.944 corrigiendo sus defectos y errores y atribuyéndole carácter de norma nacional común de derecho público para impedir la anarquía legislativa a la que nos conducirá la diversidad y colisión con normas provinciales (56) que, según pensamos, altera el principio de unidad de legislación de fondo o común, ínsito en el art. 75 inc. 12 de la CN.

De ese modo, el ordenamiento argentino habrá cumplido con el mandato derivado del principio de justa indemnización que surge del juego tanto de prescripciones constitucionales (arts. 17 y 19 CN) como de dos cláusulas específicas de la CADH (art. 21 apart. 2º y art. 63 apart. 1º), principio que vincula a todos los poderes públicos de la República.

(56) Este aspecto y otras paradojas han sido objeto de críticas: véase: ROSATTI, Horacio, en el libro, *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y escéptico*, 1ª ed., Rubinzal-Calzoni, Santa Fe, 2014, p. 522, quien señala que, entre otras cosas, que: a) se trata de una norma del Congreso que dice que no se aplica otra norma del propio Parlamento a la que, sin embargo, no deroga; b) no obstante que pretende unificar criterios legislativos comunes “abre la puerta a una multiplicidad de regulaciones”, pudiendo colisionar con normas de las Constituciones provinciales que contemplan la aplicación del Cód. Civ. y Com.

LA PRESCRIPCIÓN DE LOS TRIBUTOS LOCALES

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI

I. Consideraciones preliminares

La preferencia de la ley común sobre la ley local en materia de tributos provinciales y municipales es un tema que ha suscitado desde hace tiempo debates doctrinales y motivó muchos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que han variado en uno y otro sentido (1), no obstante lo cual creíamos que en lo que respecta a los plazos de prescripción se hallaba resuelto a parir del caso “Filcrosa” (2), ratificado en el caso “Casa Cassma” (3), no solo porque después de estos fallos no se modificó esa jurisprudencia, sino porque las razones expuestas en el primero de ellos tienen indiscutible valor y son acertadas.

Pero, el Cód. Civ. y Com. ha modificado esa jurisprudencia, al establecer en la parte final del art. 2532 que “las legislaciones locales podrán regular la prescripción liberatoria en cuanto al plazo de los tributos”, y en el 2560 que el plazo de la prescripción liberatoria es de cinco años, “excepto que esté previsto otro diferente en la legislación local”, por lo cual, si nos atenemos a lo que dicho código dispone, habría perdido validez la jurisprudencia del caso “Filcrosa”, y hoy, tanto las provincias cuanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podrían establecer para los tributos locales plazos de prescripción diferentes de los de la ley común.

Este es otro desacierto del Cód. Civ. y Com., que, según tenemos entendido no estaba en el proyecto que remitió el Poder Ejecutivo al Congreso, donde no hacía distinción alguna relativa a los tributos nacionales

(1) Ver LUQUI, Juan Carlos, “¿Preferencia de la ley común sobre la ley local?”, La Ley, Buenos Aires, 1948, ps. 25 y ss., donde efectúa un exhaustivo estudio sobre el tema y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(2) Fallos 326:3899.

(3) Fallos 332:616.

y locales, y siguiendo el criterio del caso “Filcrosa” establecía un plazo genérico de *cinco años* para la prescripción liberatoria, excepto cuando la ley (4), establezca uno específico y el art. 2560 disponía expresamente que ese plazo “se aplica a la prescripción de impuestos, tasas, contribuciones y otros tributos nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales”. De esta manera se unificaban los plazos de prescripción de todos los tributos, cualquiera que sea el carácter de la norma fiscal que lo establezca.

Lamentablemente no privó el buen sentido, y en el debate parlamentario del Código, a instancia de una senadora provincial, se resolvió modificar el proyecto, porque adujo que de aprobarse el texto propuesto “traería graves consecuencias para su provincia” y pidió que se excluya expresamente a las relaciones jurídicas nacidas al amparo del derecho público provincial.

Es verdad que la idea de que se les reconozca la facultad de legislar sobre los plazos de prescripción de los tributos locales fue compartida por la mayoría las provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues argumentaron que de lo contrario se generaría una dificultad insuperable para los fiscos en cuanto a la percepción de las obligaciones tributarias, al resultar el plazo señalado en el proyecto incompatible con los tiempos necesarios para fiscalizar, determinar, agotar la vía administrativa y dejar expedita la ejecución fiscal. Esta objeción seguramente fue hecha pensando en que se podía aplicar el art. 2562 inc. c) del Cód. Civ. y Com., por el cual prescribe a los dos años “todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos” (art. 2562 inc. c) del Cód. Civ. y Com.), que incluiría a la mayoría de los tributos, los cuales, por lo general se devengan por año o por períodos más cortos (5).

Además, es un hecho comprobado, que la pretensión de las provincias para legislar sobre los plazos en que prescriben los impuestos, tasas y contribuciones locales viene de larga data, porque siempre quisieron liberarse de ese riesgo, generado la mayor de las veces por su ineptitud para recaudar los impuestos, agravada por los efectos perniciosos que provoca la burocracia fiscal.

A nuestro juicio, este no es un argumento válido, porque si la recaudación tributaria de una provincia o de un municipio no funciona bien y le resulta difícil cobrar los impuestos en los plazos generales de

(4) Entiendo que se refiere a otra ley del mismo rango, es decir, nacional.

(5) El tema motivó el dictado de una resolución declarativa de la Comisión Federal de Impuestos —nro. 5 del 31/8/2012— en la cual señaló ese problema.

la prescripción liberatoria, lo razonable es corregir las técnicas de recaudación para hacerlas más eficientes, pero no modificar dos artículos del proyecto de código que, además de acertados, seguían el criterio que sustenta nuestro alto tribunal. Menos aún en la época en que vivimos, donde los medios electrónicos facilitan enormemente los procedimientos de registración, determinación y recaudación de los tributos. Salvo los que se pagan espontáneamente (ingresos brutos), la mayor parte de los tributos provinciales se pagan a requerimiento, y para eso los registros magnéticos permiten una determinación automática, así como también la intimación al contribuyente.

Nada tiene que ver la circunstancia de que la responsabilidad extracontractual del Estado esté regulada por una ley nacional solo en el ámbito de su competencia y que también lo puedan hacer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivas jurisdicciones, porque es una materia regida por el derecho administrativo, el cual, como es sabido, tiene carácter local. La responsabilidad del Estado respecto de los particulares por los actos u omisiones de sus agentes, así como también la responsabilidad por el obrar lícito, son cuestiones propias del derecho público, porque se refieren a la actuación de los órganos estatales, mientras que la prescripción de las acciones de contenido exclusivamente patrimonial es un tema de derecho general o de fondo.

Lo que más preocupa en todo esto es que nuestros legisladores no hayan tenido en cuenta las razones dadas por la doctrina y los argumentos contenidos en el caso “Filcrosa” y en los fallos que lo precedieron y sucedieron, para debatir el tema con argumentos jurídicos de derecho constitucional —si los tenían— en los cuales fundamentar la modificación propuesta por dicha legisladora. En otras palabras, no pesaron ni la naturaleza jurídica de la prescripción, ni el carácter de la ley común, ni el contenido patrimonial de la obligación tributaria, ni los límites de la autonomía provincial, ni los poderes delegados por las provincias a la Nación, ni las buenas razones. Lo único que habría importado fueron afirmaciones dogmáticas hechas por el Presidente de la Legislatura de Misiones, que leyó la senadora por dicho estado local, y las “graves consecuencias para esa provincia, por los problemas que se generaría en la percepción de los tributos”, es decir, una cuestión de conveniencia.

Como resultado de esta forma tan particular de legislar que tenemos en nuestro país, un tema que se hallaba resuelto y en forma acertada, en lugar de cristalizarse en el código de fondo, pasó a transformarse en un fuente de conflicto, por ignorar que lo que atañe a la prescripción liberatoria de los tributos, sean nacionales o locales, es una *cuestión constitucional* y no legal. De ahí que, aun cuando el Cód. Civ. y Com. disponga

que la prescripción liberatoria de los impuestos, tasas y contribuciones se rige por las normas locales, habrá que debatir nuevamente si en nuestro sistema constitucional las cuestiones que son materia de legislación común pueden o no ser reguladas por las provincias y municipios, o son de competencia exclusiva de la Nación, aun cuando el nuevo código disponga —erróneamente, por cierto— que es una competencia local.

II. Los criterios que se debaten en este tema

Si bien no fueron analizados debidamente en el debate parlamentario que precedió a la sanción del Cód. Civ. y Com., son conocidos los argumentos de quienes sostienen que la autonomía del derecho tributario les permitiría a las provincias legislar íntegramente en todo lo relativo a los impuestos, tasas y contribuciones, criterio que podríamos denominar *juspublicista*, y de los que consideran que esos poderes tienen sus límites directos e indirectos en la propia ley fundamental, como son las garantías constitucionales de los contribuyentes y el deber de respetar el ejercicio de los poderes que delegaron a la Nación por el art. 75 inc. 12 de la CN, que constituiría un criterio *civilista*.

Los primeros sostienen que como el art. 121 de la Constitución nacional reconoce a las provincias los poderes que no fueron delegados expresamente al Gobierno Federal —entre los cuales está el poder impositivo— todo lo que concierne a la materia tributaria es local y nada tiene que ver la legislación de fondo (arts. 75 inc. 12 y 126 CN), que está llamada a regir las relaciones de carácter privado. Esta interpretación fue sustentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso “Lorenzo Larralde” (6), aunque su antecedente está en la disidencia del juez Alfredo Orgaz en el caso “Alegre” (7), y seguida en otros pronunciamientos posteriores (8). Pero, esta jurisprudencia luego fue modificada en varios pronunciamientos a los cuales nos referimos seguidamente.

En realidad, los precedentes que sostuvieron que la autonomía del derecho tributario permitía a las provincias establecer gravámenes sin sujetarse a las figuras reguladas por el Cód. Civil, *no se refirieron a la prescripción de los tributos*, sino a casos tales como gravar con impuesto sucesorio bienes de sociedades ubicados en su territorio pero constituidas y con domicilio en otra provincia, cuyos titulares eran propietarios de las acciones y no directamente de los bienes, o gravar bienes cuyos

(6) Fallos 243:98.

(7) Fallos 234:568.

(8) Fallos 251:379; 314:458, entre otros.

titulares los tenían en condominio, sin considerar la proporción de cada uno, porque se sostuvo que “el poder impositivo tiende, ante todo, a proveer recursos al tesoro público, pero constituye, además, un valioso instrumento de regulación económica” y que el uso de dicho poder “para lograr el desarrollo pleno y justo de las fuerzas económicas es atribución que las provincias conservan en gran parte, dentro de su jurisdicción, en tanto no obste a los fines que por la Constitución sean propios del Gobierno Federal”.

Sobre la base de esta débil argumentación política, según el criterio expuesto, la prescripción regulada por el Cód. Civ. y Com. solo sería aplicable a las cuestiones contempladas por él, y no a las demás materias que están en el ámbito del derecho público. Así como la prescripción penal está legislada por la ley penal, la administrativa por las normas administrativas, la tributaria debería estar regulada por normas tributarias, que corresponden a la legislación local y sobre la cual la Nación, en ejercicio de la facultad que le fue delegada por el art. 75 inc. 12 CN no podría legislar en virtud de lo dispuesto en los arts. 121 y 126 CN, porque esa atribución no le fue delegada.

En una posición menos rígida, se ha sostenido que el límite que tienen las provincias para regular la prescripción de los tributos locales está dado por su *razonabilidad*, por lo cual, si se apartan extremadamente de los plazos establecidos por la ley de fondo, serían inconstitucionales siempre y cuando agraven los derechos de los contribuyentes, porque la irrazonabilidad es también causal de inconstitucionalidad (9). Este argumento es aplicable no solo a los tributos locales, sino a todas las contribuciones fiscales y, más aún, a todos los actos estatales.

A nuestro juicio estas generalizaciones no son acertadas, por varios motivos. Reconocemos que actualmente nadie cuestiona la autonomía del derecho tributario o fiscal como disciplina jurídica, pues está avalada por razones valederas, por la doctrina y por la jurisprudencia. Por eso no corresponde que nos detengamos en reiterar los argumentos en los cuales se apoya, pues son bien conocidos. Pero, el tema que nos ocupa no pasa por discutir si el derecho tributario tiene o no autonomía, sino en analizar la naturaleza de la prescripción de los derechos patrimoniales, si son aplicables solo a las cuestiones de derecho común o a toda relación jurídica, aun de derecho público.

(9) GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Temas de derecho tributario. La autonomía del derecho tributario frente a la legislación tributaria provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, ps. 60 y ss.

Como lo dijo Bielsa hace más de noventa años (10) y su opinión mantiene plena vigencia, no todas las normas contenidas en el Cód. Civil —y ahora en el Cód. Civ. y Com.— son propias y exclusivas del derecho común, pues hay en dicho cuerpo *normas generales de derecho*, que por razones de completitud se incorporaron en él por ser la primera rama que se codificó, para lo cual fue necesario incluir esos principios generales, que la Corte Suprema las considera “leyes sustantivas” (11). Una de ellas, son las que regulan la prescripción liberatoria de los derechos de naturaleza patrimonial. Destaca, asimismo, que en la misma situación están las relativas a la gestión de negocios y al enriquecimiento sin causa, que son igualmente aplicables al derecho público, no obstante estar legislados en el Cód. Civil.

Pero, este no es el único argumento que se debe tener en cuenta, sino, además, el carácter patrimonial de los tributos como *obligaciones dinerarias*, que también lo tienen otras instituciones de derecho público y en este aspecto se deben regir por la ley común, pues como tantas veces lo ha declarado la Corte Suprema todo lo que concierne a las cuestiones patrimoniales que se susciten entre acreedor y deudor son materia de legislación común (arts. 75 inc. 12 y 126 CN), que no pueden regular los estados locales (12).

No tiene importancia comparar los plazos de prescripción establecidos en la ley común y los fijados por las provincias en materia tributaria, porque, aunque fueran los mismos, igualmente no tendrían estos últimos supremacía por sobre los establecidos en el código de fondo. Claro está, que al ser iguales no causarían agravio y, por ello, no podrían ser materia de una pretensión, por mayor purismo que manifieste el actor al querer que se aplique la legislación de fondo y no la provincial.

Como dice Coviello, la prescripción liberatoria es “un medio por el cual con determinadas condiciones y con el transcurso del tiempo, se libra alguno de una obligación” (13). El pago es otro medio por el cual el deudor se libera de una obligación, y así como no existe diferencia alguna entre el *pago* de una obligación civil y el de una obligación tributaria, pues ambos están regulados por la ley común dictada por la Nación,

(10) BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, Lajouane, Buenos Aires, 1928.

(11) Fallos 328:3899.

(12) Fallos 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344.

(13) COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, trad. de la 4ª ed. italiana, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, p. 492.

tampoco puede haber diferencia entre los plazos de prescripción extintiva o liberatoria de una obligación civil y de una obligación tributaria.

La prescripción liberatoria de las obligaciones dinerarias es una institución propia de los derechos patrimoniales, garantizados por el art. 17 de la CN, como se puede advertir con mayor claridad en el caso de la repetición de lo pagado sin causa, sea por una relación jurídica civil o por una relación tributaria. Quien pagó un impuesto que luego es declarado inconstitucional o lo hizo por error, lo puede repetir del Estado de la misma forma que quien hizo el pago para cancelar cualquier obligación que fue declarada inválida por la justicia. No hay diferencia alguna entre ambos, y tampoco en los plazos de prescripción. En nuestro sistema jurídico-político el régimen para la extinción de las obligaciones de contenido patrimonial es *único*.

Precisamente en esto se manifiesta el sentido de la legislación común que quisieron establecer los constituyentes al dictar los arts. 67 inc. 11 y 108, ahora arts. 75 inc. 12 y 121.

La potestad fiscal de las provincias les permite crear los impuestos, tasas y contribuciones locales y dictar las regulaciones legales consiguientes (hechos imponibles, sujetos obligados, alícuotas, exenciones, determinación, procedimiento de recaudación, etc.), en suma, todas relativas a obtener los recursos necesarios para solventar las funciones y los servicios públicos que están a su cargo. Por aplicación de esas normas se crean obligaciones de naturaleza tributaria, pero de contenido *patrimonial*, que generan relaciones jurídicas entre el Fisco y los contribuyentes, el primero como acreedor, y los otros como deudores.

Los estados locales, así como la Nación en lo que atañe a su poder fiscal, tienen prerrogativas, tales como la regla *solve et repete*, los privilegios en las quiebras, la ejecución fiscal, pero no pueden regular los plazos de prescripción liberatoria que es materia de legislación común, no solo por tratarse esta de una regla de derecho general, sino porque en sustancia no se diferencia de las demás obligaciones dinerarias. Y, como tales, están comprendidas en las normas que tutelan el derecho de propiedad, una de las cuales es la que regula la prescripción liberatoria.

El problema no pase por el carácter de la ley que establece esa competencia, sino por la naturaleza de la cuestión, porque el Cód. Civ. y Com., que rige las relaciones jurídicas de carácter patrimonial, no puede hacer distinciones que violen el principio de igualdad en las relaciones entre acreedor y deudor. Así, una ley nacional no podría establecer que la prescripción en materia de arrendamientos rurales puede ser regulada

por las legislaturas provinciales, y con ello posibilitar que sea diferente la que se aplica en Buenos Aires de la que rige en Santa Fe.

Los plazos de la prescripción liberatoria de los tributos es una cuestión *patrimonial*, por ello, debe estar regulada por una única ley, que si bien es el Cód. Civ. y Com., corresponde que sea tratada en un plano de igualdad con las demás cuestiones de la misma índole, es decir, patrimoniales.

De ahí que, a nuestro juicio, los arts. 2532 y 2560 del Cód. Civ. y Com. sean inconstitucionales, y lejos de solucionar las discrepancias sobre la preeminencia de la ley nacional sobre la ley local, las haga renacer, porque ahora hay un nuevo elemento de discusión, que es decidir si al regular la prescripción el Cód. Civ. y Com. puede ampliar las atribuciones dadas por la Constitución nacional a las provincias, no obstante ser un código de fondo que rige el derecho común.

En otras palabras, cuando la Corte Suprema ha declarado que las relaciones entre acreedor y deudor se rigen por el Cód. Civil —hoy Civ. y Com.— es porque entendió que este regulaba la *legislación común*, por eso no es válido sostener que por la circunstancia de que ahora el Código establezca que sus disposiciones no se aplican a la prescripción de los tributos locales se modifique el criterio seguido por el alto tribunal, porque se refirió a *la naturaleza de la regulación aplicable* y no a la denominación dada al cuerpo legal.

III. La jurisprudencia sobre el tema

Desde mucho tiempo atrás nuestro alto tribunal ha sostenido en forma reiterada que no obstante la facultad que tienen las provincias por el art. 104 (actual 121) de la CN para legislar en todo lo que concierne a impuestos, tasas y contribuciones fiscales, no pueden derogar las *leyes sustantivas* dictadas por el Congreso, porque ello importaría un avance sobre las facultades exclusivas de la Nación, contrario a los arts. 67 inc. 11 y 108 (actuales 75 inc. 12 y 126) de la ley fundamental. Como dijimos, las leyes sustantivas son las normas de *derecho general* incorporadas en los códigos de fondo.

Declaró expresamente que “las normas de índole local no pueden alterar las normas comunes nacionales que regulan la prescripción de las acciones” (14) y, más aún, que “las actuaciones administrativas no sus-

(14) Fallos 293:427.

penden ni interrumpen la prescripción y ello aunque se trate de las que debieron preceder a la demanda judicial” (15). Es decir que, no obstante corresponder a la legislación local el dictado de las normas procesales, estas no pueden incidir en los plazos de prescripción establecidos por leyes sustantivas dictadas por la Nación, pues “las provincias carecen de facultades que importen apartarse de dicha legislación, aun cuando se trate de regulaciones concernientes a materias de derecho público” (16).

Consideró que la prescripción no es un instituto del derecho público local, sino *del derecho general*, lo cual ha justificado que en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el art. 75 inc. 12 CN este “no solo debe fijar los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, establecer también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones que se pueden extinguir por esa vía”. Dijo, asimismo, que “en tanto modo de extinguir las acciones, este instituto involucra aspectos típicamente vinculados al derecho de propiedad cuya inclusión dentro de tal delegación no se discute” (17).

También declaró en varias oportunidades que “los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponden a la legislación nacional”, por lo cual las provincias, y menos aún los municipios, no pueden dictar normas incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto (18). Sostuvo que la acción de repetición de un impuesto declarado inconstitucional se rige por las normas aplicables al pago sin causa, que son las contenidas en la legislación común (19).

Esta fue la jurisprudencia de nuestro alto tribunal, hasta que dictó el fallo “Larralde” (20), en el cual modificó el criterio expuesto —aunque no de manera total— para seguir el expresado en la disidencia hecha por el juez Orgaz en el caso “Alegre” (21), al cual ya nos hemos referido, pero ahora lo hacemos con mayor detenimiento, porque si bien contiene argumentos en favor de las facultades de las provincias para dictar normas

(15) Fallos 173:289; 182:360; 187:216; 189:256; 224:39; 277:373.

(16) Fallos 175:300; 176: 115; 193:157; 200:444; 202:516; 203:274; 284:319; 285:209; 320:1344.

(17) Fallos 326:3899, consids. 5º y 6º.

(18) Fallos 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344.

(19) Fallos 183:143; 188:381; 192:231; 195:87; 200:444; 220:202.

(20) Fallos 243:98.

(21) Fallos 234:568.

tributarias sin sujetarse a lo que establece el Cód. Civil, *nada dice respecto de la prescripción*. En este fallo la Corte declaró que, aunque excepcionalmente, “el Código Civil contiene principios o normas generales de derecho que rigen también en el derecho público”, pero con la aclaración de que para apreciar la constitucionalidad de un impuesto provincial “es punto de partida indiscutible la afirmación de que las provincias pueden establecer libremente impuestos sobre todas las cosas que forman parte de su riqueza general y determinar los medios de distribuirlos en el modo y alcance que les parezca mejor, sin otras limitaciones de las que resultan de la Constitución” (consid. 7º).

En el caso se discutió si las provincias podían gravar con el impuesto inmobiliario varios campos calculándolo sobre la base del valor total de los inmuebles y aplicar el coeficiente sobre la base de dicho valor, sin tener en cuenta que eran de propiedad de varios condóminos, cuyas porciones indivisas encuadraban en una alícuota menor. Los argumentos dados por el alto tribunal no serán recordados por su acierto, pues en realidad el problema no giraba en torno a la facultad que tienen los estados locales para dictar normas en materia tributaria, sino en aplicar la ley fiscal sin tener en cuenta *la realidad económica* que resulta de las normas del Cód. Civil, pues no es igual la situación de un bien inmueble del cual es propietario un sujeto, que la de otro de las mismas dimensiones y ubicación, pero cuyos dueños son varios condóminos, a cada uno de los cuales le corresponde una alícuota menor que a la totalidad. La Corte, a nuestro juicio equivocadamente, sostuvo que lo gravado era la *cosa*, por lo cual a los efectos de fijar la alícuota no importaba si el propietario era uno o varios.

Aun cuando adujo que no se violaba el principio de igualdad de las cargas públicas, es evidente que fue vulnerado, porque, como dije, las leyes tributarias se deben interpretar según la realidad económica, y si la alícuota del impuesto estaba fijada teniendo en cuenta la riqueza que se exterioriza con el carácter de propietario, no es igual la situación de quien es propietario de todo el bien, de quienes solo tiene una parte de él, cuyo valor es, desde luego, menor al del todo. No se respetó el principio de igualdad impositiva que consagra el art. 16 de la CN, y en esto no tiene nada que ver el Cód. Civil, ni que el impuesto sea un instrumento de regulación económica, ni la función de fomento y asistencia social, ni la política fiscal y otras expresiones semejantes dadas en el fallo.

Sin embargo, en algunos fallos, sostuvo que la ley 11.683, por su carácter federal o local nacional, puede modificar el régimen de derecho común respecto a los plazos de prescripción establecidos en dicha

ley (22), y que “la exigencia de unidad normativa requerida para la legislación común no alcanza a las leyes federales” (23).

Esta es una jurisprudencia desacertada. Aun cuando sea conocido, viene bien recordar que el Congreso de la Nación dicta leyes de naturaleza diferente, a) como legislatura *federal* respecto de las materias que le atribuye la Constitución para ejercer esa función (v.gr. las enunciadas en el arts. 5º y 75, b) como legislador en las materias delegadas por las provincias para dictar los códigos de fondo (art. 75 inc. 18 y 126) y c) como legislatura local de la Capital Federal (art. 75 inc. 30).

Cuando el Congreso dicta una ley en virtud del art. 75 inc. 12 de la Constitución nacional, lo hace como legislador general y las normas son de legislación común, aplicables en todo el país y a todos los sujetos, mientras que cuando sanciona una ley impositiva no actúa en ese carácter, sino como poder del gobierno federal, con efecto solo en ese ámbito.

La circunstancia de que sea el Congreso quien sanciona las leyes de fondo y también el que dicta las leyes que crean impuestos nacionales y regulan su aplicación, no lo habilita a regular de diferente manera la prescripción en materia tributaria, pues, además de no haber actuado en el carácter que le confiere el art. 75 inc. 12, violaría el principio de igualdad (art. 16 CN).

Esta es una distinción elemental que llamativamente no ha sido advertida por algunos, como lo prueban los fallos que sostuvieron lo contrario y, últimamente, la disidencia parcial de la jueza Argibay en el fallo “Casa Cassma”, pues, pese a adherir al voto de la mayoría, manifiesta su duda respecto al criterio que sustentaba hasta ese momento el alto tribunal.

Si por ser el Congreso quien dicta la legislación de fondo y también la legislación federal, estuviese facultado para hacerlo de manera diferente en el primer caso, cuando la Nación parte, podría sancionar una ley que la exima de pagar intereses por la demora en la devolución de sus deudas dinerarias, por el motivo que fuere, lo cual sería desde todo punto de vista inadmisibile.

Es lamentable que cuestiones tan elementales, ya resueltas por la jurisprudencia de nuestro alto tribunal y de significativa importancia para la defensa del derecho de propiedad, sean tratados por los legisladores

(22) Fallos 256:248; 260:135.

(23) Fallos 255:36.

con tanta ligereza. Una verdad que no necesita de mayores explicaciones es que nos hallamos agobiados por las cargas tributarias, porque la presión impositiva que soportamos es una de las mayores del mundo, y los servicios públicos que recibimos son, paradójicamente, unos de más deficientes. Como las provincias y los municipios siempre están necesitados de dinero, ya sea por el exceso de personal, el derroche demagógico de los recursos o la corrupción que está presente en la mayoría de los casos, permanentemente crean nuevas contribuciones o aumentan las alícuotas. Y, como si esto no bastara, ahora han conseguido legislar sobre la prescripción en materia fiscal, con lo cual no sería de extrañar que por diversos artilugios desaparezca como una forma de extinguir las obligaciones tributarias. Cuando llegue un pleito sobre este tema a la Corte Suprema espero que el alto tribunal ponga las cosas en orden y declare la inconstitucionalidad del art. 2532 del Cód. Civ. y Com.

LA INCIDENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ESPECIAL REFERENCIA AL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LA PRESCRIPCIÓN

POR CATALINA LEGARRE

I. Derecho civil y derecho administrativo: cercanías y distancias

Dado el lugar que ocupa la materia contractual en el derecho común y la influencia que este último ha tenido en el ámbito del derecho administrativo, es inevitable preguntarse si la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. tiene incidencia respecto de los contratos administrativos celebrados por la Estado.

El Cód. Civil siempre ha jugado un rol protagónico en el campo del derecho administrativo en general y en el de los contratos en particular. Son muchas las veces en las que los jueces recurren a sus disposiciones para resolver casos en los que dicha rama del derecho ofrece una solución incompleta o simplemente no ofrece solución normativa alguna.

Históricamente, se discutió en doctrina si su aplicación debía ser directa, subsidiaria o analógica, reavivándose ahora el debate, una vez más, a partir de la sanción del nuevo Código(1). En particular, a raíz de la referencia que se hace al asunto en el art. 1764 en relación con la responsabilidad del Estado, norma que se espeja también en la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (en adelante, LRE)(2). En ambas normas, si bien con lenguaje diferente, se declara que el Cód. Civ. y

(1) Aprobado por la ley 26.994, vigente a partir del 1/8/2015.

(2) Ley 26.944.

Com. no resulta aplicable a la responsabilidad del Estado, ni directa ni subsidiariamente (3).

La mayoría de los autores coincide en que cuando la norma del Cód. Civil que intenta aplicarse contempla un principio general del derecho, al no ser tales principios exclusivos del derecho privado, deberá ser aplicada al derecho administrativo en forma directa. Lo mismo ocurre en aquellos supuestos en los que la norma que pretenda utilizarse para llenar un vacío sea en realidad de derecho administrativo, sin perjuicio de estar ubicada en el Cód. Civil (4).

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los principios jurídicos del derecho no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica, más allá de que estén contenidos en el Cód. Civil, pues constituyen principios generales del derecho, expresiones del derecho en general (5). Esto no importa negar que la naturaleza de la precepto que regula la cuestión —p. ej., un código de fondo, una ley federal o una ley local— sea un indicador de a qué rama del derecho pertenece dicha disposición. Sin embargo, esta afirmación no es absoluta.

La discrepancia de opiniones sobre qué método de interpretación debe prevalecer aparece más patente en aquellos casos en que la falta de norma en el campo del derecho administrativo no puede solucionarse mediante la importación de principios generales del derecho ni de la aplicación de normas de derecho administrativo albergadas en el

(3) Véanse arts. 1764 del Cód. Civ. y Com. y 1º de la LRE.

(4) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 141 y, más recientemente, en “La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)”, en EDA 2016-391; REIRIZ, María G., “Responsabilidad del Estado”, en *El Derecho Administrativo argentino, hoy*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 223; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., 2ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, t. I, ps. 146 y ss. y 223 y ss., entre otros. Este último autor, luego de destacar las diferencias que existen entre el derecho administrativo y el derecho civil, reconoce obvias relaciones que se traducen en la aplicación en derecho administrativo de normas y principios contemplados en el Cód. Civil. Estas normas y principios, dirá, se utilizan de dos maneras: una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra, parte de considerar determinadas disposiciones del derecho civil como norma jurídica del derecho en general. En estos casos no se habla de integración de normas, sino de aplicación directa. En definitiva, más allá de reconocer que la analogía cumple un rol destacable como fuente del derecho administrativo, Marienhoff acepta el carácter supletorio general del derecho civil en aquellos casos que no puedan ser resueltos por los datos o materiales propios del derecho administrativo.

(5) Fallos 329:759.

Cód. Civil. Es en estos casos donde surge el interrogante de si el Cód. Civ. y Com. debe aplicarse en forma subsidiaria o analógica.

Los autores, en posición mayoritaria, se inclinan por la aplicación analógica (6). Para Cassagne, dado el carácter autónomo del derecho administrativo, cuando se aplique en dicho campo una disposición del Cód. Civil será a través de la herramienta de la analogía "...que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del derecho público" (7). En palabras de Reiriz, "...cuando se aplica una norma del derecho civil se la integra con los principios y normas del derecho administrativo, con lo cual la nueva norma creada aparece, no con su sentido original, sino conformada con el derecho que viene a integrar. Ya está transformada para su aplicación" (8).

Autores como Linares, en posición contraria, luego de dedicarle un extenso estudio al "caso administrativo no previsto", concluyen en que cuando se aplica el Cód. Civil a un caso administrativo que no está previsto por ley o contrato administrativo —siempre partiendo de la premisa de que la norma es justa— se lo hace subsidiariamente y no por analogía (9). Esta regla rige, para Linares, incluso si la previsión incor-

(6) Puede citarse entre quienes postulan la aplicación analógica del Cód. Civil: CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 140 y ss. Sin embargo, el autor reconoce que la recurrencia a una norma subsidiaria limita la discrecionalidad del juez y afirma que en virtud del principio de seguridad jurídica como regla general siempre es preferible la aplicación subsidiaria a la analógica. CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación...", cit.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, t. I, ps. VIII-2 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 146 y ss. y 223 y ss.; PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad contractual del Estado", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado general de los contratos públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2013, t. III, ps. 170 y ss.; y REIRIZ, María G., "Responsabilidad...", cit., p. 224. En una posición más extrema se encuentra Bielsa, quien se ha expresado en contra de la aplicación supletoria o analógica al referirse a la responsabilidad aquiliana. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Frigerio Artes Gráficas, Buenos Aires, 1957, t. V, ps. 59 y 79. Aunque en otra parte de su obra el autor reconoce, teniendo en cuenta antigua jurisprudencia de la Corte, que hay disposiciones y principios del Cód. Civil aplicables en relaciones de derecho administrativo por ser comunes a ambas ramas del derecho, más allá de haber tenido recepción positiva mucho antes en el derecho civil que en el derecho administrativo. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. I, Talleres Gráficos Enrique L. Frigerio e Hijo, Buenos Aires, 1955, p. 78.

(7) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 141-142.

(8) REIRIZ, María G., "Responsabilidad...", cit., p. 224.

(9) LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 13. En la misma línea, véase MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial", ED 260-641; y

porada al Cód. Civil es de derecho administrativo y, aun si existe a nivel provincial una norma que contemple el caso, ya que las previsiones del Código de fondo "...son constitucionalmente válidas en cuanto implican ciertas bases mínimas que el Congreso estimó indispensable incluir en esos Códigos para unificar la legislación general", y las provincias no pueden apartarse de ellas (10).

La autoridad que rodea la discusión planteada no hace fácil ubicarse de un lado u otro de la biblioteca. Tampoco ayudan a despejar las dudas los distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que en algunos supuestos se recurre a la aplicación subsidiaria, en tanto en otros a la analógica, sin dar suficientes razones para justificar el uso de uno u otro método interpretativo (11).

Las diferencias planteadas en doctrina y jurisprudencia afortunadamente no suelen tener un impacto negativo en la solución de los casos concretos más allá del incuestionable riesgo que apareja inclinarse por la aplicación analógica, dado el marco de discrecionalidad que se abre a favor del juez que decide el caso. Por eso, como regla, habrá de intentarse la vía de la subsidiariedad y no la de la analogía. Como escribe Cassagne en un trabajo más reciente "la vía normal de la interpretación es la aplicación subsidiaria y no la *analogía iuris*" (12). En todo caso, la posibilidad de hacer aplicación subsidiaria o analógica dependerá de la o las disposiciones que se pretenden aplicar, de la naturaleza del instituto que

SÁENZ, Jorge A., "Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad 'contractual') en el derecho administrativo argentino", en ROSATTI, Horacio (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, ps. 408-409.

(10) LINARES, Juan F., *Caso administrativo...*, cit., ps. 112 y ss.

(11) Entre los casos en lo que la jurisprudencia aplicó el Cód. Civil en forma subsidiaria o supletoria cabe incluir: Fallos 107:134; 237:452; 306:2030; 307:1942; 320:266; 329:759; 330:2748. Justo es reconocer que alguno de estos casos, como ser "Vadell" o "Barreto", versaban sobre la responsabilidad del estado fundada en el antiguo art. 1112, cuya aplicación subsidiaria no es discutible por tratarse de una norma propia de derecho administrativo. En otras oportunidades, el Máximo Tribunal recurrió a la analogía para resolver el vacío al señalar que las normas del Código de fondo se aplican con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo: Fallos 190:142; 304:919; 306:1409; 318:1959; 321:174, y fallos allí citados, entre otros.

(12) CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación...", cit. Nos recuerda el autor que "...el derecho positivo privado, en tanto no resulte manifiestamente incompatible con el 'substrato' del derecho administrativo, debe prevalecer en el proceso de integración normativa para salvar los vacíos existentes en él".

tal disposición regula y de su semejanza sustancial con el caso que se pretende resolver.

Recuerda Guillermo Borda que, si bien el derecho privado se identifica con el derecho civil, en el origen se designaba con la expresión *ius civile* al derecho romano, comprensivo tanto del derecho privado como del derecho público. Incluso las distintas ramas del derecho privado han ido escindiéndose del derecho civil (13). De allí que no deba sorprender que en el Cód. Civ. y Com. encontremos normas propias del derecho en general y, cuando ello ocurra, esa norma deberá ser aplicada en forma directa o subsidiaria.

Esta es la regla que debe guiar a los jueces. No veo positivo, como principio, que el órgano judicial cree normas allí donde el legislador encontró una solución para el caso que pueda hacerse extensiva a otro similar, más allá del cuerpo normativo que la contemple. La legalidad, como valor y principio que hace al Estado de derecho, aconseja, de ser posible, tomar la disposición que ya existe, la que el legislador quiso aprobar (14). Este será el camino a seguir, por ejemplo, en la mayoría de los casos que involucren cuestiones patrimoniales (15).

Por eso, entiendo que una norma no puede impedir indiscriminadamente la aplicación directa del Código de fondo, como lo hace, por ejemplo, la LRE o el propio Cód. Civ. y Com. al referirse a la responsabilidad del Estado. Si no existe una solución para el caso en el campo del derecho administrativo y el Código contiene una previsión que dada su

(13) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 13ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 33-34. García de Enterría y Fernández destacan el carácter general del derecho civil, que regula materias como ser el contrato, el mandato, la responsabilidad y la propiedad, que también son objeto del derecho administrativo sin dejar de reconocer que el paralelismo no es total, ya que estos institutos se han ido formando según las circunstancias, por lo que incluso algunas figuras civiles no tienen su correlativo en algunos derechos comparados. Los autores aceptan la distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, pero ello no implica radical oposición. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2000, ps. 55 y ss.

(14) LINARES, Juan F., *Caso administrativo...*, cit., ps. 29 y ss. y 125.

(15) La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el derecho civil es legislación subsidiaria del derecho administrativo en instituciones que presentan carácter patrimonial evidente (Fallos 237:452). Hay que señalar que destacada doctrina crítica esta jurisprudencia. Reiriz entiende, siguiendo a Mayer, que el derecho patrimonial no es necesariamente el civil, "...sino que puede ser tanto civil como de derecho público, y se aplicará solamente el civil en el caso en que el Estado haya actuado exactamente igual que un particular". REIRIZ, María G., "Responsabilidad..." cit., ps. 222 y ss.

semejanza puede llenar el vacío sin aditamentos ni modulaciones, ¿por qué no podrá aplicarse directamente?

Como se señaló, la aplicación subsidiaria del Cód. Civil es aceptada por la Corte Suprema. Si bien el Máximo Tribunal tiene dicho que existen casos en los que para aplicar las disposiciones de dicho ordenamiento al ámbito del derecho administrativo es necesario efectuar las discriminaciones que resulten impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho público, también ha afirmado que tal extremo se encuentra a salvo cuando ninguna particularidad de dicha rama del derecho justifique apartarse de las disposiciones de fondo. Lo que debe evitarse es el riesgo de que por aplicar normas de derecho privado "...la cuestión sea juzgada a la luz de pautas indebidamente trasladadas a un ámbito que le es impropio" (16). En otras palabras, si la sustancia del derecho en juego admite la aplicación directa de la norma de derecho civil sin resultar alterada, nada obstará a la aplicación de dicha norma.

De no ser ello posible, por no darse los recaudos mencionados, habrá que recurrir a la analogía. En estos casos, la disposición está destinada a regular un caso distinto al que se pretende resolver, pero dada su suficiente semejanza se la tiene en cuenta para llenar el vacío existente. En estas situaciones, el juez deberá realizar una apreciación previa para confirmar si puede aplicarse el precepto a un caso distinto. En caso afirmativo, la aplicará recurriendo a la analogía, ya sea, como resume Casagne, adaptando esa solución sobre la base de los principios de la disciplina o incluso creando una norma mediante un proceso de integración con principios de orden superior, como los del derecho administrativo o generales del derecho público (17).

La analogía presupone pautas que habrán de seguirse para garantizar la justicia de la solución que se proponga. Existen patrones de razonabilidad que limitan la discrecionalidad del juez, en la medida en que no se puede construir la analogía sobre cualquier premisa. Por lo pronto, el parecido entre los casos que se busca acercar debe ser sustancial (18). En palabras de la Corte Suprema, habrá que tener en cuenta aquellas cuestiones que hacen a la naturaleza propia de lo que constituye la sus-

(16) Fallos 326:3899.

(17) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación..." cit. Mairal elabora un análisis similar y afirma que el recurso de la analogía no supone la necesaria modificación de la norma que se tiene en cuenta para completar el vacío. Agrega que cuando de aplicación analógica se trata, el mayor riesgo se presenta en los casos en que se "modula" el Cód. Civil, creándose una nueva norma. MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad..." cit.

(18) LINARES, Juan F., *Caso administrativo...*, cit., p. 59.

tancia del derecho administrativo (19). Además, la solución propuesta no debe alterar el orden jurídico en general ni atropellar los valores que persigue. En el caso del derecho administrativo, cuando se opte por no aplicar directa o subsidiariamente la norma, tendrá que ser porque principios propios de esta rama del derecho, como ser presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria del acto, o el tantas veces invocado interés público, entre otros, así lo imponen (20).

II. El Código Civil y Comercial como ordenamiento aplicable a los contratos administrativos

Retomando el hilo de la temática que aquí interesa, los contratos administrativos, se advierte que si bien hay diversas disposiciones que los regulan —como ser la Ley de Obra Pública 13.064 o el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, dec. 1023/2001—, han existido y aún persisten vacíos normativos que deben completarse.

Cabe recordar que los contratos de derecho público integran la noción genérica de contrato, que es única. Así lo expresó el Dr. Fayt en el renombrado caso “Dulcamara”, donde se puso de manifiesto que los contratos administrativos son una especie dentro del género contrato y que, si bien los contratos de derecho público y privado tienen un régimen diferente, ello “...no obsta a que se apliquen a los contratos administrativos las normas que rigen tal instituto en el Cód. Civil, pues estas últimas son respecto de ello, principios generales de los que no cabe apartarse” (21). Esta regla encontrará su límite únicamente cuando las previsiones de fondo sean incompatibles con las características propias del contrato.

Explica Sáenz que el contrato administrativo se integra “...con la totalidad del complejo normativo que le es propio, incluido el plexo to-

(19) Fallos 190:142.

(20) Para Linares estos principios, entre otros, son consecuencia de valores tales como seguridad, poder, orden, solidaridad, justicia; conceptos que a su vez integran el llamado interés público. LINARES, Juan F., *Caso administrativo...*, cit., ps. 101 y ss.

(21) Fallos 313:376, voto del Dr. Fayt. También en la causa “Marocco”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la aplicación subsidiaria del Cód. Civil en materia contractual. Si bien en dicha causa no se habla expresamente de aplicación subsidiaria o analógica, sí se refiere a la plena vigencia del art. 1197 (hoy art. 959) que otorga efecto vinculante a todo contrato válido firmado entre las partes, que solo puede ser modificado por acuerdo de voluntades. Se reconoció la facultad de la administración de modificar unilateralmente, pero se dijo que en el caso no se demostraron razones de interés público que justificaran la modificación unilateral del contrato y, por ende, apartarse de tal principio (Fallos 312:84).

tal del derecho de las obligaciones y especialmente de responsabilidad contractual que contiene el Cód. Civil. Este subsistema conductual, establecerá para las partes obligaciones, permisiones o prohibiciones que completan lo no previsto expresamente, permitiendo la aplicación de una serie de principios considerados básico...”. Y afirma, luego, que, ante el incumplimiento de una obligación contractual, más allá de que el vínculo sea de naturaleza administrativa o privada, el caso se rige por el derecho común, “...por ser el único con validez constitucional en el ámbito material” (22).

Para Laubadère, el contrato es siempre un contrato, sea administrativo o civil, y la voluntad manifestada por las partes al celebrarlo es la idea directriz que debe tener en cuenta el juez cuando establezca el contenido de las obligaciones asumidas por las partes a los fines de la ejecución (23).

En España, aun quienes postulan la importancia de la distinción entre el contrato administrativo y el contrato privado de la administración, subrayan que el contrato es una categoría jurídica general más allá de que haya sido elaborada en el origen por el derecho civil. Y reconocen que el contrato administrativo ha recibido sus elementos esenciales y su estructura formal del derecho privado (24).

En los Estados Unidos, la jurisprudencia establece que la relación jurídica que contrae el Estado cuando contrata con los particulares es similar a la que tiene los particulares cuando contratan entre sí (25).

(22) SÁENZ, Jorge A., “Sistema de responsabilidad...”, cit., ps. 408-409.

(23) Así nos lo recuerda COVIELLO, Pedro J. J., en su trabajo “Actualidad de la teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Tratado general...*, t. I, cit., p. 168.

(24) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El enigma del contrato administrativo”, en *Tratado general...*, t. III, cit., ps. 85 y ss. Recuérdese que aun en sistemas que cuentan con un régimen jurídico extenso y específico aplicable a las contrataciones del Estado, como la Ley de Contratos del Sector Público española, se admite la aplicación supletoria de las normas de derecho privado cuando ni dicha norma ni las restantes normas de derecho administrativo contemplen el caso (cfr. art. 19, inc. 2º, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14/11/2011).

(25) Véase, entre otros, “Perry v. United States”, 294 US 330, (1935). La Corte Suprema de los Estados Unidos recordó en tal oportunidad que el Estado está tan obligado por sus contratos como los particulares y que el puntual cumplimiento de las obligaciones contractuales es esencial para el mantenimiento del crédito de los deudores tanto públicos como privados.

La relación que existe entre el contrato administrativo y aquel que celebran los privados no implica negar la relevancia de las prerrogativas estatales en materia de contratos administrativos. Las potestades extraordinarias que tiene el Estado serán las que conviertan en legal el ejercicio de prerrogativas, como el *ius variandi* o la revocación de un acuerdo por razones de oportunidad, mérito y conveniencia; pero en modo alguno podrá ser justificativo para ignorar principios generales que rigen todo acuerdo de voluntades. Es indiscutible que el Estado cuando actúa debe perseguir un fin público y esto no puede ser ignorado por el contratista. Ese es el principal objetivo que tiene o debería tener la administración cuando contrata. Pase lo que pase, el Estado se moverá siempre dentro de ese eje, aun cuando importe recortar las expectativas comerciales del contratista. Soto Kloss desarrolla la importancia de no olvidar tal premisa. Sin embargo, reconoce que ello no importa excluir “forzosa y necesariamente” toda aplicación al contrato de normas de derecho privado en cuanto sea compatible con el fin público que persigue. Ello no altera la naturaleza del contrato como acuerdo libre de voluntades que tiene en miras el cumplimiento de lo acordado. Por eso, como expresa el autor, debe buscarse constantemente un equilibrio entre el “poder jurídico” y el “deber jurídico” de la administración (26).

Debe procurarse, entonces, un balance entre la necesidad del Estado de ejercer legítimamente sus facultades —a diferencia de lo que ocurriría entre particulares, en cuyo caso, de pretender alguna de las partes una modificación unilateral, su accionar sería, como regla, ilegítimo— y el derecho del contratista a mantener el equilibrio del contrato.

Esta innegable cercanía entre el contrato de derecho administrativo y el contrato de derecho privado permite afirmar, que en lo que se vincula al contrato en sí —institución de evidente carácter patrimonial— y a los principios generales que lo rigen —como ser los de *pacta sunt servanda*, buena fe, deber de cooperación, lealtad e información (27)—, ante la pre-

(26) El autor aclara que las normas de derecho privado serán aplicables únicamente en lo que se refiera al objeto del contrato y solo en la medida en que no exista una regulación específica para dicho objeto. SOTO KLOSS, Eduardo, “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (A propósito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)”, *Revista de Administración Pública*, nro. 86, Madrid, 1978, ps. 580 y ss.

(27) En el mismo sentido, ver SÁENZ, Jorge A., “La responsabilidad contractual en el derecho público argentino”, en *Responsabilidad del Estado*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 77.

sencia de una laguna normativa el nuevo Cód. Civ. y Com. tendrá un papel similar al que tenía el Código de Vélez Sarsfield hasta la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento. Estamos ante un instituto que integra la unidad general del derecho y como regla el Cód. Civil podrá ser aplicado directamente (28).

En la misma línea la doctrina ha señalado, que el precedente “Dulcamara” indicaría la intención de la Corte de descartar la aplicación exclusivamente analógica del derecho civil en el campo de los contratos, dando lugar a la aplicación directa. Reconoce Sáenz que si bien la Corte admite la aplicación de la legislación civil al ámbito del derecho administrativo (en los casos registrados en Fallos 190:98 y 321:174, según sostiene), exige como recaudo que se efectúen las discriminaciones que resulten impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho público. Sin embargo, continúa diciendo el autor, en posición que comparto, que “...nada indica, en el caso de la responsabilidad nacida por el incumplimiento de obligaciones de fuente contractual y de las demás que he ejemplificado, que haya razones fundadas en el interés público o en la contradicción de los principios del derecho público o del sistema institucional organizado por la Constitución que impongan el desplazamiento o la aplicación analógica y no directa de las normas del Cód. Civil” (29).

Lo expuesto no obstará a que en algunos casos deba recurrirse a la analogía en lugar de a la aplicación directa o subsidiaria del Cód. Civil. Así lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia en algún caso (30). Es más, de estar a lo que surge de la lectura conjunta de los arts. 1º y 10 de LRE y 1764 del nuevo Cód. Civ. y Com., tal será la ineludible solución

(28) Así lo ha entendido alguna jurisprudencia dictada encontrándose ya vigente el nuevo Cód. Civ. y Com. En un fallo del 15/9/2015, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes afirmó que en materia de contratos administrativos el Cód. Civil se aplica de manera *supletoria*. En consecuencia, tuvo en cuenta para resolver la contienda las normas sobre la carga de la prueba en materia de pago vigentes en el nuevo Código (arts. 894 y 896). STJ Corrientes, “Jockey Club Corrientes c. Estado de la Pcia. de Corrientes e Instituto de Lotería y Casinos de Corrientes s/acción contenciosa administrativa”, expte. nro. C12 74151/6.

(29) SÁENZ, Jorge A., “Sistema de responsabilidad...”, cit., p. 418.

(30) Véase, por ejemplo, la causa “Sánchez Granel” donde al momento de establecer el alcance de la indemnización por lucro cesante la Corte Suprema entendió adecuada la aplicación analógica del art. 1638 —hoy 1261— sobre locación de obra, en el que se faculta a los jueces a establecer esa utilidad apreciándola con equidad (Fallos 306:1409).

—que no comparto— de existir lagunas en materia de responsabilidad contractual del Estado (31).

En lo desarrollado hasta ahora cabe concluir que, al igual que ocurrió hasta la sanción del nuevo Código, en materia contractual serán muchas las cuestiones que encontrarán solución en el ordenamiento de fondo, en particular en las normas previstas actualmente en el Libro Tercero —Derechos personales—, Título II, —Contratos en general—, del Cód. Civ. y Com. y, en principio, nada obsta a su aplicación directa o subsidiaria.

Algunas de tales normas, por ser similares a las del anterior ordenamiento, se aplicarán de acuerdo con los análisis e interpretaciones ya realizados. Otras, por ser novedosas, obligan a realizar un detenido estudio a fin de despejar las dudas que presentan. Estas cuestiones son diversas y excedería el alcance de este trabajo abordar todas ellas en profundidad. En consecuencia, por un lado, me propongo analizar en mayor detalle, en los puntos III y IV, respectivamente, la cuestión atinente a la responsabilidad contractual del Estado y la relacionada a la prescripción; y, por el otro, en el punto V se presentarán, de un modo sintético, otras disposiciones del nuevo Cód. Civ. y Com. que impactan en materia de contratos administrativos, que tendrán que ser profundizadas por la doctrina con el correr del tiempo.

III. La responsabilidad contractual en el nuevo Código Civil y Comercial (32)

Antes de la sanción de la LRE, el Cód. Civil era una herramienta de vital importancia en materia de responsabilidad del Estado, tanto contractual como extracontractual. Al no existir un régimen autónomo que regulara los daños que provocaba la administración, era usual que los jueces recurrieran al Código. Sobre dichas disposiciones la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue delineando el sis-

(31) Como se dijo, los arts. 1764 del Cód. Civ. y Com. y 1º de la LRE expresamente prohíben la aplicación directa o subsidiaria del Cód. Civ. y Com.

(32) Para el análisis de este tema y del que se desarrolla en el punto IV siguiente he tomado como base los siguientes trabajos de mi autoría: “Revocación por oportunidad”, *Tratado general...*, t. III, ps. 99-118, “Reflexiones sobre la responsabilidad contractual del Estado a la luz de la nueva Ley de Responsabilidad del Estado”, en prensa, y “La prescripción y los contratos administrativo”, *Revista Código Civil y Comercial, La Ley*, Buenos Aires, marzo 2017, p. 245.

tema de responsabilidad del Estado que rigió en la Argentina hasta el momento de la sanción de la LRE (33).

Con el dictado de esta ley se regula finalmente la responsabilidad del Estado Nacional por el daño que su actividad o inactividad le produzca a los bienes o derechos de las personas y se delimita el rol del Cód. Civil: en adelante no resultará aplicable a la responsabilidad del Estado ni directa ni subsidiariamente. El nuevo Código, a su vez, completa la delimitación de tal rol, en tanto contiene un precepto similar al del art. 1º aunque, con mejor técnica legislativa, aclara que lo que resulta inaplicable a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria son las disposiciones del Capítulo 1 del Título V, “Otras fuentes de las obligaciones” (art. 1764) (34). De esta manera, se reduce el alcance de la limitación a los arts. 1708 a 1780, que integran el capítulo “Responsabilidad civil” (35).

En relación con los contratos administrativos, en el art. 10 de la LRE se establece que la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas y, ante la ausencia de regulación, se aplica dicha ley supletoriamente.

Puede verse así que las normas mencionadas determinan de antemano, ya sea de modo directo o implícito, la técnica de aplicación del Cód. Civil cuando deba cubrirse un vacío normativo: la analogía.

No coincido con la forma en que este tema ha sido resuelto. El modo en que una disposición del Cód. Civ. y Com. se aplique para resolver una cuestión no prevista en el ámbito de otra rama del derecho no puede de-

(33) Sobre este tema véase un análisis de la doctrina judicial relevante en GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, *Suplemento Constitucional*, agosto 2014, nro. 5, La Ley, ps. 35 y ss.

(34) Como Código de fondo, ¿aplica la prohibición a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? ¿Y la Constitución de Santa Fe, que como bien nos recuerda Aberastury, en su art. 18 establece que la responsabilidad del Estado se rige, en lo aplicable, por las normas de derecho común? (ABERASTURY Pedro, “Responsabilidad del Estado: soluciones a la falta de regulación provincial”, *Diario DPI*, nro. 88, 27/10/2015). ¿Qué norma es inconstitucional, el Cód. Civ. y Com. o la Constitución de Santa Fe? Si bien la respuesta a estos interrogantes excede el marco de este trabajo, creo que es importante dejarlos planteados, porque resaltan de algún modo la debilidad de la norma.

(35) El artículo que sigue, 1765, busca completar el esquema normativo que regirá en el ámbito de la responsabilidad del Estado y prevé que “[l]a responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

pender de lo que se estipule genéricamente, sino de la naturaleza de la norma que intente aplicarse y de la medida de la compatibilidad que tengan ambas normas. Como se dijo en la sección anterior, si la norma, aun contenida en el Cód. Civ. y Com., no rige exclusivamente una relación entre particulares (sino que recepta un principio general del derecho o compatible con el derecho administrativo) podrá ser aplicada directa o subsidiariamente (36). Por el contrario, si en el caso concreto la norma contenida en el Código atenta contra la sustancia del área de derecho que intenta completarse, habrá que recurrir a la analogía. Por eso considero que la prohibición absoluta de aplicar el Cód. Civ. y Com. directa o subsidiariamente, prevista en los arts. 1º de la LRE y en el 1764 del Código, carece de fundamento válido. Como señala Cassagne, con razón, más allá del mérito de otras disposiciones de la LRE, "...la exclusión de la aplicación directa y subsidiaria de las normas del Cód. Civ. y Com. aparece como una pauta interpretativa irrazonable y arbitraria..." (37).

Hecha esta introducción, antes de avanzar, cabe destacar otras dos cuestiones que serán guías necesarias para entender la responsabilidad contractual del Estado en este nuevo régimen normativo.

Por un lado, que en la LRE se distinguen dos campos específicos de responsabilidad patrimonial: la contractual y la extracontractual. Esto distingue el régimen de responsabilidad del Estado del régimen de responsabilidad previsto por el derecho común. Recuérdese que en el nuevo Cód. Civ. y Com. se deja de lado la distinción mencionada y se dispone la unificación de ambos regímenes de responsabilidad, de acuerdo con la tendencia que venía promoviendo la doctrina civilista (38). El sendero

(36) Para Cuadros, las normas del Cód. Civil se aplican directamente, ya que la materia de la responsabilidad del Estado no es autónoma, sino que está comprendida dentro del derecho de daños. CUADROS, Oscar A., "¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de código unificado Civil y Comercial", en *elDial.com*, DC1AE2, del 12/7/2013.

(37) CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación...", cit.

(38) En el art. 1716 se establece: "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". La norma recepta la tendencia señalada por un gran número de autores, aunque prestigiosos civilistas, como Borda, han defendido la importancia de diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual, afirmando que son conceptos jurídicos distintos que deben tener una regulación legal diferenciada. BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 96-98. Señala Picasso, en relación con el nuevo art. 1716, que el origen de la unificación del sistema de responsabilidad reside en "[e]l cambio de eje del sistema, de la culpa al daño, y el tránsito de la

escogido para regir en el orden del derecho privado no modifica el elegido por el legislador para el ámbito del derecho público. La LRE debe ser considerada especial (39), en relación con el Código de fondo, amén de que el propio Cód. Civ. y Com., al aislar la responsabilidad del Estado del derecho común, permite reafirmar este enunciado. Si bien no se explican los motivos tenidos en cuenta, la especialidad que reviste la responsabilidad del Estado, en particular la extracontractual por acto lícito, donde se persigue el resguardo del interés de la comunidad y se compensa el sacrificio que ello representa, alientan para algunos, al tratamiento de ambos ámbitos por separado (40).

Partir de la existencia de dos ámbitos diferenciados de responsabilidad es importante para entender el alcance del art. 10 de la LRE. La LRE tiene como objetivo principal, justamente, la regulación de uno de dichos ámbitos: el de la responsabilidad extracontractual.

A esta conclusión puede llegarse tanto a partir de la lectura de su texto como de los debates que la precedieron. En cuanto al texto, si bien, como señala Mairal (41), la ley se refiere expresamente una sola vez a la responsabilidad extracontractual del Estado, en el art. 7º (y, para el caso, una sola vez a la contractual, en el art. 10), lo cierto es que en otras

finalidad de castigar al ofensor a la de resarcir a la víctima de todo daño injustamente sufrido". PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", *Revista Derecho Privado*, año I, nro. 3, Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 39.

(39) La ley general no deroga a la ley especial anterior, salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad (Fallos 305:353, 315:1274 y 328:2829, entre otros).

(40) En igual sentido véase BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. V, ps. 2 y ss.; CASSAGNE Juan Carlos, "Los principios que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación", en *Responsabilidad...*, cit., p. 46; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2000, ps. 148 y ss. Este autor, si bien reconoce que ambos tipos de responsabilidades comparten los mismos principios jurídicos y tienen un fundamento común, destaca que existen diferencias relevantes, haciendo hincapié en los intereses que se juegan en el contrato administrativo. Con una visión diferente, Reiriz, con cita de García de Enterría, y alejándose de la distinción que se elaboró en su momento en el derecho alemán, apoya la tesis de la unificación de todo el sistema de responsabilidad del Estado bajo la noción única de la "lesión resarcible". Esta lesión es aquel daño respecto del cual no hay un deber jurídico de soportarlo porque el Estado carece de título jurídico alguno que lo justifique. REIRIZ, María G., "Responsabilidad..." cit., p. 225.

(41) MAIRAL, Héctor A., "La responsabilidad..." cit. Para el autor la lectura literal no permite llegar a la conclusión que se propone.

normas como los arts. 3º, 4º y 5º lo hace en forma implícita (42), como si fuera evidente el objeto principal que se tuvo en miras al sancionar la norma. En cuanto a los debates, su lectura indica que la discusión se focalizó principalmente en la responsabilidad aquiliana del Estado (43), existiendo incluso una referencia expresa de uno de los representantes del Ministerio de Justicia en el sentido que la responsabilidad contractual quedaba excluida de la LRE, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la norma (44).

Por lo expuesto, cuando se pretenda aplicar una disposición de la LRE a la responsabilidad contractual, más allá de que la propia LRE en su art. 10 establece su aplicación supletoria, no podrá perderse de vista esta distinción para dar adecuado alcance a dicho artículo.

La otra cuestión por aclarar en relación con art. 10 es qué ha de entenderse por *normas específicas*. Entiendo que el legislador utiliza el término en el sentido que tradicionalmente se le da en el campo de los contratos administrativos: bloque de normas que gobierna el contrato. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la “ley de la licitación”, integrada por el pliego, donde se determinan el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, con las notas de aclaración o reserva aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo (45).

En el concepto de *normas específicas* hemos de incluir, entre otras, las normas especiales que rigen en materia contractual, como ser la Ley de Obras Públicas 13.064, el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, dec. 1023/2001, sus normas reglamentarias, el pliego general, especial y el técnico, y hasta el propio contrato firmado por las partes.

Con las precisiones que anteceden pasaré a indagar la relevancia del Cód. Civ. y Com. cuando deba resolverse un caso de responsabilidad contractual del Estado. Para ello, he de distinguir dos supuestos de responsabilidad: el que tiene origen en un incumplimiento liso y llano

(42) Véanse los arts. 3º, 4º y 5º de la LRE que, a mi criterio, solo pueden haber sido pensados para regular la responsabilidad extracontractual del Estado.

(43) El debate tuvo lugar en la sesión de la Cámara de Diputados del 27/11/2013 y en la sesión de la Cámara de Senadores del 2/7/2014.

(44) Véase lo expresado por Patricio Sammartino, según versión taquigráfica de la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado del 17/6/2014 referida a la LRE.

(45) Fallos 181:306; 311:2831 y 331:376, entre otros.

del acuerdo; y el que tiene origen en un acto legítimo del Estado: la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

III.1. La responsabilidad del Estado cuando existe un incumplimiento liso y llano a alguna de las cláusulas del contrato

Cuando nos encontramos en el campo de los contratos, debemos partir de la premisa de que el contrato se celebra para ser cumplido y, en consecuencia, siempre se debe optar por la observancia de la prestación específica pactada. La experiencia muestra que muchas veces el perjudicado por un aparente incumplimiento está presto para transformar el inconveniente en beneficio. Esto se observa con frecuencia en el ámbito del derecho administrativo, olvidando el Estado que el contrato se celebró en pos del interés común, que no debe ser dejado de lado a mitad de camino, y olvidando el particular que es un colaborador de la administración en lo que hace a la concreción de sus fines. De allí que ambas partes deban procurar que el contrato llegue a término y no ampararse en segundas oportunidades para desvirtuar la finalidad inicial del pacto. Ahora bien, cuando una de las partes —en lo que aquí interesa, el Estado— provoque un verdadero incumplimiento, habrá responsabilidad y la consecuencia directa será el cumplimiento forzoso de la obligación; y, cuando ello no sea posible, su cumplimiento por equivalente pecuniario. En este último supuesto, el incumplimiento trae aparejada la conversión de la obligación incumplida en el deber de satisfacer las indemnizaciones correspondientes (46).

Perrino se refiere al supuesto de responsabilidad analizado como un *comportamiento antijurídico* que se traduce en un incumplimiento a una obligación preexistente y que configura una falta contractual (47). Morello explica que la falta de cumplimiento de la prestación debida es suficiente para que el deudor, salvo que pruebe que existe alguna causal de exoneración de responsabilidad, esté obligado a satisfacer el valor in-

(46) MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed. reelaborada, actualizada y ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, ps. 278 y 301 y ss.

(47) PERRINO, Pablo E., "La responsabilidad contractual...", cit., p. 183 y ss. Sáenz señala que en el campo del derecho administrativo el concepto de obligación preexistente va más allá de la obligación convencional. Así, las obligaciones pueden tener su fuente también en actos unilaterales, bilaterales, cuasi cuasicontratos, enriquecimientos sin causa, etc. Todas ellas obligaciones en sentido técnico. A todo incumplimiento vinculado con tales obligaciones se aplica, según el autor, las reglas propias de la responsabilidad contractual. Luego dice que su trabajo se circunscribe a tratar únicamente la relación contractual *stricto sensu*. SÁENZ, Jorge A., "Sistema de responsabilidad...", cit., ps. 401 y ss.

trínseco de lo que se debe, su equivalente pecuniario. Además, deberá reparar los daños y perjuicios propiamente dichos. Se identifican dos pretensiones distintas: el *id quod interest* (prestación del interés) y la indemnización de los daños y perjuicios. Una consecuencia de esta distinción es que no se puede exigir para el *id quod interest* lo que se exige para la indemnización de daños y perjuicios: la prueba de la existencia de los daños. Para reclamar el *id quod interest* basta que exista una obligación que se haya incumplido (48).

¿Cuál es el alcance de la responsabilidad del Estado cuando nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento “liso y llano”? Las normas específicas en materia de contratos del Estado no suelen abordar concretamente esta causal de incumplimiento. Tradicionalmente, se rigió por las normas generales previstas en el Código de fondo sobre incumplimiento de contratos. Sin embargo, ahora, conforme lo dispuesto en el art. 10, ante un vacío en las normas específicas se aplica supletoriamente la LRE y el Cód. Civil pasa a un rol secundario mediante su posible uso a través de la herramienta de la analogía, conforme se vio anteriormente.

Examinemos que nos propone, entonces, la LRE. La ley refiere al alcance de la indemnización en su art. 5°. Allí se establece, en lo relevante, que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante y que la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta las circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

¿Podría aplicarse esta norma supletoriamente a los incumplimientos contractuales como sugiere el art. 10? La respuesta es contundente: no. Se advierte así el primer indicio de la irrazonabilidad del art. 10 de la LRE (49). No puede hacerse aplicación supletoria de la totalidad de la LRE en materia de responsabilidad contractual porque ello importaría la derogación de normas de derecho de fondo que, atento su naturaleza —régimen de las obligaciones y las consecuencias de su incumplimiento— deben ser reguladas de un modo uniforme o como mínimo respetar los principios que establecen las normas de fondo, entre los que

(48) MORELLO, Augusto M., *Indemnización...*, ps. 278 y 301 y ss.

(49) Sobre el art. 10 se ha señalado que la referencia a la aplicación supletoria de la LRE a los contratos de la administración resulta absurda en tanto no puede sostenerse el reenvío legislativo a normas que nada tienen que ver con la responsabilidad del Estado originada en su actividad contractual. CASSAGNE, Juan Carlos, “La aplicación...”, cit.

se incluye el de reparación integral. Esta temática no es de orden local y, en consecuencia, los principios contenidos en dicho Código no pueden ser dejados de lado por un precepto destinado a regular una cuestión de derecho administrativo (50). El art. 5º está destinado, y así lo dice expresamente, a regular la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

Saénz comenta que el art. 10 resulta inútil e inconstitucional y considera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación permite predecir que en un futuro será declarado inconstitucional (51).

Así las cosas, el art. 5º de la LRE, no resulta aplicable; ni supletoriamente, como pareciera sugerir el art. 10, ni analógicamente, en tanto por su carácter restrictivo, no puede considerarse una norma comprensiva de un supuesto de responsabilidad por incumplimiento contractual propiamente dicho ni tampoco que haya un parecido suficiente con lo que esencialmente regula la norma (52).

En estos casos, entonces, el alcance de la responsabilidad se rige, como hasta ahora, por los principios generales aplicables en materia contractual. Como explicaba Marienhoff, el juez deberá tener en cuenta los principios que gobiernan la materia en el derecho civil y deberá procurar que el monto de la indemnización que se establezca restituya al contratista a la situación patrimonial anterior al hecho dañoso.

Ello responde a una mirada objetiva del asunto y no se repara en si el autor obró con dolo o culpa, o si la culpa es leve o grave. Lo que importa es que quien ha sufrido un daño por el incumplimiento del contrato,

(50) Cassagne afirma, refiriéndose al ordenamiento donde deben ubicarse las normas sobre la responsabilidad del Estado en general, que aun cuando tal instituto es propio del derecho administrativo, no existen obstáculos para que la regulación se lleve a cabo en el Cód. Civ. y Com. o a través de una norma general que unifique el sistema de responsabilidad pública. El autor hace hincapié en "...la existencia de un núcleo de instituciones de derecho público de naturaleza nacional o federal" y agrega que incluso razones de conveniencia aconsejan establecer una legislación unitaria sobre la responsabilidad del Estado. CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación...", cit. Con mayor razón el Cód. Civ. y Com. se muestra como el ordenamiento principal en materia contractual cuando la norma de derecho público relevante no traiga una solución adecuada al caso.

(51) SÁENZ, Jorge A., "Sistema de responsabilidad...", cit., ps. 396-397, 411 y 456. Señala el autor que el art. 10 solo podría aplicarse en casos de daños causados por hecho del príncipe y *ius variandi*, materia propia del derecho local.

(52) Como nos recuerda Campolieti, la aplicación analógica del derecho no permite extender el alcance de normas de interpretación restrictiva, como sucede con las excepciones a las normas generales. CAMPOLIETI, Federico, "La aplicación del Código Civil al caso administrativo no previsto", JA 2008-II-659.

sea indemnizado por las consecuencias que derivan de ello (53). En la misma línea, Sáenz afirma que, si la obligación existe y se incumple, todo lo que habrá que demostrar, para tener por configurada la culpa, es el incumplimiento. Podrá haber eximentes, pero deberán probarlos quien los alega. El acreedor no tiene nada que probar, porque en materia contractual, ante el incumplimiento, la culpa se presume (54).

La reparación, al ser plena, incluye el daño emergente y el lucro cesante. Expresa Cassagne que, en principio, todo comportamiento ilegítimo de los órganos del Estado en ejercicio de sus funciones, que provoca un daño, genera la obligación de reparar mediante un acto de restitución. Deben resarcirse integralmente los daños, actuales o futuros, siempre que sean ciertos y no eventuales o hipotéticos, comprendiendo todo perjuicio al patrimonio (55).

Las normas relevantes del Cód. Civ. y Com. se aplicarán, como regla, en forma directa, por tratarse en definitiva del incumplimiento de una obligación contractual, materia comprendida entre las facultades legislativas del Congreso de la Nación, conforme lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la Constitución.

A la reparación del daño contractual hace referencia el art. 1082 del Cód. Civ. y Com., en el que se establece, en lo que ahora interesa, que cuando procede queda sujeta a las siguientes disposiciones: el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en el Capítulo 13, sobre extinción, modificación y adecuación del contrato, en el Título V del Libro Tercero, sobre los derechos personales —otras fuentes de las obligaciones—, y en las disposiciones especiales para cada contrato.

En línea con la tendencia moderna, el nuevo art. 1740 del Cód. Civ. y Com., ubicado en el citado Título V, establece el principio general de reparación plena del que venimos hablando, que se define como la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. Asimismo, dispone el Cód. que la indemnización del daño comprende la pérdida o disminución del patri-

(53) Así lo expresa Borda. El autor recuerda que esta es la posición seguida por el Cód. alemán y por el Cód. Civil brasileño y la tendencia del derecho moderno. BORDA, Guillermo A., *Tratado..., Obligaciones*, cit., t. I, p. 155.

(54) SÁENZ, Jorge A., "Sistema de responsabilidad...", cit., ps. 427-429.

(55) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 492 y, más recientemente, en "El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?", LL 2015-E, 14/9/2015. Véase, asimismo, doctrina que surge del caso "Rodríguez Pereyra", Fallos 326:1204.

monio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances (56).

El principio de reparación plena no debe ser confundido con la obligación de reparar todo tipo de daño que se relacione de algún modo con el incumplimiento. Antes de la sanción del nuevo Código, en virtud de lo dispuesto en el art. 520, el resarcimiento de los daños e intereses solo comprendía los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación. Únicamente se reconocían las consecuencias mediatas si la inejecución de la obligación era maliciosa (57). Hoy el nuevo Código, siguiendo la tendencia doctrinal y jurisprudencial (58), recepta expresamente en el art. 1726 la teoría de la causalidad adecuada al determinar que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño y que, excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (59).

Se agrega en el art. 1728 que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración, con la excepción de los casos en los que media dolo del deudor.

Por lo demás, el daño para ser resarcible debe tratarse de un perjuicio patrimonial cierto y resultante de la lesión a un derecho subjetivo o de un bien protegido por la ley. Si bien el incumplimiento no representa de por sí un daño, es dable suponer que la frustración al no obtener lo acordado genere un daño a la parte perjudicada. En cuanto al lucro cesante, para que proceda es requisito necesario que se haya probado el daño emergente. Pero ello no es suficiente. Al admitir la procedencia del lucro cesante se reconoce la posibilidad de que la parte perjudicada con el incumplimiento contractual pueda recuperar aquello que en concreto

(56) Art. 1738 del Cód. Civ. y Com. Se agrega en la norma que la indemnización incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica y sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

(57) Art. 521 del Cód. Civil anterior.

(58) PICASSO, Sebastián, "La unificación...", cit., ps. 61 y ss.

(59) En palabras de Borda, se debe responder por aquellos daños que razonablemente se pueden imputar al autor del hecho, teniendo en cuenta lo que ordinariamente ocurre en la vida y en los negocios. Véase BORDA, Guillermo A., *Tratado..., Obligaciones*, cit., t. I, p. 155.

dejó de ingresar a su patrimonio. No se trata de admitir una posibilidad en abstracto de obtener mayores ganancias, sino una posibilidad objetiva, demostrable —aunque no puede exigirse una demostración “científica”—, de que tales ganancias se hubieran obtenido de no frustrarse la finalidad perseguida en el acuerdo.

La pauta de valoración de conducta que incorpora el art. 1725 será pilar fundamental al momento de fijar la indemnización por el incumplimiento. Como dice la norma, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente. Este principio es de vital importancia en los contratos celebrados por el Estado. Desde la perspectiva de la administración, porque atento su carácter de guardiana máxima del interés público y su permanente rol de contratante —con el consiguiente conocimiento adquirido en la materia—, tal conducta resulta ineludible. Desde la de los contratistas, porque si bien podrá haber alguna excepción, suelen ser oferentes recurrentes, versados en los servicios u obras que normalmente contrata el gobierno, con lo cual ampararse en el desconocimiento de sus obligaciones no será tarea sencilla. De allí que en general se exigirá a las partes máxima diligencia en su obrar.

Antes de concluir, cabe recordar lo obvio: para poder hablar de responsabilidad por incumplimiento contractual el contrato celebrado debe ser válido (60). De lo contrario, la parte que se considere afectada podrá intentar fundar su caso, pero para hacerlo no podrá recurrir a las normas comentadas. Respecto de esta cuestión, el Cód. Civ. y Com. —que, como se dijo, debe ser tenido en cuenta ante vacíos normativos— trae algunas novedades al regular ahora en forma sistemática el enriquecimiento ilícito que antes se construía sobre principios generales o alusiones aisladas (61). Esta figura es muchas veces invocada subsidiariamente por

(60) Si el contrato no es válido, por carecer, por ejemplo, de las formalidades legales —posibilidad bastante frecuente en el ámbito de las contrataciones del Estado—, podrá haber responsabilidad del Estado, pero esta no será contractual. Véase, al respecto, SEIJAS, Gabriela, “La responsabilidad precontractual de la administración pública”, RDA, 2002-361, Buenos Aires, Lexis Nexis - Depalma, 2002, ps. 361-392.

(61) Como recuerda Borda, Vélez Sarsfield, siguiendo la técnica del Cód. francés, no previó expresamente el principio general de que nadie puede enriquecerse a merced de otro; aunque el tratadista reconoce que la institución tuvo acogida en diversos artículos del Cód. Civil (ej.: arts. 784 y su nota; 499, 734 y 1165, entre otros). BORDA, Guillermo A., *Tratado..., Obligaciones*, cit., t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 593-594. Con el nuevo Cód. Civ. y Com. se sistematizó la figura del enriquecimiento sin causa: “Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su

quienes pretenden haber sido contratistas del Estado, pero no cuentan con un acuerdo válido.

III.2. Por otro parte, encontramos el supuesto en el que el Estado responde frente a situaciones que, aun presentándose en el marco de un contrato, encuentran su origen en un acto legítimo. Un ejemplo de este supuesto, sobre el que nos concentraremos en este trabajo, es la revocación de un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

La facultad de revocar un contrato por las razones antes indicadas es una prerrogativa irrenunciable de la administración que se debe ejercer sin perder de vista el principio de conservación del contrato. Explica Mosset Iturraspe que ese principio "...es mucho más que un mero criterio de interpretación: es, básicamente, el respeto a lo querido por los celebrantes al contratar; busca llegar a resultados negociales positivos y evitar las frustraciones que acarrearán los fracasos negociales; si el contrato se encuentra en 'función social', como afirma el reciente Código del Brasil, pretende alcanzar dicha función y no dejarla de lado (...). Toda la doctrina destaca su rol y ensalza la función que cumple en la vida negocial" (62). Aplicado al campo de los contratos de derecho público, podemos decir que lo querido por el Estado es inescindible del bien común que se persigue, finalidad infaltable en todo contrato que celebra la administración.

Ahora bien, si las circunstancias así lo imponen, es innegable que el Estado podrá revocar un contrato. Para la mayoría de los autores en estos casos se dispara la responsabilidad extracontractual de la administración, ya que el acto es legítimo y no hay actuación contractual propiamente dicha (63).

Si bien tal afirmación es correcta, lo cierto es que la situación se presenta en el marco de un contrato e impacta sobre él. Así, más allá de la indiscutible facultad del Estado de revocar el acuerdo contraído y del conocimiento de la contraparte de la existencia de tal prerrogativa, existen obligaciones preexistentes que las partes tienen, por un lado, el objeto

patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda" (art. 1794).

(62) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "La excesiva onerosidad sobreviniente y la acción autónoma de revisión", LL 2006-A-647.

(63) Cassagne destaca que muchas veces el daño proviene del hecho de una persona pública estatal distinta de la que celebró el contrato, sin perjuicio de provocar el incumplimiento del contrato por parte de la persona pública que lo celebró. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 493.

de honrar y, por el otro, la expectativa de verlas cumplidas. Por ello, si el Estado necesita terminar con el contrato podrá hacerlo, pero deberá indemnizar al contratista que salga perjudicado.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de tal indemnización? Si ubicamos el caso en el capítulo de la responsabilidad extracontractual por acto lícito, en virtud de lo dispuesto en el renombrado art. 10 de la LRE, ante la ausencia de norma específica —como ocurre, por ejemplo, en la ley que regula la obra pública nacional—, ¿qué solución corresponde dar al alcance de la responsabilidad? ¿Aplica lo dispuesto en el art. 5º de la ley? ¿O puede argumentarse que la indemnización se fija de acuerdo con el Cód. Civ. y Com.?

En rigor, el contenido del art. 5º de la LRE —en lo relevante: la referencia a la improcedencia del lucro cesante— no es ajeno al derecho de los contratos del Estado. En lo que hace a la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, ya el dec. 1023/2001 instaló la regla para una serie de contratos, entre los que se encuentra el contrato de obra pública (64). En ese sentido, su art. 12 excluye la indemnización por lucro cesante (65).

¿Son constitucionales estas disposiciones que dejan de lado el principio de responsabilidad integral, antes aludido? Sobre este asunto no existe acuerdo en doctrina (66). Entre quienes consideran que la repa-

(64) Entre los contratos comprendidos en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, según el art. 4º del decreto, se encuentra el de obra pública. También el art. 35 establece que las disposiciones del Título I —que comprende al art. 12 del dec. 1023/2001— serán aplicadas a los contratos de obras públicas, en tanto no se opongan a sus prescripciones. Sin embargo, se genera cierta confusión con el dictado del dec. 893/2012, reglamentario del dec. 1023/2001, en cuyo art. 3º se considera excluidos de dicho Reglamento a los contratos de obras públicas.

(65) Véanse art. 12, inc. b).

(66) La discusión sobre este asunto es muy anterior a la sanción de la LRE. Hay quienes afirman que la indemnización debe ser plena. Entre ellos: AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho, Buenos Aires, 2006, ps. 187 y ss.; BARRA, Rodolfo, “Responsabilidad del estado por revocación unilateral de sus actos y contratos”, ED 122-589; BIANCHI, Alberto B., “Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado, nota al fallo ‘Sánchez Granel’”, en ED 111-551; CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato...*, cit., p. 158; MAIRAL, Héctor A., “La responsabilidad...”, cit.; PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad contractual...”, cit., p. 196 y “La regulación...”, cit., p. 344.; TAWIL, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad lícita”, en *Responsabilidad...*, cit., ps. 242 y ss. Aberastury señala que el concepto amplio de responsabilidad ha sido también receptado por la Corte Interamericana de Derechos

ración debe ser integral, se hace especial hincapié en el principio de indemnización plena fundado en los arts. 14 y 17 (67). En cuanto a la jurisprudencia, hasta el momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, como ocurrió en el caso “Sánchez Granel”, la indemnización integral en los casos de revocación de un contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia (68). Se tiene particularmente en cuenta, en el caso mencionado, que no existe una norma que, en materia de obras públicas, regule específicamente el caso, a diferencia de lo que ocurre en materia de expropiación.

Entonces, ahora que *habría norma* que reafirma la imposibilidad de reclamar el lucro cesante —el art. 5º de la LRE, que, además, abarca casos que van más allá de los de revocación por oportunidad, mérito y conveniencia— ¿no rige más la doctrina del conocido fallo? Entiendo que dicha doctrina resulta todavía aplicable. Recuérdense que al decidir “Sánchez Granel” la Corte tuvo en cuenta no solo la falta de disposición, sino la imposibilidad de aplicar normas, como la ley de expropiación, porque en tal caso la limitación a la responsabilidad se funda en disposición expresa y para el caso concreto dispuesta por el Poder Legislativo. ¿Podrá ser considerada constitucional, entonces, una previsión que de modo genérico restrinja el alcance de la responsabilidad del Estado frente a de-

Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, ABERASTURY, Pedro, “La Nueva Ley de Responsabilidad del Estado”, *Revista Anales de Legislación Argentina*, La Ley, p. 28. En sentido contrario, véase: Comadira, quien entiende que “[l]a tutela que la Constitución Nacional confiere, genéricamente, al derecho de propiedad, no es, suficiente, en nuestra opinión, para extraer del art. 17 de su texto una presunta obligación de reparación *integral* en cualquier supuesto de responsabilidad por daño incluyendo, en la cuestión en estudio, no solo el daño emergente sino, también, el lucro cesante”. El autor reconoce que la Corte le da amplia protección al derecho de propiedad, aunque dirá que esa amplitud se refiere al *elenco de derechos* protegidos y no a la amplitud de la indemnización (COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 436 y ss.); y HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en *Contratos administrativos* (Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral), Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 535 y ss., entre otros.

(67) La doctrina funda el alcance amplio de la indemnización, en los casos de responsabilidad por acto lícito, en los arts. 14, 16, 17, 19, 28 y 116 de la CN. TAWIL, Guido S., “El alcance...”, cit., p. 243. Para Cassagne tal fundamento no puede ubicarse en el precepto del art. 19 de nuestra Constitución, ya que la norma no da un criterio preciso que permita arribar a esa conclusión. El autor encuentra el fundamento constitucional de la indemnización amplia en la Convención Americana de Derechos Humanos, fuente jurídica directa con jerarquía constitucional, que prescribe el principio de “justa indemnización”. Véase CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio general...”, cit.

(68) Fallos 306:1409.

rechos adquiridos? ¿No gozan estos derechos de una protección similar a la prevista en el art. 17 de la Constitución para el caso de la expropiación?

En un artículo publicado recientemente, Cassagne destaca que el tema de la responsabilidad del Estado no puede separarse de la teoría de la justicia. Señala el profesor que, si bien pueden existir relaciones de justicia distributiva tanto en el campo del derecho público como privado, ello no puede desnaturalizar la justicia conmutativa, tanto en lo que hace a la responsabilidad contractual como extracontractual, cuando se configura un daño o incumplimiento singularizado o un sacrificio especial por una actividad legítima y voluntaria del Estado. Siguiendo a Cassagne, cabe afirmar que, en estos casos, le corresponde al Estado restituir a la persona damnificada a la situación en que se encontraba antes del acto dañoso. En estos supuestos, la indemnización, para ser justa, debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante sin que altere tal conclusión la naturaleza contractual o extracontractual, legítima o ilegítima, de la actividad del Estado. De allí que no pueda aceptarse la constitucionalidad de la norma (69).

Como ha expresado la Corte Suprema, la indemnización justa no se logra si no es integral (70). La exclusión del lucro cesante, prevista en el art. 5º de la LRE, atenta contra este principio. No hay que olvidar que los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad de las partes contratantes, afirmación contenida hoy expresamente en el art. 965 del Cód. Civ. y Com. Para el Máximo Tribunal los contratos integran el derecho de propiedad. En consecuencia, "...toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. '(...) Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo' (Fallos 145:307; Fallos 172:21, disidencia del juez Repetto)" (71).

(69) Para un mayor desarrollo de su posición véase CASSAGNE, Juan Carlos, "El principio general..." cit. El autor explica que no puede interpretarse que la dupla justicia distributiva-justicia conmutativa sea correlativa a la dupla derecho público-derecho privado. Objetan también la validez del art. 5º, entre otros, GELLI, María Angélica, en "Lectura..." cit., p. 40; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, cit., t. 2, p. XIX, ps. 6-8, quien también considera inconstitucional la norma, con especial referencia a la responsabilidad de los funcionarios públicos; y PERRINO, Pablo E., "La regulación..." cit., p. 344.

(70) Fallos 326:1204, entre otros.

(71) El principio de la inviolabilidad de la propiedad asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes

El reconocimiento de una indemnización integral en estos supuestos en modo alguno importa otorgar un crédito ilimitado para el contratista ni conferirle una ventaja indebida. Implica simplemente reconocerle lo que en justicia le corresponde. Recuérdese que, en la práctica, si bien la Corte Suprema ha reconocido el lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por acto legítimo, no son tantas las veces en que se logra cobrar el rubro o se lo cobra con el alcance pretendido (72). Es que quien reclama debe acreditar “...los daños solicitados en concepto de lucro cesante, con el grado de certeza necesario para que proceda su reparación (Fallos 311:2683; 312:316, entre otros) (...). Y si no logra cumplir con esa carga mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su reclamo sea denegado” (73).

Sin embargo, comprobado el daño, no se identifican razones de orden constitucional ni social que autoricen a no colocar a la parte perjudicada en el lugar que tendría que estar de no haber ocurrido el acontecimiento que provocó el daño. Si la medida se toma en pos del interés público, dicho público —representado por el Estado— debe estar conteste con subsanar el daño que se provoque. En este sentido, no basta que el damnificado se beneficie también con la medida, como integrante de la comunidad en general, por cuanto ello no será suficiente para compensar el daño sufrido por él. Esta es la solución que mejor se ajusta a las garantías que deben primar en un Estado de derecho.

No basta, para argumentar que el contratista del Estado no puede reclamar una indemnización integral cuando se altera lo convenido, que el contratista no haya objetado las previsiones que limitan la responsabilidad del Estado, al momento de firmar el contrato. La libertad de discutir estas cuestiones que tiene el contratista en la etapa previa a la oferta es ciertamente muy poca. Efectuar una reserva cuestionado las normas que limitan el alcance de la responsabilidad posiblemente derivaría en su exclusión como posible adjudicatario.

Mairal considera que el problema que puede plantear el art. 10, al imponer la aplicación supletoria de la LRE “ante la ausencia de normas específicas” —en el caso, de su art. 5º— puede sortearse estipulando las partes en el contrato a celebrarse la aplicación de normas distintas a la

de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones. Así lo dijo la Corte Suprema en la causa “Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Capital” (Fallos 145:307). Véase, asimismo, Fallos 329:5913, en particular voto del Dr. Lorenzetti.

(72) Fallos 332:2801; 332:1367; 328:2654, entre otros.

(73) Fallos 332:2801.

LRE. Al estar comprendido el contrato entre dichas normas específicas, en su criterio nada obstaría a ello. Así, las partes podrían pactar la aplicación del Cód. Civ. y Com. e, incluso, ir más allá y acordar expresamente la inaplicabilidad de determinada norma, como ser el art. 12, inc. b), del dec. 1023/2001, donde se prevé la exclusión del lucro cesante cuando se revoca un contrato por razones de oportunidad (74).

Más allá de reconocer que de esta manera se escaparía a gran parte del problema, la solución no termina de convencer por cuanto deja al arbitrio de cada funcionario a cargo de la celebración de un contrato la facultad de fijar cláusulas para cada caso. Esto puede llevar a que se den importantes desigualdades entre los contratistas del Estado quienes, según con que repartición contraten, podrán ver retaceado el alcance de la indemnización que les corresponde.

En síntesis, si el Estado necesita terminar con un contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia podrá hacerlo, pero deberá indemnizar plenamente al contratista que salga perjudicado. Esta premisa será un límite para quienes tengan a su cargo la marcha del aparato administrativo. El Estado no opera a través de dioses intachables que persiguen el interés común sin errores ni mezquindades. En este sentido, parecen indicadas las palabras de Hamilton, citadas por Ariño Ortiz, que humanizan de algún modo la naturaleza del Gobierno cuando se trata de analizar su figura en el marco de una relación contractual: “Cuando un gobierno entra en un contrato con un individuo, depone, por lo que al contrato se refiere, su autoridad constitucional y cambia su carácter de legislador por el de persona moral, con los mismos derechos y obligaciones que cualquier individuo. Sus promesas deben, en justicia, ser exceptuadas de su poder para dictar normas” (75).

(74) Véase Mairal. Para afirmar que el contrato integra las normas específicas, el autor tiene en cuenta lo que surge del debate parlamentario. Expresa: “Según un legislador, las ‘normas específicas’ que se aplicarían a los contratos del Estado serían las incluidas expresamente o por remisión en el contrato en cuestión. Para otro, serían las leyes de derecho administrativo aplicables, o sea, en nuestra interpretación, la Ley de Obras Públicas, con su régimen especial sobre la fuerza mayor, o el dec. 1023/2001, con su desorbitado (más que exorbitante) régimen que exagera las prerrogativas estatales tomadas del derecho francés. (...) En realidad, dado el carácter supletorio de la LRE, pueden considerarse ‘normas específicas’ tanto las cláusulas contractuales como la legislación administrativa aplicable”. Véase MAIRAL, Héctor A., *La responsabilidad*, cit.

(75) ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje a Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot, España, ps. 867 y ss.

Hay que saber reconocer los signos de los tiempos. La realidad demuestra en más de un caso la falta de profesionalismo, seriedad y ética de algunos de los que tienen a su cargo el giro de la administración. En este esquema ayudan las reglas claras y equitativas en materia de contratos, para la concreción de los fines perseguidos (76). El contratista no se somete al Estado; lo que no significa ignorar su obligación de colaboración y la importancia que ello va a tener al momento de evaluar la indemnización que corresponda en caso de que el estado deba ejercer sus prerrogativas exorbitantes.

Por ello, entiendo que el art. 5º de la LRE no resulta aplicable cuando se rescinda un contrato por razones oportuna (77), lo que nos lleva nuevamente a afirmar que los principios que deben regir tal supuesto son los contenidos en el Cód. Civ. y Com. De allí que, como señala Tawil, no hemos de sorprendernos si en unos años el régimen de responsabilidad del Estado se asemeja en importante medida al regulado en el Libro I, Título V, Capítulo I del Cód. Civ. y Com. del que justamente la LRE hoy vigente intenta apartarse (78).

IV. La prescripción y los contratos administrativos a la luz del nuevo Código Civil y Comercial

Otro punto que despierta especial interés cuando se examina el impacto del nuevo Cód. Civ. y Com. en materia contractual es la prescripción.

La prescripción ha sido entendida por la jurisprudencia como materia propia de la legislación común por integrar un instituto general del

(76) No puede soslayarse, de cara a la globalización —cada vez más instalada a nivel internacional—, el hecho de que las normas que rigen los contratos administrativos se han ido unificando, buscándose reglas claras y comunes que permitan acercar las diferencias normativas de cada país. Como señala Aguilar Valdez, al ubicarse la contratación pública en el campo del comercio internacional, la armonización de las distintas regulaciones es inevitable. Destaca el autor que la pérdida de relevancia del derecho público interno parecería compensarse con la existencia de un derecho global construido sobre principios generales y comunes que incluso se van plasmando en los regímenes de contratación pública nacionales. Cfr. AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas”, RDA, Número Especial 75, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, enero-marzo 2011, ps. 12 y 30.

(77) Excede el marco de este trabajo el análisis de la constitucionalidad de dicha norma de cara a la responsabilidad del Estado por actividad legítima en aquellos casos en que no nos encontramos en presencia de un contrato.

(78) TAWIL, Guido S., “Exigibilidad...”, cit.

derecho. En tanto es un modo de extinción de las obligaciones, se ha dicho que debe estar regulada en el Código de fondo (79) sin que la presencia de un órgano estatal sea suficiente para modificar esta conclusión. Ello, sin perjuicio de la facultad reconocida al Congreso de la Nación de regular este instituto mediante normas federales (80).

En consonancia con ello, en el campo de los contratos administrativos la prescripción de la acción para demandar por incumplimiento de contrato y por los daños que pudieran derivar de un incumplimiento, se rigió históricamente por las normas de fondo. Al igual que acontecía con los contratos en el derecho privado, al no existir una disposición que regulara expresamente el caso, se aplicaba el plazo genérico de diez años previsto en el, entonces, art. 4023 del Cód. Civil (81).

La temática fue tratada en su momento por el Máximo Tribunal. Así lo sentenció en la causa “Metalmecánica” al reconocer la existencia de dos campos diferenciados en materia de responsabilidad, el contractual y el extracontractual, enfatizándose la importancia de establecer si la acción de daños y perjuicios que se promueve se origina en responsabilidad del Estado de uno u otro tipo. En el primer caso, sería de aplicación el plazo general de diez años, en tanto en el segundo el plazo de un año regulado en el art. 4037, antes de la reforma de 1968 (82). En ese pronunciamiento, la Corte fue contundente al expresar que “...solo basta comprobar que se está ante una acción de daños y perjuicios que tiene su causa eficiente y generadora en un acto jurídico bilateral en el incumplimiento que se atribuye al Estado de obligaciones contraídas, para encuadrar el caso en el art. 4023 del Cód. Civil”.

Con el dictado del nuevo Código se presentan diversos interrogantes que en la actualidad ya, prácticamente, no eran objeto de debate. Si empezamos por lo más simple, se advierte que el plazo genérico de diez años ha sido hoy reducido a cinco, al menos como regla (83). Hasta acá advertimos cierto impacto, aunque, de cara a otros problemas que se verán a continuación, no parecería ser el de mayor peso.

(79) Fallos 326:3899 y 332:616, entre otros.

(80) Véase doctrina de Fallos 326:3899, entre otros.

(81) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 493.

(82) Fallos 296:672.

(83) Digo “como regla” pues el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. fija ese plazo genérico “excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

Por lo pronto, como se adelantó, en el nuevo Código la responsabilidad se ha unificado y, por ende, cuando se trate de determinar el plazo de la acción para reclamar daños, ya no encontraremos dos campos de responsabilidad distintos: según el art. 2561 la responsabilidad por daños y perjuicios —sean estos contractuales o extracontractuales— es de tres años. Este es el primer cambio importante. En síntesis, el plazo genérico pasó de diez a cinco años y, si se trata de reclamar daños y perjuicios, aun encontrándonos en el marco de un contrato, rige el plazo de tres años.

Claro que, si estamos en el ámbito de los contratos administrativos, todo este análisis carecería de relevancia a partir de lo dispuesto en el art. 7° de la LRE que, como se vio, leído en consonancia con los arts. 1° y 10 de esa ley, podría decirse que resulta aplicable a los contratos que celebra el Estado. El art. 7° de la LRE establece un plazo de tres años para el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad extracontractual. ¿Es aplicable esta norma en forma supletoria en materia contractual?

Ya se dijo que en materia de responsabilidad del Estado el legislador ha optado por no unificar el campo contractual y el extracontractual. (84) Como consecuencia de esta definición, podría afirmarse que el art. 7° habrá ser considerado válido para las acciones de daños extracontractuales —objeto principal de la LRE—, pero no las contractuales, que se regirán, como hasta ahora, por el Cód. Civil.

Más allá del interés que pueda despertar esta discusión, lo cierto es que resulta ociosa, justamente por lo mismo que acabamos de decir: en el nuevo Cód. Civ. y Com. no hay diferencia entre ambos campos de responsabilidad y, en línea con ello, la acción para reclamar daños prescribe siempre a los tres años, según se establece en el art. 2561. Ya no podremos intentar buscar la solución para estos casos en el plazo genérico de prescripción. Justamente la doctrina destaca la especial relevancia de la unificación en lo que respecta a la prescripción liberatoria, que a partir del nuevo Código tiene, como regla, ese plazo común.

(84) Nótese que la Ley de Responsabilidad de la Provincia de Chubut —que es prácticamente idéntica a la LRE— aclara expresamente que el plazo de prescripción de tres años que rige en los supuestos de responsabilidad extracontractual también resulta aplicable en los de responsabilidad contractual (arts. 7° y 8° de la ley 560, BO nro. 12.254). Más allá de lo cuestionable que pueda resultar esta ley, por regular cuestiones atinentes a la prescripción, lo cierto es que se hace cargo de la necesidad de hacer esta aclaración, atento el marco específico de aplicación del art. 7° a los casos de responsabilidad extracontractual.

Mediante un análisis rebuscado podría argumentarse que no puede aplicarse esta disposición del Código directamente, por la falta de pertinencia de dicho régimen al de responsabilidad del Estado marcado en la LRE, que en lo que aquí interesa distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual. De ser así podría afirmarse que en materia de contratos sigue rigiendo el plazo genérico que hoy se encuentra estipulado en cinco años. Ya no sería por aplicación del art. 2561 sino del 2560 (85).

Sin embargo, no creo que esta sea una interpretación coherente con lo expresado hasta ahora. Por ello, una mirada conservadora del asunto obligará a considerar que, en materia de reclamos por daños provocados por el Estado, se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, el plazo de prescripción que rige es el de tres años (86), el que comenzará a correr a partir de la exteriorización del hecho que produjo el daño o a partir del momento en que el damnificado debió razonablemente conocerlo.

Ahora bien, tal conclusión, válida para el caso de reclamos contra el Estado por *daños* causados por incumplimiento del Estado no puede re-

(85) Art. 2560: "Plazo genérico: El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local". Este artículo despierta una nueva preocupación, en tanto dispone como plazo genérico cinco años, *excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local*. La norma ha sido criticada por la doctrina al señalar que existe un conflicto de índole constitucional, ya que si la determinación de los plazos de prescripción fue delegada a la Nación una ley no puede modificar tal circunstancia ni siquiera mediante un Código. También se recuerda que la solución normativa propuesta contradice la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de la Nación (LORENZETTI, Ricardo L. *Código...*, cit., t. XI, P. 350, comentario al art. 2560). Otros autores, en la misma línea, entienden que esta modificación no es constitucional por cuanto el plazo no puede ser considerado, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una *modalidad de detalle*. En este sentido véase CIFRÉ, Juan Pablo, "Breves reflexiones sobre la relación de la prescripción con el derecho tributario (y público) local y el Estado de la cuestión luego de la sanción de Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho Público*, 2015-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 346.

(86) Así lo entiende García Moritán, para quien el plazo de prescripción aplicable para demandar al Estado por responsabilidad contractual es de tres años. GARCÍA MORITÁN, Patricio, "El derecho transitorio aplicable a las prescripciones en curso frente a la nueva ley de responsabilidad del Estado", en *Revista de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, nro. 97, Buenos Aires. En sentido contrario parecería expresarse Sáenz, quien afirma que la acción de daños y perjuicios contra el Estado por incumplimiento de una obligación preexistente prescribe en el plazo de diez años contemplado en el art. 4023 del Cód. Civil. Si bien es cierto que esta afirmación se realizó con anterioridad a la reforma del Código, ya se encontraba vigente la LRE que dispone un plazo de tres años. SÁENZ, Jorge A., "Sistema de responsabilidad...", cit., p. 432.

plicarse si lo que se encuentra en juego es el plazo para reclamar *el valor de la prestación pactada*. Así lo sostiene la doctrina y señala que para reclamar el valor de la prestación el interesado cuenta con el plazo genérico de cinco años, en tanto el plazo que rige para reclamar los daños es de tres años (87).

No es posible terminar este capítulo sin preguntarse qué ocurre en materia de prescripción en el caso de las provincias. ¿Por qué normas se rige la prescripción en materia de responsabilidad del Estado? ¿Pueden dictar normas y establecer sus propios plazos, como lo hizo el Congreso para el caso del Estado Nacional?

Para la Corte Suprema, el instituto de la prescripción se encuentra sujeto a legislación de fondo atento su carácter de instituto general de derecho y en virtud de la delegación hecha por las provincias al gobierno federal respecto de la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores (88). Téngase en cuenta que esta doctrina ha sido establecida en casos donde el asunto de la prescripción se planteó en torno a un tema de recaudación tributaria, cuya naturaleza local es indiscutible y donde la relación entre el sistema tributario y su exigibilidad es innegable (89). Si bien esta doctrina fue objetada en algunas jurisdicciones locales —como ser en la Ciudad de Buenos Aires—, lo cierto es que la jurisprudencia finalmente aceptó la jerarquía de la Corte Suprema de la Nación dentro de nuestra organización judicial y ajustó sus decisiones a las del Máximo Tribunal (90).

A partir de la sanción del nuevo Cód. Civ. y Com. se evidencia un golpe de timón en la materia, lo que obliga a los navegantes a recalcular

(87) Picasso sintetiza el tema del siguiente modo: “Así, no cabe duda de que en el Proyecto existe un régimen diferenciado para el reclamo del valor de la prestación, o *aestimatio rei* (que se rige por las normas del cumplimiento forzado), y el de los mayores daños sufridos al margen de aquel (*id quod interest*). Por consiguiente, la acción para reclamar el valor de la prestación prescribe —al igual que la pretensión de cumplimiento forzado específico— en el plazo genérico de cinco años del art. 2560, mientras que la dirigida a la indemnización de los mayores daños se rige por el art. 2561, y prescribe, por ende, a los tres años.” PICASSO, Sebastián, “La unificación...”, cit., ps. 80-81.

(88) Fallos 326:3899.

(89) Fallos 326:3899 y 332:616, entre otros.

(90) TSJ Ciudad de Buenos Aires, “Sociedad Italiana de Beneficencia s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. DGR (res. 1181/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, CFCBA)”, expte. nro. 2192/0317/11/2003, entre otros.

el rumbo (91). En lo relevante, mediante el art. 2532 se faculta a las legislaciones locales a regular la prescripción liberatoria en lo que respecta al plazo de tributos. ¿Considerará constitucional la Corte Suprema esta norma? ¿Se ajusta su contenido a los principios tenidos en cuenta en “Filcrosa” y en jurisprudencia posterior? Excede el ámbito de este trabajo profundizar sobre estos aspectos, pero no puedo dejar de advertir que los principios tenidos en cuenta en su momento son de orden constitucional, con lo cual se presenta como una gran incógnita lo que pueda resolverse (92).

En todo caso, la literalidad del art. 2532, interpretada de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia antes mencionada, impide incluir en el precepto la facultad de las legislaciones locales de regular la prescripción más allá de lo que hace a cuestiones tributarias. Es decir, y en lo que aquí interesa, las jurisdicciones locales no podrían establecer plazos de prescripción para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad excepto cuando el plazo que se establezca no se contradiga con la legislación de fondo. Recuérdese que la jurisprudencia ha admitido que la jurisdicción local fije los plazos bajo esta condición (93).

(91) De hecho, a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. comenzamos a ver una nueva tendencia jurisprudencial en los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. Así, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ya interpretó la norma y entendió nuevamente aplicable la doctrina de “Sociedad Italiana de Beneficencia”, al que se hace referencia en la nota precedente. TSJ, “Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c. GCBA s/otras demandas contra la Aut. Adm. s/rec. inconst. concedido”, expte. nro. 11148/14, 23/10/2015.

(92) Arts. 31, 75, inc. 12, y 126 de la CN. Se ha destacado al comentar el art. 2532, en la obra dirigida por uno de los actuales integrante del Máximo Tribunal, lo altamente polémica que es la modificación regulada en esta norma por cuanto tanto parte de la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema consideran que la prescripción integra la temática del régimen obligacional y, por lo tanto, solo puede ser reglada por el derecho de fondo. LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. XI, p. 227, comentario al art. 2532.

(93) Doctrina de Fallos 320:1344; véase, asimismo, disidencia de los Dres. Maqueda y Petracchi en “Filcrosa”, quienes consideran que no puede objetarse la regulación local en materia de plazos de prescripción cuando los plazos se ajustan a las leyes nacionales y, en consecuencia, no exceden los plazos por ellas fijados por cuanto “... el propósito constitucional de subordinar las autonomías provinciales a la legislación nacional uniforme (...) puede considerarse cumplido...” (Fallos 326:3899). De acuerdo con ello, el art. 7º de la Ley de Responsabilidad de la Provincia de Chubut (ley 560 cit.), por el que se establece que el plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años, podría considerarse válido.

V. Otras cuestiones de interés que presenta el nuevo Código en relación con los contratos administrativos

Antes de concluir me propongo dejar planteadas, mediante un breve esbozo, algunas novedades que trae el Cód. Civ. y Com. que tendrán también su repercusión en la materia que nos ocupa y que oportunamente deberán ser objeto de un mayor análisis.

V.1. Interpretación de los contratos

Como cuestión general, vemos que, a partir del art. 1061, se incorporan expresamente una serie de normas para la interpretación del contrato. En referencia a esto se ha señalado que “[c]omo consecuencia de la unificación de las legislaciones civil y comercial, el nuevo Código incorpora en este capítulo una cantidad de reglas universales, muchas de ellas reflejadas en los citados artículos del Cód. Com. y ampliamente difundidas y aplicadas por la doctrina y la jurisprudencia” (94). Estas reglas, muchas ya establecidas por la jurisprudencia administrativista, incluyen como pauta de interpretación la intención común de las partes, el uso general dado a las palabras empleadas en el contrato, el contexto, las fuentes de interpretación, el principio de conservación de contrato y la protección de la confianza. Sin duda traerán mayor luz al momento de interpretar los acuerdos que celebre el Estado.

V.2. Los contratos de larga duración

Cabe resaltar la inclusión de la figura del contrato de larga duración en el art. 1011 (95) que, a quienes nos movemos en las aguas del derecho administrativo, nos remite inmediatamente a la figura del contrato de concesión, especie de contrato prácticamente infaltable cuando se trata de la prestación de un servicio público. La norma menciona, en lo relevante, que la parte que decide la rescisión de este tipo de acuerdos debe

(94) CAMPANELLA, Elena, “Contratos en general”, en CAMPANELLA, Elena y otros, *Código Civil y Comercial*, Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 66.

(95) Art. 1011.— Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

Hay quienes critican este artículo por entender que contradice otras normas del Código —en particular aquellas que reafirman la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de lo acordado, la buena fe y la seguridad jurídica— y destacan la importancia que tendrá la interpretación que le dé la justicia (96).

Ahora bien, de no haber una regulación expresa en otro sentido, ¿aplicará esta regla a los contratos que firme el Estado? ¿Puede el contratista exigir este beneficio cuando el Estado pretenda, por ejemplo, la revocación de un contrato invocando razones de oportunidad, mérito y conveniencia? Lo que la disposición busca es impedir la rescisión abusiva, por lo cual cabría decirse, *prima facie*, que en los casos de revocación por causa legítima no podría oponerse este derecho. Imponerle al Estado la obligación de intentar la renegociación desvirtuaría una prerrogativa extraordinaria pero lícita que lo faculta para rescindir por razones de oportunidad. En cambio, tal vez podría invocarse la aplicación del artículo cuando, más allá de cómo se califique la decisión estatal de terminar el contrato, se considere que existe desviación de poder.

Desde otra perspectiva, ¿puede el Estado invocar esta norma para evitar que el contratista rescinda sin someterse previamente a negociación? El típico caso es el del contratista que decide rescindir ante el incumplimiento del Estado (sin dejar de advertir, de modo simultáneo, que las posibilidades del contratista de rescindir un contrato administrativo son bastante escasas). Al respecto téngase en cuenta que para algunos comentaristas la disposición justamente no aplica cuando hay un incumplimiento relevante (97). No parece coherente obligar a las partes a renegociar si una de ellas incumplió sustancialmente el contrato. En consecuencia, el Estado, en la hipótesis que analizamos, no podría obligar al particular a negociar si hubo incumplimiento liso y llano del contrato.

V.3. La tutela preventiva

Otra figura novedosa es la de la tutela preventiva, contemplada en el art. 1032. En esta norma se dispone que una parte puede suspender el cumplimiento de un contrato si sus derechos sufriesen una gran ame-

(96) CAMPANELLA, Elena, "Contratos...", cit., p. 60.

(97) LORENZETTI, Ricardo L., *Código...*, cit., t. V, ps. 745 y ss., comentario al art. 1011.

naza de daño porque la otra ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud de cumplir o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que va a hacerlo. Esta norma despierta interés, por ejemplo, en los contratos de obra pública, donde dada la extensa duración que normalmente tienen no es raro que en algún momento de la vida del contrato el contratista sienta que pesa sobre el acuerdo la amenaza de que el Estado incumpla, sobre todo cuando la economía del país empieza a flaquear.

El instituto de la tutela preventiva se relaciona con la incorporación expresa, en el nuevo Código, del deber de toda persona de prevenir el daño (98). Este deber, exigible a todos los ciudadanos, es especialmente central cuando observamos la conducta del Estado. ¿Quién, sino él, debe ocuparse de evitar provocar perjuicios a los particulares? Es siempre mejor prevenir los daños que puedan derivar en la responsabilidad del Estado que tener que reparar (99).

¿Se pueden, entonces, traer al ámbito de los contratos que celebra la administración las previsiones del art. 1032? Habrá que analizar con detenimiento este tema. Por el momento, simplemente se puede adelantar que de considerarse aplicable esta norma a nuestro campo de estudio no podrán dejarse de lado las limitaciones que imponen las prerrogativas del Estado en materia de suspensión en caso de incumplimiento de la administración, que se estudian al analizarse la *exceptio non adimpletis contractus* (100), hoy regulada en el art. 1031.

(98) Arts. 1710 y ss. Respecto de la aplicación en materia de responsabilidad del Estado de este principio y de los distintos interrogantes que plantean de aceptarse su aplicación, véase TAWIL, Guido S., “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, LL 2015-E, 21/10/2016. El autor señala con acierto que sin perjuicio de las limitaciones de interpretación que pretenden imponer los arts. 1º de la LRE y 1764 del Cód. Civil, el deber de prevenir del daño también es exigible al Estado. Por un lado, porque este deber tiene raíz constitucional y expresa un principio general del derecho común a todas las ramas del derecho. Y, además, porque nada obsta a la aplicación analógica del art. 1710 y ss. a los casos de responsabilidad del Estado, ya sea que se trate de actividad legítima o ilegítima.

(99) MAIRAL, Héctor A., “La responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, en *Responsabilidad*, cit., p. 148.

(100) Existe abundante contribución de la doctrina sobre el asunto. CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 2ª ed., Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 44 y 124; COMADIRA, Julio P., “La excepción de incumplimiento contractual en el derecho administrativo”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, (Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral), RAP, Buenos Aires, 2007, ps. 695 y ss.; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho*

V.4. Obligaciones en moneda extranjera

También despierta interés el nuevo art. 765 sobre obligaciones de dar dinero, que habilita al deudor a cancelar su obligación “dando el equivalente en moneda de curso legal”. Recordemos que este artículo fue modificado por el Poder Ejecutivo. En el anteproyecto se preveía un régimen similar al de la convertibilidad: el deudor cancelaba su deuda entregando la cantidad correspondiente de la especie designada, ya sea que la moneda tuviera curso legal en la república como no.

Este cambio de dirección obliga a tomar los reparos pertinentes, ya que podría invocarse la aplicación de esta norma para alterar un acuerdo celebrado por el Estado con compromiso de cancelación de deuda en moneda extranjera. La contundencia de la norma, y la posibilidad de que sea tenida en cuenta ante un vacío normativo, aconseja sin lugar a dudas incluir una cláusula donde se diga que las partes convienen en que no podrán invocarse normas que permitan la cancelación en pesos cuando el acuerdo se efectuó en otra moneda. Así lo proponen algunos doctrinarios al comentar este artículo (101). Expresan que esta disposición no es de orden público y que la obligación en moneda extranjera no está prohibida, como ocurre en otros países. En síntesis, señalan que, de conformidad con las costumbres negociables, la moneda extranjera puede ser usada como moneda esencial del contrato. No hay regla firme y hubo muchas variaciones en la jurisprudencia.

V.5. La teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión presenta, a partir del nuevo Código, algún matiz que podría tener relevancia en el ámbito del derecho administrativo. Así, según lo estipula el art. 1091, la alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, que permiten invocar la norma, tiene que responder no solo a causas ajenas a las partes sino también a razones ajenas al “riesgo asumido por la parte

administrativo y obras selectas, cit., t. 1, cap. XI, p. 35; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, ps. 289 y ss. y 347 y ss., entre muchos otros.

(101) LORENZETTI, Ricardo L., *Código...*, cit., t. V, ps. 121 y ss., comentario al art. 765. Tiene en cuenta para ello que en otra norma del Código se admite la obligación en moneda extranjera derivada de un contrato de depósito bancario, donde se dispone que debe devolverse en moneda de la misma especie (art. 1390). Lo mismo ocurre con el contrato bancario (art. 1408).

afectada” (102). La doctrina critica esta cláusula. Se pregunta, no sin razón, quién tendrá a su cargo determinar el alcance del riesgo asumido por la parte cuando no surja claro de la letra del contrato. Se observa que podría incluso darse una situación que, por sus características, conduzca a la inaplicabilidad de la norma (103). Requerirá su esfuerzo determinar el alcance de este nuevo límite, pero dicha tarea será necesaria si se pretende mantener la vigencia de esta reconocida figura del derecho contractual.

V.6. *La fuerza mayor*

Antes de terminar este análisis, cabe mencionar que el Cód. Civ. y Com. también presenta un nuevo matiz en lo que respecta a la figura de la fuerza mayor. Se sabe que este instituto goza de una regulación especial en materia de obra pública que históricamente la ha alejado de la fuerza mayor tal como es regulada en el derecho privado. En el ámbito de las obras que contrata el Estado, este soporta las pérdidas y perjuicios que provengan de fuerza mayor o caso fortuito con el alcance previsto en la ley 13.064, mientras que en el derecho privado la fuerza mayor exime de responsabilidad a quien no puede llegar a concretar sus obligaciones.

Según la LRE la fuerza mayor es eximente de responsabilidad, salvo que se haya asumido por ley especial, como podría ser el caso de la obra pública mencionada o del dec. 1023/2001. En consecuencia, ¿qué ocurre en los demás casos? ¿Rige el régimen del Cód. Civ. y Com.?

Recuérdese que el nuevo régimen de fuerza mayor regulado en el art. 1733 establece que el deudor es igualmente responsable cuando el caso es fortuito y la imposibilidad de cumplimiento que de él resulte, constituyan una contingencia propia del riesgo de la cosa o actividad.

(102) Art. 1091: “Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

(103) VEGA, Susana E., “Reflexiones sobre ciertos aspectos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto en la contratación pública”, en *elDial.com*, Derecho Civil y Comercial, 2015.

Una vez más caemos en el problema de quién determinará cuando se constituye esa situación.

VI. Conclusión

En el escaso tiempo transcurrido desde la sanción del Cód. Civ. y Com. ya ha corrido mucha tinta y se han escuchado voces de distintos académicos deseosos de colaborar con una mejor comprensión de las nuevas normas. No es para menos, si se tiene en cuenta que este acontecimiento implicó la actualización de la piedra angular del derecho privado argentino imperante hasta su entrada en vigencia. Sin duda este fenómeno marca un punto de inflexión en la historia de nuestro derecho y por eso los aportes efectuados respecto de los distintos temas que alberga (o no) el flamante ordenamiento son de un valor incalculable a los fines de delimitar el alcance de sus prescripciones.

Como intenté demostrar en este trabajo, uno de los capítulos que merece especial atención es el relativo a la responsabilidad del Estado. Las consideraciones realizadas buscan demostrar la estrecha relación que dicho instituto sigue teniendo con el Cód. Civ. y Com., más allá de que la intención del legislador parecía pretender lo contrario.

Resta, entonces, esperar las conclusiones que se vayan extrayendo de los distintos aportes realizados y, sobre todo, del esfuerzo de la jurisprudencia, que será la que en definitiva precise los ribetes de las distintas cuestiones que se han dejado planteadas en este trabajo y corrija aquellos aspectos que el nuevo Código no ha abordado adecuadamente. Es un deseo que este ejercicio no se haga esperar, de modo de obtener, cuanto antes, un sistema definido y uniforme en materia contractual que permita evitar soluciones injustas para los casos que se vayan presentando.

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, LA PRESCRIPCIÓN DE LOS TRIBUTOS LOCALES Y EL FEDERALISMO

POR NIDIA KARINA CICERO

I. Introducción

Una característica del derecho moderno es la aproximación conceptual y normativa de las distintas ramas que lo integran. El mundo actual presencia, en paralelo, procesos de desestatización del derecho —motivados por la conformación de un orden jurídico internacional, con cuerpos normativos y organismos internacionales de aplicación— y de constitucionalización de los ordenamientos internos, en virtud de lo cual los valores y principios del texto constitucional van paulatinamente impregnando el contenido de todas las ramas jurídicas que lo integran. Estos fenómenos ponen en cuestión la existencia de una división nítida entre los diversos campos que componen el derecho y en particular y en lo que nos ocupa, entre los espacios de regulación propios del derecho público y el derecho privado. Dado que los principios y valores de la Constitución y del orden supranacional prevalecen, ellos producen una fuerte comunicabilidad entre las distintas áreas del derecho y todo ello genera, como necesaria consecuencia, la consolidación de criterios interpretativos comunes.

Estas observaciones, sin embargo, no pueden soslayar las matrices que conforman el sistema de gobierno de cada país y en lo que nos atañe, el esquema federal que diseña la Constitución Argentina, que distribuye y reserva competencias exclusivas y compartidas para los distintos órdenes de gobierno existentes. La búsqueda de la “unidad del derecho” no genera controversias en países unitarios pero demanda serios esfuerzos de conciliación en países federales como la Argentina, cuya Carta Cons-

titucional diseña un sistema de división de poderes que contempla espacios exclusivos de legislación y jurisdicción para los distintos niveles de gobierno nacional y locales. La existencia de competencias concurrentes es una de las cuestiones más arduas que plantea el federalismo, pues esa concurrencia requiere coexistencia armónica y compatibilización entre los diferentes órdenes de gobierno.

Aun cuando el art. 31 de la CN plantea el principio de supremacía federal, la Carta Magna no ha establecido un orden jerárquico lineal sino que fundamentalmente ha fijado competencias de modo que quien respete dichas funciones estará dentro de su margen de actuación y no podrá ser invadido por otra normativa, pues si eso ocurre, ella se torna inconstitucional (1). Desde esta lógica constituye una excesiva simplificación asimilar el derecho público como perteneciente a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y el derecho privado como potestad exclusiva del Gobierno Federal puesto que el art. 121 reserva a las provincias el poder “no delegado”, sin distinguir si es público o privado (2) y, al mismo tiempo, las facultades legislativas del Congreso de la Nación no solo abarcan las delegadas por las provincias para dictar el derecho “de fondo” sino también muchas otras a fin de poner en ejercicio las atribuciones que la Carta Magna le ha asignado.

Frente a este panorama complejo, típico de una estructura federal, el esquema constitucional de reparto de competencias en el área al que me refiero debe ser analizado no solamente desde la identificación de cuáles son los temas que la Constitución ha querido colocar en cabeza de la legislación nacional y cuáles otros ha retenido para las provincias, sino apreciando cuáles son los valores constitucionales que subyacen en aquel, esto es, cuál es la razón por la cual el constituyente histórico y el reformador de 1994, ha entendido conveniente empoderar al nivel gubernamental nacional y al de las provincias, o a ambas. Mientras que por medio de la delegación efectuada en el ex art. 67 inc. 11, actual art. 75 inc. 12 de la CN, en favor del Congreso Nacional para dictar la legislación común, se buscó dar una única legislación civil, comercial, penal y minera a un mismo pueblo, que favoreciera el surgimiento de relaciones ju-

(1) TORICELLI, Maximiliano, “Las relaciones jerárquicas entre el Código Civil y Comercial y el derecho constitucional”, en *El derecho público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación II*, Revista de Derecho Público 2015-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

(2) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los Estados provinciales”, LL Gran Cuyo 2015 (octubre), p. 927.

rídicas privadas y las dotara de seguridad y estabilidad, a fin de evitar el caos profetizado por Juan Bautista Alberdi (3); en el reconocimiento de la autonomía de los niveles locales de gobierno el constituyente persiguió preservar las singularidades y matices políticos, sociales y culturales de cada uno de los Estados que conforman la Nación.

A fin de establecer herramientas que contribuyan a sostener este delicado equilibrio entre la Nación y las provincias, y para evitar que la sanción de los Códigos de fondo por parte del Congreso Nacional terminara atentando contra la autonomía provincial, la reforma constitucional de 1860 incorporó la previsión de que fueran las provincias o la Nación las que juzgaran los casos regidos por la legislación nacional de fondo, según que las cosas o las personas cayeran en sus respectivas jurisdicciones. En esa misma dirección, muchos años después, el constituyente de 1994 se preocupó por reafirmar ciertos valores que la práctica política y constitucional había eludido, y así apostó por renovar y fortalecer el federalismo, en particular el federalismo fiscal, para lo cual previó la conformación de un organismo fiscal federal y un sistema de coparticipación federal de impuestos que contemple criterios objetivos de reparto y que sea equitativo, solidario y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (art. 75 inc. 2º de la CN).

El estudio de la cuestión relativa a los alcances de los arts. 2532 y 2560 del Código Civil y Comercial (en adelante, "Cód. Civ. y Com.") no puede hacerse sin tener a la vista estas reflexiones generales y sin enmarcar la sanción del Cód. Civ. y Com. en la reforma constitucional de 1994. Si bien el Cód. Civ. y Com. sostiene como uno de sus postulados la constitucionalización del derecho privado, nunca debe olvidarse que la relación entre los Códigos de fondo y la Constitución no es de igualdad sino de *subordinación*. De allí que el nuevo régimen que el Cód. Civ. y Com. ha instaurado para regir la prescripción de los impuestos locales deberá analizarse considerando que en el sistema republicano federal, la autonomía provincial y la de la Ciudad de Buenos Aires constituyen la forma institucional que organiza la República Argentina. Ello obligará a realizar una interpretación coherente y armónica (4) que tienda a la

(3) "Un país que tuviese tantos códigos civiles, comerciales y penales como provincias, no sería un Estado, ni federal ni unitario. Sería un caos". Nótese que la cita no alude al derecho público. ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho público provincial argentino*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 17.

(4) Fallos 335:2333; 14:425; 147:286.

coordinación entre el ordenamiento nacional que emerge del Cód. Civ. y Com. y los sistemas jurídicos provinciales que derivan directamente de la Constitución Nacional.

Desde esta perspectiva, el debate sobre la titularidad de la potestad para regular la prescripción en materia de tributos locales recuerda al que se ha dado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a la regulación de la responsabilidad del Estado (5). Ambos constituyen ejemplos de situaciones que pueden plantearse en un sistema federal como el argentino y que habrá que resolver conforme a las pautas anteriormente indicadas.

II. Conflicto de visiones

Tradicionalmente, la cuestión referida a la potestad para regular la prescripción en materia de tributos locales ha sido analizada desde enfoques antagónicos.

Quienes sostienen que constituye una potestad de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, se fundan en que la materia impositiva resulta inherente a la autonomía local que reconocen los arts. 121 y 122 de la CN y que no ha sido delegada en el Congreso Nacional a través de la cláusula de los códigos de fondo. En esa dirección, se afirma que es menester relacionar la autonomía científica del derecho tributario con el régimen federal de gobierno, en virtud de lo cual los entes autónomos gozan de amplias facultades para definir los contornos de sus respectivos regímenes tributarios, lo que abarca tanto la definición de los hechos imponibles y de los sujetos obligados, como el modo en que nace la obligación tributaria, su régimen de cumplimiento y los plazos durante los cuales aquella puede ser exigida por los Fiscos. La peculiar naturaleza de la obligación fiscal y el interés público comprometido en la percepción de la renta pública justifican que no se proyecten sin más al derecho tributario previsiones que contiene el Cód. Civil con relación a las obligaciones en general, ya que, aunque la prescripción sea una institución general del derecho —como también lo son, v.gr., la noción de acto jurídico o contrato—, admite un tratamiento específico tanto por el derecho fiscal como por otras ramas jurídicas (6).

(5) Ver al respecto BUSTELO, Ernesto, “Responsabilidad del Estado”, en CICERO, Nidia K. (dir.), *Legislación usual comentada. Derecho administrativo*, La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2015, t. II, ps. 914-917.

(6) Por ser particularmente ilustrativa acerca de esta postura, es recomendable la lectura del voto del Dr. José Osvaldo Casás en el precedente “Sociedad Italiana de Be-

Desde esta tesitura se afirma que la prescripción liberatoria, en tanto importa para el Fisco la pérdida del derecho a perseguir el cobro de deudas tributarias y para el contribuyente el límite para perseguir la repetición de lo pagado sin derecho, opera como un instituto procesal derivado de la potestad para dar nacimiento a la obligación tributaria. Así como la ley nacional 11.683 de Procedimiento Tributario estableció un plazo de prescripción diverso al entonces previsto en el Cód. Civil, la mayor parte de los Códigos Fiscales provinciales y de la Ciudad de Buenos fijan plazos de prescripción específicos, que, sin embargo, en gran medida, resultan semejantes a los que contempla la ley 11.683 (7).

En contraposición, quienes consideran que se trata de una potestad del Congreso Nacional, indican que la prescripción constituye un instituto general del derecho por lo que al constituir derecho común, su regulación queda comprendida en la potestad del Congreso Nacional para dictar los Códigos de Fondo (art. 75 inc. 12 de la CN). De este modo se resolvió *que* “las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, inclusive cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público” (8).

La Corte Suprema de Justicia ha sido férrea defensora de la supremacía de la legislación común, tanto en referencia a la determinación de la prescripción impositiva, como a otros institutos que rozan el derecho de las obligaciones (9). Si bien en lo que atañe al objeto de este estudio, el

neficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. DGC (res. nro. 1881/DGR/2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114 Cód. Fisc.), expte. nro. 2192/03, TSJ Ciudad de Buenos Aires, 17/11/2003.

(7) ABALOS, María Gabriela, “Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales”, AA.VV., *Estudios de derecho público*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, ps. 409 y ss., hace una detallada descripción de las diversas posturas doctrinarias respecto a si las normas del Cód. Civil referidas a las obligaciones se aplican o no a las tributarias. Ubica en la postura “publicista” o de la autonomía del derecho tributario, a García Belsunce, Jarach, Villegas y Casás.

(8) Fallos 327:2631.

(9) Ver URRUTIGOITTY, Javier, “El olvidado carácter local del derecho administrativo”, en *Estudios de derecho administrativo II*, IEDA, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000.

leading case es el precedente “Filcrosa” (10) y la familia de fallos surgida a partir de él, esta interpretación extensiva de la cláusula de los Códigos también se ha proyectado a otras situaciones. Así, han sido descalificadas normas locales que establecen esperas o la inembargabilidad de fondos provinciales, sosteniéndose que son contrarias a lo dispuesto en el art. 42 del ex Cód. Civil y, consecuentemente, violan los arts. 31 y 75 inc. 12 de la CN, pues las relaciones entre acreedores y deudores constituyen materia de derecho común y como tal, legislación delegada al Congreso de la Nación (11). En el mismo orden de ideas, se han invalidado leyes locales que regulaban los efectos que causan sobre la prescripción, las actuaciones administrativas que deben obligadamente preceder a la interposición de la demanda contencioso administrativa (12).

Si bien algunos Superiores Tribunales locales desafiaron el *leading case* “Filcrosa” (13), la línea jurisprudencial trazada por este precedente

(10) Fallos 326:3899.

(11) Fallos 188:383; 61:19; 113:158; 119:117; 121:250; 133:161; 171:431; 172:11; 176:230; 182:498; 198:458; 275:254; 284:458, 138:462; 149:129; F. 578. XIX, “Frutícola Búfalo SAACIFI c. Provincia de Río Negro s/daños y perjuicios”, 29/9/1987; Fallos 311:1795; 318:2660, entre muchos otros.

(12) Fallos 224:39; 254:259; 293:427, entre otros. Es de destacar que el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora incluía como art. 2548 la interrupción del curso de la prescripción por la realización de reclamo administrativo si “es exigido por la ley como requisito previo para deducir la demanda judicial”. Esta norma, sin embargo, no fue aprobada en el Congreso Nacional.

(13) TSJ Ciudad de Buenos Aires, “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Sociedad Italiana de Beneficencia c. DGR (res. 1181/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/resoluciones de DGR (art. 114, CFBA)’”, expte. 2192/03, del 17/11/2003, y CS Santa Fe, 6/8/2003, “Municipalidad de Rosario c. Palillo, Juan Carlos”. La SC Mendoza en “DGR c. Pickelados Mendoza SA p/apremio”, 23/8/2012, dejó sin efecto una sentencia de Cámara que en un proceso de apremio y ante un planteo de prescripción del pago del impuesto a los ingresos brutos, no había aplicado el Código Fiscal provincial. Para así decidir alegó que la Cámara había errado al sostener que los fiscos provinciales y municipales carecen de atribuciones para fijar causales de interrupción de la prescripción de las obligaciones fiscales no contempladas por el legislador nacional en el Cód. Civil y añadió que, en caso de dificultades interpretativas, debió haberse recurrido a disposiciones de las normas federales análogas, como lo es la ley 11.683. En otro precedente anterior, “Castro” (22/3/2000), la Suprema Corte mendocina se enroló en lo que denominó una posición “ecléctica” acerca de las potestades de las provincias para regular la prescripción impositiva y así sostuvo que era viable la aplicación de las normas tributarias locales, siempre que no se vulnera el principio de razonabilidad constitucional y sin perjuicio que, en ausencia de normas del derecho tributario, se aplique supletoriamente el derecho civil.

se sostiene desde hace más de diez años y ha llevado a descalificar legislación local que fija plazos de prescripción, causales de interrupción y suspensión y modo de cómputo de tales plazos (en tal sentido se decidieron las causas “Casa Casmma”; “Municipalidad de Resistencia c. Lubri-com”; “Municipalidad de Resistencia c. Biolchi Rodolfo Eduardo y otro”; “Bruno, Juan Carlos c. Provincia de Buenos Aires”; “Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/incidente de verificación de crédito en Corralón Sánchez Elia SRL. Quiebra”; “Fisco c. Ullate”; “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c. Hermann”; “Provincia del Chaco c. Rivero, Rodolfo Aníbal”; “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Bottoni”; “DGR c. Pickelados Mendoza SA”; entre otros) (14).

III. Las nuevas reglas de prescripción de impuestos locales

En el libro sexto “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”, Título I, “Prescripción y caducidad”, el Cód. Civ. y Com. incluye dos cláusulas que vienen a desafiar abiertamente la línea jurisprudencial sostenida a partir de “Filcrosa”. La primera, el art. 2532, en la parte referida a las disposiciones generales; la otra, el art. 2560, al regular los plazos de prescripción específicos.

El art. 2532 dispone: “Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”. El art. 2560 reza: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

Prontamente, ambas normas dieron lugar a dos posturas opuestas:

1. No puede presumirse que el Congreso de la Nación haya querido desconocer el modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado el contenido de la cláusula de los Códigos de fondo, por lo que en todo caso, los arts. 2532 y 2560 solo delegan en las provincias una facultad que le pertenece al legislador nacional. Por tanto, recién a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., las jurisdicciones locales estarían autorizadas para legislar en materia de fijación de los plazos de prescripción tributaria, no así respecto a aspectos concomitantes a aquellos —v.gr., fecha a partir del cual se inician tales plazos o supuestos

(14) Fallos 332:616; 332:2108; M.376.XXXVII; 332:2250; F.391.XLVI.REX; G.37.XLII.REX; P.154.XLV; M.804.XLVIII.REX, D.711.XLVIII.RHE, respectivamente.

de interrupción o suspensión de aquellos—, que habrían quedado retenidos en el legislador nacional (15).

2. El Congreso Nacional ha expresado su opinión dejando aclarado que la materia nunca fue incluida en la autorización otorgada a la Nación por el art. 75 inc. 12 de la CN para dictar la ley común. De este modo, la nueva ley viene a reconocer potestades que desde siempre poseen las provincias y la Ciudad de Buenos Aires para darse leyes y ordenanzas de impuestos (16).

A partir, entonces, de la incorporación de estos dos artículos vuelve a desatarse la discusión y surgen los siguientes interrogantes: ¿De qué modo deben leerse los arts. 2532 y 2560 del Cód. Civ. y Com.? ¿Son inconstitucionales? ¿La doctrina “Filcrosa” se ha redireccionado hacia el precedente “Barreto” (17)?

IV. El reparto constitucional de potestades tributarias

La distribución constitucional de competencias en materia tributaria entre la Nación y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires puede esquematizarse de este modo:

(15) VIDAL QUERA, Gastón, “La prescripción de los tributos locales y el nuevo código Civil y Comercial de la Nación. ¿Una modificación para que nada cambie?”, *Doctrina Tributaria Errepar* (DTE) - Práctica Integral Buenos Aires (PIBA), agosto-septiembre 2015; YOLIS, Lisandro, “La prescripción liberatoria respecto de los tributos provinciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, LL del 27/11/2014, p. 55; LL 2014-F-1065; GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, “La prescripción en materia de tributos provinciales y municipales frente al Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Tributario*, nro. 12, febrero 2016, IJ-VC-235, entre otros.

(16) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El Código Civil y Comercial y el federalismo”, LL del 6/5/2015, p. 1; LL 2015-C-662; PADULO, Adriana María A., “El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario”, LL del 9/1/2015, p. 1; LL 2015-A-463; SCHAFRICK, Fabiana, “Breves reflexiones en materia de prescripción tributaria local a la reciente sanción del Código Civil y Comercial unificado”, DTE, nro. 398, Errepar, entre otros.

(17) Así opina BUSTELO, Ernesto, “Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación”, en CICERO, Nidia K. (dir.), *Legislación usual comentada...*, cit., t. II, p. 908. Es dable recordar que en la causa “Barreto” (Fallos 329:759), la Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó su conceptualización de “causa civil”, lo que condujo a excluir de su competencia originaria litigios referidos a la responsabilidad patrimonial del Estado ya que consideró que esta última es una materia de derecho público cuya regulación corresponde al derecho administrativo.

GOBIERNO FEDERAL	Exclusivas y permanentes	Impuestos externos o aduaneros (importación y exportación)
		Tasas postales
	Concurrentes con las provincias y permanentes	Impuestos indirectos internos
	Transitorias, de excepción y por tiempo determinado	Impuestos directos proporcionalmente iguales en todo el territorio nacional
GOBIERNOS PROVINCIALES y CABA	Exclusivas y permanentes	Impuestos directos, sin las limitaciones impuestas para el Gobierno Federal
	Concurrentes con la Nación y permanentes	Impuestos indirectos internos
GOBIERNOS MUNICIPALES	Impuestos, tasas o contribuciones de mejoras, conforme a los límites autorizados por la Constitución de la provincia a las que pertenecen	

La Constitución Nacional recepta el sistema de separación de fuentes, que determina qué fuentes corresponden a cada orden jurisdiccional, normalmente en condiciones de exclusividad. De este modo, la Carta Magna contempla la competencia nacional en materia de impuestos externos y —excepcional y temporariamente— sobre impuestos directos, reservando estos últimos a las provincias. Por su parte los impuestos indirectos son de naturaleza concurrente (18).

Luego de la reforma constitucional de 1994, este deslinde no sufrió una alteración sustancial, más allá del lógico corrimiento de artículos (v.gr., el art. 67 se ha convertido en el 75, y su inc. 9º es hoy el 10) ya que no se ha modificado la tradicional distribución de potestades tributarias, el tipo de gravámenes que cada jurisdicción está habilitada a crear, ni las circunstancias en las que pueden hacerlo. Sin embargo, los párrafos agregados al art. 75 inc. 2º que hacen referencia a la creación de un organismo fiscal federal y a la aprobación de una Ley de Coparticipación Federal de Impuestos que se sustente en principios de solidaridad y equi-

(18) Ver CICERO, Nidia K., *Servicios públicos y federalismo. Análisis de una historia de conflictos y una propuesta de superación*, Eudeba, Buenos Aires, 2013, cap. 7, ps. 237 y ss.

dad entre regiones importó colocar en la agenda política la problemática irresuelta del federalismo fiscal, que históricamente y en modo más acentuado en los últimos cincuenta años, muestra severas iniquidades entre provincias y regiones, con consecuencias económicas y sociales marcadamente negativas (19).

V. El carácter local y autónomo del derecho tributario

De acuerdo con los arts. 121 y 122 de la CN, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos mientras que los delegados a la Nación son definidos y expresos. En virtud de ello, nunca se ha cuestionado sino más bien defendido, que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires gozan con potestades para establecer sus impuestos y que este derecho no debe ser interferido por autoridad alguna (20).

Paralelamente, la tesis de la autonomía dogmática del derecho Tributario fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde antiguo. En la causa “Lorenzo Larralde” (21) y en muchos pronunciamientos posteriores, se afirmó que el derecho privado perdió la preeminencia histórica que tenía sobre el derecho tributario ya que este último desarrolló sus propios conceptos, reglas, institutos y métodos. Como explican Aftalión, García Olano y Vilanova “toda vez que los doctrinarios propugnan la autonomía científica de la conceptualización de un determinado sector de la experiencia jurídica, lo que están haciendo es, en el fondo, sencillamente, sostener que si se aplican a ese sector los principios de la disciplina troncal dentro de los cuales era tradicional subsumirlo, no se satisfacen las exigencias de la justicia”. En otros términos, la autonomía científica del derecho tributario y de cualquier otra rama del derecho, no involucra una cuestión ontológica o metodológica, sino, principalmente, una axiológica o valorativa, ya que el reconocimiento o la impugnación de la autonomía científica de una determinada rama jurídica acarrearán, en la práctica, distintas soluciones a los problemas legislativos y jurisprudenciales (22).

Es indudable que los problemas del derecho tributario presentan modalidades propias que, en un primer momento, aconsejaron separarlo del derecho financiero —el que, a su vez, se concibe como una rama

(19) LLACH, Juan J., *Federales y unitarios en el siglo XXI*, Temas, Buenos Aires, 2013.

(20) Fallos 7:373; 51:350, 105:273, 114:262, 137:212, 150:419, 174:353, entre otros.

(21) Fallos 243:98.

(22) AFTALIÓN, Enrique - GARCÍA OLANO, Fernando - VILANOVA, José, *Introducción al derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, 12ª ed., p. 496.

aparte del derecho administrativo— y en una segunda etapa, recomendaron independizarlo de los esquemas del derecho civil. Por dar solo un par de ejemplos de este fenómeno, basta recordar que para la repetición tributaria no es menester la prueba del empobrecimiento; las normas fiscales dan un tratamiento específico al tema de los requisitos de validez de los instrumentos jurídicos y suelen desconocer la personalidad jurídica de ciertos entes de existencia ideal para constituir en responsable solidario del impuesto a las personas físicas que las integran; asignan carácter de sujeto imponible a entidades que carecen de personalidad en el derecho privado; definen el domicilio fiscal de un modo diferente al Cód. Civ. y Com., etc. (23).

La importancia que el derecho civil ha ejercido en la génesis del derecho público (24), en particular el administrativo —y el tributario, como derivado de este último o del derecho financiero— proviene mayormente de razones históricas. El derecho civil, como rama principal del derecho privado, precedió al derecho público y de allí que haya servido para definir muchas de sus instituciones. Aun hoy, a pesar del enorme desarrollo que ha tenido el derecho público, el civil sigue siendo empleado para completar espacios carentes de regulación del primero, tal como lo ejemplifica prístinamente, el proceso de surgimiento y evolución de la responsabilidad del Estado en la Argentina. En este campo se advierte como en ningún otro, la mutua y constante influencia entre ambas ramas del derecho (25).

De todos modos es necesario hacer dos salvedades: en primer lugar, no todas las normas contenidas en el Cód. Civ. y Com. constituyen dere-

(23) En tal sentido, ver artículos 10 (responsables por deuda propia); 11 (responsable por deuda ajena); 13 (solidaridad) y 21 (domicilio) del Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y artículos 3 (domicilio fiscal); 5 (responsables por deuda propia); 6 (responsables por deuda ajena) y 8 (solidaridad) de la ley nacional 11683.

(24) La obra de RETORTILLO BAQUER, Sebastián M., *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, analiza el modo en que el derecho civil ha influido en la configuración de instituciones de derecho público de España, Francia y Alemania.

(25) Nótese, en tal sentido, que para definir los conceptos de caso fortuito, legitimación o nexo de causalidad, es menester recurrir a las definiciones del Cód. Civ. y Com., aun a pesar de lo que pareciera disponer en sentido contrario el art. 1º de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Véase, al respecto, CASSAGNE, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, LL 2014-C-885; PERRINO, Pablo, *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2015; por citar solo algunos de los trabajos más recientes sobre esta cuestión.

cho de fondo al que constitucionalmente las jurisdicciones locales deben ajustarse en virtud de la cláusula del art. 75 inc. 12 de la CN. Por otra parte, las normas civiles se aplican al derecho público subsidiariamente o por analogía, y sin que su aplicación pueda conducir a desconocer las diferencias que existen entre un tipo de acto jurídico y otro.

El derecho tributario tiene raigambre constitucional y pertenece al derecho público. Como enseña García Belsunce, es derecho público porque a través de la potestad tributaria se está expresando el poder político; la soberanía del Estado. Y el resultado de esta autonomía tributaria es que el derecho fiscal no subordina sus normas a las construcciones del derecho civil sino que aquellas solo son consideradas en cuanto le interesan al objeto o fin del fisco. Ello es lo que hace a su autonomía o particularismo. Y, si bien el derecho civil también tiene sustrato constitucional y constituye una “contención” del poder fiscal, eso no significa que el derecho público pierda su autonomía (26). El tributo es una prestación obligatoria y el elemento primordial de este es la coerción por parte del Estado (27), desde que el contribuyente solo tiene deberes y obligaciones (28). Estas peculiaridades de la obligación tributaria justifican un tratamiento particularizado que reconozca esta singularidad y que la alejan de las nociones del derecho privado. En este orden de ideas, Rosatti recuerda que el jurista francés Louis Trotabas razonaba que si el derecho tributario es una rama más del ordenamiento jurídico, y si las restantes ramas del ordenamiento tienen autonomía calificadora para dotar a sus conceptos de contenido propio, el derecho fiscal también podría hacer lo mismo (29).

Aftalión, García Olano y Vilanova enseñan que el ordenamiento jurídico es un todo que gravita íntegramente sobre cada relación jurídica, aunque cobren más inmediato relieve las normas que la definen. Por eso, aunque la división del derecho en público y privado no es descriptiva de su objeto, cabe conservarla como meramente indicativa de un predomi-

(26) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La autonomía del derecho tributario frente a la legislación tributaria provincial”, en *Temas de derecho tributario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, ps. 27 a 63.

(27) En este sentido, en Fallos 152:208; 218:596; 282:101; 288: 279, entre otros, puede leerse que “Los impuestos no nacen de una relación contractual entre el fisco y sus habitantes, sino que se trata de una vinculación de derecho público”.

(28) GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho financiero*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, vol. I.

(29) ROSATTI, Horacio, *Código Civil comentado. El Código Civil desde el derecho público*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 458.

nio de una u otra idea en las distintas ramas del derecho y en homenaje a la tradición y a su indudable claridad didáctica (30).

En términos generales, el derecho privado (civil, comercial, agrario, etc.) regula relaciones jurídicas entre personas jurídicas o físicas que poseen un poder negocial *prima facie* simétrico y entre los cuales se encuentra prohibido el uso de la coacción, por lo cual deben acudir a los órganos del Estado para obtener la solución coactiva de sus conflictos. En cambio, el derecho público (constitucional, penal, administrativo, tributario, etc.) tiene por objeto relaciones jurídicas que se traban entre el Estado y los particulares o entre entes estatales entre sí, que se caracterizan por ciertas notas de subordinación debido a las prerrogativas con las que cuentan los órganos del Estado para emplear la coacción y para determinar en forma unilateral la obligatoriedad de ciertas conductas para los particulares. En zonas límite se encuentran el derecho del consumidor y el laboral, por la fuerte presencia del interés público en la protección de la parte más vulnerable de la relación contractual, en la que aun así, sigue predominando el derecho privado. En otras palabras, a pesar de los incuestionables puntos de contacto entre un sistema y el otro y las distintas ramas que lo integran, las normas jurídicas de derecho privado y las normas de derecho público actúan o pueden actuar en ámbitos diferentes.

García Belsunce advierte con agudeza que en el orden nacional, la cuestión de la autonomía del derecho tributario frente al derecho civil no pasa del terreno especulativo, ya que la ley tributaria dictada por el Congreso para toda la Nación integra la legislación nacional común y como tal puede modificar los códigos de fondo. Al ser el mismo Congreso Nacional el que dicta ambas legislaciones, la legislación tributaria que contraría lo regulado en materia de prescripción, antes en el Cód. Civil y ahora en el Cód. Civ. y Com., no violenta el art. 31 CN, en la medida en que la ley especial posterior puede derogar la general previa (31). Esto es lo que ha ocurrido con la ley nacional 11683 de Procedimiento Tributario, que en muchos aspectos se aparta de la legislación civil, incluso en materia de prescripción y que por ser ley especial de igual jerarquía, no se vería afectada por la nueva regulación del Cód. Civ. y Com. (32).

(30) AFTALIÓN, Enrique - GARCÍA OLANO, Fernando - VILANOVA, José, *Introducción al derecho*, cit., p. 489.

(31) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "La autonomía del derecho tributario...", cit.

(32) Ver GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, "La prescripción...", cit. Quien sostiene que es opinable si sigue rigiendo el plazo de diez años de la ley 11.683 en el orden nacional para los contribuyentes no inscriptos que tengan obligación legal de inscribirse; lo que

Sin embargo, en el orden de la legislación tributaria provincial, el tema de la autonomía del derecho tributario adquiere relevancia práctica notable. ¿Puede existir un derecho tributario provincial que rijan instituciones tributarias propias que modifiquen conceptos e instituciones de la legislación de fondo, por ejemplo, la prescripción?

VI. El diálogo entre los poderes

Al resolver la causa “Casa Casmma” siguiendo los lineamientos trazados por el precedente “Filcrosa”, la recordada Dra. Carmen Argibay argumentó que la familia de fallos surgida a partir de este último precedente no había merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los Estados provinciales, en orden a introducir precisiones en los textos legislativos que pudieran derribar interpretaciones judiciales erróneas de las leyes.

Indudablemente el Cód. Civ. y Com. puede leerse como una respuesta a esta observación. No puede soslayarse que el Congreso modificó el texto propuesto por la Comisión Redactora y que para hacerlo, en el debate parlamentario se aludió a los poderes originarios con los que cuentan las provincias para regular la materia. También se manifestó allí la honda preocupación que existía en los órdenes locales acerca de ajustar los plazos de prescripción de la obligación tributaria a los más breves previstos en el proyecto de la Comisión, en la medida en que el plazo de cinco años del art. 4037 del Cód. Civil, se reducía a menos de la mitad, conforme al art. 2562 inc. c) del Cód. Civ. y Com. (33).

Es evidente, entonces, que el Congreso quiso dar una señal respecto al modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene interpretando este tema desde el precedente “Filcrosa”, para lo cual le hizo saber los alcances que le asigna al art. 75 inc. 12 de la CN en materia tributaria. En la dimensión dialógica de la división de poderes, el Congreso ha “hablado” y es menester escucharlo.

dependerá de si esta se considera como ley especial nacional que se sigue aplicando, o si en cambio prevalece el Cód. Civ. y Com., al no tratarse de “legislación local”.

(33) ABALOS, María Gabriela, “¿El fin de la doctrina ‘Filcrosa’? A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” (LL 2015-B-804) recuerda que tiempo antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral y la Comisión Federal de Impuestos habían manifestado la preocupación de los fiscos que integran tales organismos en cuanto a las graves consecuencias que acarrearía para la recaudación tributaria la reducción del plazo de prescripción liberatoria al previsto en el art. 2562.

En este orden de ideas, resulta pertinente recordar que la Corte Suprema ha declarado que, en principio, la opinión expuesta en las Cámaras legislativas por los miembros informantes, durante la consideración de los proyectos de leyes, son fuente de interpretación auténtica de estas en su significación y alcance(34), por lo que el Congreso Nacional puede válidamente interpretar cuáles son las facultades conservadas por las administraciones provinciales y cuáles las delegadas que se le han acordado (35).

Si bien en sentido estricto solo se llama interpretación auténtica a la proporcionada por las normas aclaratorias(36), “la primera regla de interpretación de las leyes es la de dar pleno efecto a la intención del legislador, la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma (Fallos 150:151): principio que exige determinar ese espíritu de la ley cuando fuera de su letra está clara y evidente la intención del legislador y máxime si esa intención consta en la exposición de los motivos que la fundaron (Fallos 111:330) o en la discusión de la ley (Fallos 114:298) a lo cual cabe agregarse que la importancia de los informes de las comisiones de las honorables cámaras como fuente de la interpretación de las leyes aumenta cuando ellas obtienen asentimiento general (Fallos 115:174)” (37).

Similarmente, también es conveniente aportar lo afirmado hace no mucho por el Máximo Tribunal en el sentido de que, aun cuando resulta el intérprete último de la Constitución Nacional, “...los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión...” y “...el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido...”, pueden justificar mutar sus criterios, puesto que “...los poderes del Tribunal para preservar el rol preeminente e insustituible que le ha reconocido la Constitución Nacional, naturalmente desplazan el principio funcional de la perdurabilidad de su jurisprudencia...” (38).

(34) Fallos 114:28.

(35) Conf. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El Código Civil y Comercial...”, cit.

(36) LINARES QUINTANA, Segundo, *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 21.

(37) CS, “Gaspar Portillo c. Banco El Hogar Argentino Hipotecario”, Fallos 210:540/41, citado en LINARES QUINTANA, Segundo, *Reglas...*, cit., p. 22.

(38) CS, “Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios” (Fallos 329:759).

El legislador nacional del Cód. Civ. y Com. se ha expresado en el sentido de que no es legítimo deducir de los arts. 31 y 75 inc. 12 de la CN la voluntad de las provincias de aceptar limitaciones a sus potestades impositivas, a través de impedirles fijar el plazo de la prescripción liberatoria de impuestos. No se trata de una delegación de facultades en las legislaturas locales, que por otra parte no podrían constitucionalmente delegarse (39), sino de que ha recordado que esta atribución constituye un poder reservado (art. 121 CN) y que no ha sido conferida al Congreso Nacional a través del art. 75 inc. 12 de la CN.

Al mismo tiempo el codificador ha querido poner punto final a una jurisprudencia irritante, que convalida legislación nacional que se aparta de los plazos de prescripción contemplados en el Cód. Civil pero que rechaza legislaciones locales semejante e inclusive más favorables al contribuyente, provocando de este modo un tratamiento desigual entre la Nación y los demás órdenes de gobierno y quebrando la igualdad que debe preservar la unión federal.

VII. La igualdad, la razonabilidad y el federalismo

Uno de los postulados del nuevo Código es la coherencia entre todas las fuentes que concurren en la regulación de un caso: las distintas fuentes, constitucionales, convencionales, legales o reglamentarias pueden llegar a confluir de allí que el intérprete debe hacer el esfuerzo por hacerlas convivir armónicamente, sin que unas anulen a las otras o se desvirtúen entre sí (conf. art. 2º Cód. Civ. y Com.). Por otra parte, como dijimos al inicio, ya no existe una división clara entre el derecho público y el privado en la medida que hoy día ambos presentan una relación de marcada complementariedad y ambos ordenamientos convergen en la

(39) Es que como ha sostenido el TSJ Ciudad de Buenos Aires en los autos “Foraguera Sempe, Sara Stella y otros c. GCBA s/otras demandas contra la Aut. Administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, 23/10/2015, expte. 11148) el art. 2532 del Cód. Civ. y Com. no ha realizado delegación alguna en las provincias sino que ha reconocido que la potestad para fijar la prescripción tributaria corresponde originariamente a aquellas por quedar comprendida dentro del derecho fiscal. Las consecuencias de una y otra interpretación no son las mismas. Nótese que si se reconoce como preexistente la facultad local para regular esta materia, no tendrá lugar la limitación temporal que necesariamente se desprendería de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. Por otro lado, la delegación por medio de una ley de una potestad que en teoría, constitucionalmente correspondería a la Nación, resulta evidentemente inconstitucional.

protección del ser humano, razón y fundamento último de todo el ordenamiento jurídico (40).

El federalismo que alberga la Constitución Nacional es una fuente de interpretación del Cód. Civ. y Com. El Cód. Civ. y Com. ha reconocido el federalismo y le ha dado a la tradicional discusión respecto a la prevalencia del derecho común sobre el derecho público una interpretación moderna, fincada en el texto constitucional reformado en 1994.

En esta nueva forma de ver las relaciones entre el derecho privado y el derecho público que plantea el Cód. Civ. y Com., que importa también registrar la autonomía legislativa de las jurisdicciones locales en los campos referidos a las potestades no delegadas constitucionalmente (art. 121 de la CN), se insertan la constitucionalización del derecho privado y un conjunto de disposiciones que reconocen la singularidad de las instituciones del derecho público. No solo se trata de la prescripción de impuestos locales (art. 2532) o de la prescripción en general (art. 2560), sino del reconocimiento expreso de la potestad de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires para legislar en diversas áreas, como en materia de régimen de bienes públicos (arts. 235, 236 y ss.) o de responsabilidad estatal (arts. 1764, 1765 y 1766).

Las normas que rigen la prescripción en general y de impuestos locales en particular (arts. 2532 y 2560) no pueden ser leídas en soledad, sino como partes de una misma tendencia que denota que el Cód. Civ. y Com. responde a uno de los postulados de la Constitución de 1994 que ha sido el fortalecimiento del federalismo.

El federalismo como técnica de organización del poder responde a la idea última de que tanto la soberanía federal como la estadual o provincial es limitada, ya que la división del poder en los niveles más pequeños posibles es un modo de salvaguardar las libertades individuales (41).

Por eso, al mismo tiempo que fortalece las jurisdicciones locales, el Cód. Civ. y Com. las desafía a realizar un ejercicio responsable de estas atribuciones propias que en punto a los plazos de prescripción, demandará normas razonables, ajustadas al funcionamiento de una organización tributaria tecnológica y profesional y que satisfaga pautas mínimas de seguridad jurídica, igualdad, equidad y no confiscatoriedad. En el marco de un federalismo de concertación, debiera tenderse a generar

(40) CS, "Aquino" (Fallos 327:3753) y "Rodríguez Pereyra" (Fallos 335:2333).

(41) DALLA VÍA, Alberto R., *La competencia política en el federalismo argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2010, p. 43.

consensos que permitan el establecimiento de un régimen uniforme, en favor de la seguridad jurídica y los derechos de los contribuyentes (42).

Cabe, entonces, auspiciar la adopción de soluciones armónicas, por ejemplo, por medio de una ley marco que unifique los plazos en todas las jurisdicciones (43), pues más allá de las particularidades de cada orden local, todos ellos deben atenerse al principio de igualdad y de razonabilidad que surgen de los arts. 16, 28 y 33 de la CN. Por encima de todos los niveles de gobierno, nacional, provincial, de la CABA o municipal, está el ciudadano y su derecho a recibir un tratamiento igualitario.

Pero la conveniencia de consensuar un sistema tributario uniforme, equilibrado y homogéneo, no debe llevar a interpretaciones que desconozcan las autonomías o que anulen el ejercicio de facultades propias por la sola desconfianza que pudiera generar la existencia de diversos ordenamientos que establezcan pautas diferentes, porque, aun cuando puedan existir excesos en algunas jurisdicciones —que por ende, no podrán avalarse a la luz del criterio de razonabilidad e igualdad— muchas otras resultan sin lugar a dudas más tuitivas para los derechos de los ciudadanos que las normas nacionales (44).

El federalismo ofrece nuevas oportunidades en tanto implica una estructura de poder de la cual participan diferentes centros de decisiones,

(42) En los autos, “Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 24/11/2016 (Fallos 338:1389), la Corte ha considerado a estos tipos de acuerdos como “manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las posturas provinciales y nacionales se unan en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias”, agregando que esta práctica institucional “recoge la vocación de la Constitución Nacional creadora de ‘una unidad no por supresión de las provincias (...) sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población”.

(43) El voto del Dr. José Osvaldo Casas en “Fornaguera Sempe” alude al régimen de la prescripción en el Modelo de Código Tributario para América Latina (TSJ CABA, 23/10/2015, “Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c. GCBA s/otras demandas c. la Aut. Administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. 11148). Horacio Rosatti, antes de asumir su actual cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se expresó en el mismo orden de ideas, auspiciando una armonización —y porque no, una uniformidad— de los plazos de prescripción entre los diversos ordenamientos fiscales locales (conf. *Prescripción de las acciones por deudas tributarias nacionales*, Rubinzal-Culzoni).

(44) Por dar solo unos pocos ejemplos del sistema porteño, los regímenes de medidas cautelares y de ejecución de sentencias de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 189/190 y 399/402 del Cód. Cont. Adm. y Trib. CABA) son decididamente superadores de la regulación nacional.

que están dispuestos a concurrir, en momentos de conflicto, con distintas propuestas procurando ofrecer así varias alternativas de solución. En una época marcada por el *renacer de lo local*, signada a nivel global por reclamos autonómicos y regionales, el régimen federal propicia la diversidad en la unidad, ya que en lo distinto se construye el bien general y desde lo local pueden liderarse los cambios que se requieren a nivel nacional.

Dalla Vía recuerda a Dicey cuando señala que una condición absolutamente esencial para la fundación de un sistema federal es un estado especial de sentimiento entre los habitantes de los estados que proponen unir. Ellos “deben desear la unión” (45). Desde otro enfoque mucho más cercano en el tiempo y basado en la experiencia argentina, se habla de un “federalismo emocional”, como necesidad de verdaderamente sentir lo local para que el federalismo pueda operar como una herramienta racional de modificación de prácticas y políticas institucionales que eviten la reproducción de regímenes de gobierno centralistas y hegemónicos (46). Nunca se recordará suficientemente que el Preámbulo de la Constitución Nacional plantea como uno de sus objetivos estructurales el de constituir la *unión*.

Uno de los principales males de la Argentina es que nunca ha puesto verdaderamente en práctica su sistema federal (47). Si ello hubiera sido el precio para lograr un país desarrollado, tal vez se podrían seguir sosteniendo enfoques interpretativos centralistas para problemas que admiten una visión federal. La dura realidad de un país pobre cultural y materialmente, con notorias asimetrías y desigualdades en cuanto al desarrollo y calidad de vida de sus habitantes nos convoca a atrevernos a explorar otros caminos.

(45) DALLA VÍA, Alberto R., *La competencia política...*, cit.

(46) LLACH, Juan J., *Federales y unitarios en el siglo XXI*, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires, 2013.

(47) Ya he tratado esta problemática en CICERO, Nidia K., *Servicios públicos y federalismo...*, cit.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO, EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LOS DERECHOS REALES

POR JUAN CARLOS CARDONA

La entrada en vigencia del nuevo código de fondo que ha unificado la normativa civil y comercial nos invita a recordar algunas de las múltiples relaciones que siempre han existido entre el derecho administrativo y el derecho civil. Hemos elegido para este trabajo el tema de los derechos reales, que ha merecido importantes modificaciones en el nuevo Código y, por ello, resulta menester reflexionar acerca de la complementación legal necesaria que debe darse con la normativa administrativa vigente a nivel provincial y municipal. Naturalmente, la normativa local de mayor consideración será la de poder de policía en materia medio ambiental, de uso del suelo, urbanística, salubridad y mortuoria.

Dicho esto, nos introducimos en la temática de los conjuntos inmobiliarios, tiempos compartidos y cementerios privados.

I. De los conjuntos inmobiliarios

Como primera referencia, cuanto menos curiosa, cabe señalar que el codificador utiliza la misma expresión para referirse a un derecho real autónomo, como ocurre en el art. 1887, cuando enumera entre los derechos reales reconocidos como tales a los “conjuntos inmobiliarios”, utilizando luego la misma denominación en sentido genérico y comprensiva de los emprendimientos urbanísticos privados.

Dice el art. 2073: *Concepto*. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que

contemplan usos mixtos, *con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales*. El subrayado nos pertenece.

Tal como surge del citado art. 1887 inc. d), e) y f) el Cód. Civ. y Com. unificado considera a los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y los cementerios privados como derechos reales autónomos.

Recordemos que el Cód. Civ. y Com. unificado trata los derechos reales en su Libro IV, refiriéndose especialmente a la temática que nos ocupa en el Título VI, dividido en tres capítulos que tratan puntualmente cada uno de ellos. Resulta innecesario resaltar que estamos hablando de derechos de profunda trascendencia tanto en el orden político, como social o económico de cualquier Estado.

La pregunta fluye con naturalidad: ¿Cuáles son las normas locales que debemos tener en cuenta?

Creo que la primera de ellas tiene que ver con el aspecto urbanístico y de manera especial con el poder de policía del uso del suelo, porque lo que debe establecerse a priori para encarar cualquier tipo de proyecto es si existe o no lo que conocemos como “uso conforme”. Ese poder es propio de los gobiernos locales, tal como ha dicho la CS en “Genaro García SA c. Municipalidad de Rosario s/amparo”, Fallos 321:207, ratificando normativa expresa de la CN, a saber el art. 75 inc. 30 que textualmente dice:

Corresponde al Congreso: (...)

30: Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

Cabe recordar que el anterior art. 67 inc. 27 de la Constitución 1853-60 decía textualmente:

Corresponde al Congreso: (...)

27: Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional.

El nuevo artículo se refiere únicamente a los establecimientos de utilidad nacional, sin hacer referencia a fortalezas, arsenales o almacenes. Lo que la norma puntualiza es la finalidad de los establecimientos de los cuales se trate, es decir, de “utilidad nacional”, porque es allí donde los poderes de policía e imposición de los gobiernos provinciales y municipales encuentran su límite.

Vale la pena volver al fallo citado para recordar que los intereses enfrentados en la litis eran, por un lado, el comercio exterior de granos y, por el otro, el poder de policía respecto de uso del suelo. Precisamente, el argumento central de la actora —empresa exportadora de granos— era que lo que estaba en juego era el comercio exterior más importante del país y, en consecuencia, el caso era de utilidad nacional y, por ello, de competencia federal, subrayando que la ubicación y explotación de un puerto es propio de la legislación y organismos nacionales y no municipales.

¿Qué debía primar?

¿La voluntad de un municipio que había decidido que esa zona de la ciudad lindante con el Río Paraná debía destinarse a vivienda o la del Estado Nacional que la consideraba como necesaria y aún óptima para el comercio exterior?

Esta verdadera cuestión de Estado para la ciudad de Rosario fue zanjada a favor del municipio, potenciando, entre otras cosas, la autonomía municipal consagrada en la misma oportunidad en el texto constitucional.

Cabe subrayar que los fines federales propios de los establecimientos de utilidad nacional no se vieron afectados, porque la única consecuencia práctica fue que debieron trasladarse a la zona sur de la ciudad, distante aproximadamente 9 km del cuestionado emplazamiento.

Coincido con María Angélica Gelli (1), cuando refiriéndose al anterior art. 67 inc. 27 expresa que cuando la norma habla de “legislación exclusiva” apunta a federalizar los lugares donde habrían de establecerse los espacios de utilidad nacional, en una tendencia con rasgos unitarios. Cita el fallo “Hidronor SA Hidroeléctrica Patagónica SA c. Provincia de Neuquén”, CS, 1980, ED 92-311, en el cual por voto mayoritario se había declarado la inconstitucionalidad de una ley provincial de creación de

(1) GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, t. II, ps. 251-252.

un municipio local en el lugar donde funcionaba un establecimiento de utilidad nacional. En cambio, la minoría limitó las competencias federal y local mediante la “regla de la no interferencia”; dice el voto de la minoría al rechazar la inconstitucionalidad de la ley provincial “por no haberse probado una interferencia actual ni demostrado que el ejercicio de la jurisdicción local constituya un obstáculo real y efectivo que menoscabe o impida los fines propios del Estado Nacional”. Admite así —la disidencia— la competencia provincial siempre y cuando no se afecten los fines federales de los establecimientos de utilidad nacional.

Continuando con las citas de Gelli porque reflejan el fundamento del actual art. 75 inc. 30 recordamos que el tribunal también había sostenido que “...la adquisición por el gobierno Federal de lugares en las provincias, con destino a establecimientos de utilidad nacional no significa la federalización de aquellos territorios al extremo de que la Nación atraiga, por ese solo hecho, toda la potestad legislativa, administrativa y judicial, de manera exclusiva y excluyente” y que “la jurisdicción queda excluida en la medida en que su servicio interfiera, directa o indirectamente, en la satisfacción del servicio de interés público que requiere el establecimiento nacional”, en “Jorge Pucci y otro c. Braniff International”, Fallos 293:287 (1975).

Por su parte, Horacio Daniel Rossatti(2) nos decía con respecto al citado fallo “Hidronor” que la cláusula constitucional analizada —art. 67 inc. 27— “había funcionado a lo largo de nuestra historia constitucional como una norma de depósito para justificar la aplicación de la ley nacional en desmedro de las potestades provinciales y municipales, aún en aquellas cuestiones no alcanzadas por la competencia material delegada por las provincias a la Nación”.

Continúa Rosatti diciendo que “La interpretación de esta norma de depósito había estado incidida por las vicisitudes propias de la historia institucional argentina (las necesidades de los gobiernos y la formación de los jueces que, a su turno, integraron la Corte Suprema) antes que por principios jurídico políticos claramente establecidos”.

Con referencia al texto finalmente aprobado por la Convención nos dice Rosatti que “La modificación del art. 67, inc. 27 (hoy art. 75, inc. 30) incorporó la tesis concurrente sobre la base de un criterio finalista. La reforma es sobria pero suficientemente clara: involucra no solo a las pro-

(2) ROSATTI, Horacio D., “El Federalismo en la Reforma”, en obra colectiva, *La Reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 258.

vincias sino también a los municipios, estipulando que ambos ‘conservarán los poderes de policía e imposición’ sobre los establecimientos de utilidad nacional, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de dichos establecimientos.

”Se pone de este modo punto final a una larga controversia, adoptándose el criterio sugerido por el federalismo de concertación en reemplazo del llamado federalismo dual o confrontativo que —en la materia de análisis— conducía al exclusivismo nacional en desmedro de las provincias y los municipios”.

Es natural que el Congreso de la Nación tenga las facultades necesarias para legislar todo lo relacionado con el territorio de la capital de la Nación, como, asimismo, la posibilidad de dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos propios de los establecimientos de utilidad nacional ubicados en el territorio de la República. La duda siempre giró en torno a la permanencia de los poderes de policía y de imposición en cabeza de provincias y municipios. En este análisis nos interesa puntualmente el poder de policía del uso del suelo.

Volviendo al *leading case* Genaro García, es preciso reiterar que el conflicto giraba en torno a quien corresponde la competencia en materia de uso del suelo, cuando la actividad subyacente tiene trascendencia federal, como ocurre con todo lo vinculado al comercio exterior y, en especial, la exportación de granos, que fuera motivo central del pleito. Cabe recordar que el lugar donde el conflicto se origina es en la ciudad de Rosario, sitio donde a partir de mediados del siglo pasado, se habían instalado una serie de puertos privados. Más aún y para enfatizar la trascendencia que tenía y tiene esa zona lindera con el Río Paraná, recordemos que hoy aproximadamente el 75% de la producción de granos del país es exportada a través de algunas de las 22 terminales portuarias que se encuentran en la zona del gran Rosario.

El fallo citado ha sido importante no solo para la ciudad y la región, sino para la Nación Argentina toda.

Y para darle una nota de color a la cuestión, es bueno recordar la situación de hecho, cuyo epicentro se ubica antes y durante el Proceso Militar que soportó nuestro país entre los años 1976/1983.

La tierra sobre la cual la actora tenía instalado su puerto le había sido donada por el Estado Nacional, a través de la entonces Administración General de Puertos, con el cargo de construir silos para el almacenamiento de granos y un puerto para su exportación. Ahora bien, de

acuerdo con la normativa municipal la zona era “no conforme” para esa actividad. La ciudad había decidido que esa zona sería destinada a vivienda, a pesar de ser el lugar ideal —por características propias del río para la instalación de un puerto—.

Corría el año 1976 cuando se produce la donación en el espacio prohibido para desarrollar esa actividad y, por ello, la empresa se presenta a la Municipalidad de Rosario peticionando una excepción, la cual le es concedida bajo el título de permiso temporario por diez años y luego prorrogado por diez años más. Cuando se cumple el plazo, el Intendente dicta un acto administrativo ordenando el cese de la actividad. La empresa reacciona presentando una acción de amparo ante el Juzgado Federal de Rosario, el cual tendría como destino final la CS.

Cabe recordar que el art. 18 de la ley nacional 16.986 de Amparo expresamente establece que “Esta ley será de aplicación en la Capital Federal y en el Territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Asimismo, será aplicada por los jueces federales de las provincias en los casos en que el acto impugnado mediante la acción de amparo provenga de una autoridad nacional”.

No obstante la contundencia de la norma en cuanto a limitar los actos que puedan impugnarse a aquellos *provenientes de una autoridad nacional* y por tratarse de un conflicto entre uno de los principales municipios del país y los intereses propios del puerto de Buenos Aires, la actora recurre a la Justicia Federal de Rosario por considerar que el conflicto iba a merecer una interpretación que mirara más hacia el comercio exterior de nuestro país y no hacia una decisión municipal de naturaleza urbanística.

Volviendo al relato de los hechos: la Municipalidad de Rosario utilizó a este caso como testigo, porque la finalidad última era que todas las empresas cerealeras fueran trasladadas al sector sur de la ciudad, posibilitando así un cambio urbanístico notable en esa, la zona norte del ejido urbano. Han pasado exactamente veinte años y debido a esa trascendente decisión que fuera tomada por la Administración de turno, pero con el apoyo de todos los bloques políticos al momento representados en el Honorable Concejo Municipal; la ciudad de Rosario puede exhibir hoy un desarrollo urbanístico destacable, único en Argentina y ejemplo para otros países, dado que el mismo no ha implicado solamente la construcción de viviendas a la cual pueden aspirar sectores puntuales de nuestra sociedad, sino que —y esto es lo importante— utilizando la figura

de los convenios urbanísticos se han logrado ganar espacios increíbles para el dominio público, ubicados en la franja costera más hermosa que presenta el Río Paraná, lo cual hoy ha significado un verdadero cambio cultural en una ciudad que vivía de espaldas a su río y que a partir de esta nueva realidad urbanística lo ha descubierto y lo disfruta. Esto es tan así que hoy toda esa zona aparece cerrada al tránsito vehicular los fines de semana y feriados, para que miles y miles de vecinos y turistas disfruten la naturaleza y la belleza que uno de los ríos más largos y caudalosos del mundo nos regala.

Más aún, este desarrollo urbanístico ha llegado a cambiar —nada más ni nada menos— que las costumbres de la sociedad rosarina.

Ahora bien, jamás hubiéramos podido imaginar semejantes consecuencias si el hecho desencadenante no hubiera sido tomado, como en los hechos ocurrió, por parte de los distintos sectores políticos, como una verdadera cuestión de estado que respetaron y continuaron todas las administraciones que tuvieron a su cargo el gobierno de la ciudad. Cuando hoy quienes nos visitan se admiran de la belleza de los edificios y del inmenso espacio destinado al uso de todos, la respuesta que obtienen es siempre la misma: es el resultado de políticas públicas consensuadas y aprobadas por todos los sectores, tanto de la política como de la sociedad civil.

Estas reflexiones no serían justas si no destacáramos la trascendencia que han tenido los claros y terminantes fallos de la Justicia que no han dejado duda acerca de quien detenta el poder de policía: si de actividad portuaria se trata serán organismos nacionales como la Administración General de Puertos y/o Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables —competencia nacional—, mientras que el correspondiente al lugar donde la misma ha de llevarse a cabo, es propia del municipio en el cual se pretenda ubicar el puerto, como manifestación del poder de policía de uso del suelo que es de competencia municipal. Idéntico tratamiento ha merecido el caso de los *feed-lot*, actividad que regula y controla el Estado Nacional a través de SENASA, mientras que la decisión en torno a su ubicación es claramente local.

II. De los clubes de campo, barrios cerrados o privados

Yendo a los distintos conjuntos inmobiliarios que se encuentran en el nuevo Cód. Civ. y Com. unificado será la finalidad a la cual estén destinados, el elemento determinante para el dictado de la normativa administrativa que posibilite su existencia.

Destacamos que se trata en todos los casos de emprendimientos que producen un claro impacto urbanístico, ambiental, en la gestión de servicios públicos y necesaria infraestructura, todo lo cual excede claramente los límites geográficos de los clubes o barrios.

Esta sola mención indica que uno de los primeros desafíos que habrá de caracterizarlo será el de la necesaria armonización de normativas municipales o comunales y provinciales.

Por otra parte, así como la convivencia es un valor a construir sin descanso en el ámbito de las ciudades, el fenómeno de estos *countries* ha dado nacimiento a la necesidad de aprender a convivir con las consecuencias que producen este tipo de desarrollos inmobiliarios, al afectar a personas o barrios construidos en distintas jurisdicciones.

III. Del uso del suelo y las normativas urbanísticas locales

Las decisiones de municipios y comunas con respecto al lugar donde se apruebe su construcción tienen importancia vital. Esa ubicación está, por otra parte, condicionada por la finalidad que persiguen las personas que quieren habitar los mismos. Se trata claramente de la búsqueda de una vida mejor para la persona y su familia, basada en el convencimiento que un contacto directo con la naturaleza brindará una mejor calidad de vida, más sana, donde reine el verde propio de la naturaleza y no el gris producto de la mano del hombre; el silencio sobre la contaminación acústica que ha traído consigo el progreso, a la vez que una mayor seguridad; no podemos tampoco olvidarnos que este fenómeno se produce en un momento del desarrollo de nuestras sociedades, en el cual, tanto el mayor contacto con lo natural como también la necesidad de lograr mayor seguridad, se han convertido en ideales a ser alcanzados, porque se los considera necesarios y por los cuales vale la pena realizar sacrificios.

Ahora bien, los clubes de campo, barrios cerrados, privados o *countries* se han convertido en una problemática especial que requiere de un estudio interdisciplinario intenso, en cuya base resulta indispensable armonizar las competencias que en ella convergen para obtener el resultado esperado, tanto desde la perspectiva del urbanismo como del medio ambiente. Más aún, la vida en esas especies de burbujas sociales aparece como una cuestión de análisis profundo también desde la órbita del desarrollo personal y de la familia toda; digo esto porque estamos hablando de que nuestros hijos crezcan y se desarrollen en un entorno que no guarda relación con la realidad ubicada más allá de los límites del barrio del cual se trate. Es cierto que todos deseamos el contacto con la naturaleza y que es menester apuntar al máximo posible en materia

de seguridad y violencia urbana, pero estos deseos no son gratuitos y merecen consideración profunda de parte de quienes toman ese tipo de decisiones.

Agregado a ello, debemos puntualizar que su notable desarrollo a lo largo y ancho del país ha creado conflictos entre municipios, comunas y provincias, pues como ha ocurrido infinidad de veces en otras tantas situaciones, la realidad se adelanta a la normativa y, de manera muy especial, al ejercicio adecuado de la función administrativa que emerge de esa norma, la cual se presenta demorada e insuficiente desde un principio.

Esto se pone claramente de manifiesto con el poder de policía, pues, aun clarificando adecuadamente el tema de las competencias, nos enfrentamos con situaciones que dificultan e impiden su ejercicio por falta de infraestructura y personal especializado, lo que deriva en una clara insuficiencia de la organización administrativa para responder adecuadamente a esta nueva realidad.

Veamos algunos ejemplos prácticos.

Una vez que el municipio o la comuna otorgan la viabilidad para la construcción del barrio en un determinado lugar, como consecuencia de la competencia que les es propia en materia de uso del suelo, aparecen las dificultades propias de la infraestructura y los servicios públicos, problemática que generalmente excede los límites geográficos del emprendimiento que nos ocupa, generando muy a menudo daños en inmuebles ubicados en otra jurisdicción, con lo cual —además del daño en sí mismo— se generan conflictos de competencia entre municipios y comunas, por un lado, y las provincias por el otro.

En este sentido podemos mencionar tanto el tema del agua potable, como los desagües cloacales y el escurrimiento hídrico.

He tenido intervención profesional en un caso de aprobación de una urbanización de mil lotes; cuando la Administración Provincial requirió el proyecto de desagües cloacales, el urbanizador respondió: es muy simple, construiremos 1.000 pozos ciegos. A lo que se le respondió: Ud. se olvida que la ciudad vecina a su emprendimiento no tiene agua potable y sus habitantes beben agua de pozo, con lo cual si Ud. lleva adelante su proyecto estará afectando la salud de los habitantes de toda una ciudad!

Algo similar ocurre con el tema de los escurrimientos hídricos; el problema más grave suele darse cuando, con la intención de potenciar su valor económico, se intenta convertir terrenos habitualmente inunda-

bles en aptos para urbanizar; a ello se agrega el deseo habitual de municipios y comunas de viabilizar todos los emprendimientos posibles, por considerar que hacen al desarrollo de la zona, que van a generar empleo, mayor movimiento económico, todo lo cual mejorará la recaudación tributaria. Ello trae aparejado que cuánto más se valoriza el proyecto, más decae la exigencia de cumplimiento de las normas locales y mayor cantidad de excepciones a las referentes a urbanizaciones se otorgan. Tanto es así que es común que esa normativa genere tantas excepciones que, por ello, desnaturalizan el sentido propio de su alcance general.

Una situación que se repite tiene que ver con las dimensiones de los lotes. Si en lugar de aceptar lotes de 1000 m² como mínimo, como excepción permitimos que sean de 500 m², las consecuencias son evidentes. Se aumenta la utilidad económica pero, junto a ella, la población y las necesidades que ese incremento trae aparejadas, todo lo cual puede conducir a la desnaturalización del proyecto original del barrio.

Y en este aspecto la experiencia indica con contundencia que los concejos municipales son —por distintas razones— muy permeables a este tipo de excepciones. Ello ocurre por dos posibles razones, a saber, por la intensidad de las presiones que reciben como consecuencia de los intereses en juego o también porque se cae en prácticas corruptas, confundiendo los intereses personales con los públicos que se tiene la obligación de tutelar.

IV. De los escurrimientos hídricos

Es de práctica que para el otorgamiento de la viabilidad de la urbanización, el emprendedor deba presentar un proyecto de escurrimiento hídrico que debe ser aprobado por el organismo provincial competente. Una vez aceptado el proyecto, es habitual que la provincia deje en manos del municipio o comuna el control de su ejecución. Lamentablemente, estos no cuentan ni con los medios técnicos ni con el personal idóneo para llevarlo adelante, de la misma manera que la provincia tampoco está en condiciones de hacerlo en todo su territorio por la cantidad de obras que se ejecutan al mismo tiempo. Este es el motivo determinante por el cual, en muchos casos, los emprendedores no las ejecutan conforme al proyecto, causando perjuicios a los propietarios ubicados en los lugares hacia donde se escurren las aguas; vale decir se logra el efecto contrario a lo que se buscaba con el proyecto original.

Reiteramos, ello se produce como consecuencia de una gestión administrativa insuficiente, que puede realizar el control preventivo que implica la aprobación del proyecto, pero a la cual le resulta imposible

materializar el control de la ejecución de las obras que deben realizarse, precisamente, respetando el proyecto.

En este estado y si el propietario perjudicado necesita encontrar un responsable, no sabrá si buscarlo en la comuna, en el municipio o la provincia, pues todos han tenido intervención, pero nadie sabe en realidad cómo se han hecho los trabajos, cómo se ha ejecutado la obra.

Sin duda alguna, la amplitud alcanzada por estos desarrollos urbanísticos ha superado las posibilidades del ejercicio efectivo del poder de policía por parte de los municipios y aún de las provincias que tampoco están suficientemente preparadas para ello.

Y cuando hablamos de no estar preparados, nos referimos tanto a contar con la normativa adecuada como con la infraestructura y organización administrativa necesarias para dar respuestas a una realidad cambiante y exigente que ha superado las previsiones de la Administración Pública en todos sus niveles.

El tratamiento de los derechos reales por parte del nuevo Código ha merecido el reconocimiento generalizado de la doctrina, que se ha tenido que habituar, por ejemplo, a un derecho real —yo diría cuanto menos especial para nuestra sociedad—, como el de superficie. La reciente normativa se lee con entusiasmo y en algunos casos deleite, pero cuando llegamos a la etapa de su concreción aparece el desánimo, producto de una normativa y gestión administrativas insuficientes, que se potencian a medida que nos acercamos a las provincias más pequeñas y a municipios y comunas que, no cuentan en muchos casos ni con los medios materiales ni con el personal preparado para asumir tamaña responsabilidad.

Se produce así una especie de desequilibrio entre importantes inversores, generalmente económicamente significativos, que deciden llevar a la práctica ambiciosos desarrollos urbanísticos, los cuales, el Estado más cercano se encuentra imposibilitado de controlar. Y las inversiones tan necesarias y esperadas apuran los tiempos, lo que conlleva aceptar con facilidad la adecuación de las normas dictadas en interés público, a los deseos del inversor. Se produce, así, una natural flexibilidad por parte de los poderes públicos, que no condice en muchos casos con el interés público que se tuvo en cuenta al dictar la normativa local en materia urbanística.

La pregunta es evidente: ¿cómo le damos adecuado tratamiento a esta realidad económica, social, constructiva, de desarrollo urbanístico impensado que ha superado la posibilidad de gestión por parte de los

poderes que tienen la trascendente misión de ejercer el poder de policía propio de esa actividad?

La respuesta requiere ser dada tanto desde el ámbito normativo como de la gestión y, aunque parezca una perogrullada —afirmo que no lo es—, se debe definir en primer lugar cuál es el desarrollo urbanístico que pretende el Estado; a partir de allí dictar la normativa que sea la adecuada al mismo, previo armonizar todo el accionar con una problemática que se debe priorizar desde el Estado, a punto tal de educar al ciudadano en lo que ello significa para nosotros y las futuras generaciones. Las inversiones son deseadas y necesarias pero no deben ser llevadas a la práctica de cualquier manera y pagando significativos costos. Si, para vivir en sociedad, los individuos aceptamos que nuestros derechos no son absolutos sino que deben ejercerse de acuerdo con las normas que los reglamenten, sin deteriorar su naturaleza pero sin posibilitar el abuso propio de un uso desmedido; de igual manera los emprendedores, desarrolladores, o cómo se les quiera llamar, deben adecuar sus proyectos a la normativa que hoy rige, en principio, sin excepciones. De esa decisión que puede originarse en el campo privado o el público dependerá nuestra calidad de vida y la de las futuras generaciones. Entonces, no nos obnubilemos con lo que necesitamos hoy y, por ello, voluntaria o involuntariamente traslademos el costo de nuestras decisiones hacia adelante.

V. Acerca del medio ambiente

A esta altura de los tiempos sabido es que la responsabilidad por el deterioro del medio ambiente se debe principalmente a la actividad del hombre, atento su actitud reacia en muchos casos, a pensar en las consecuencias futuras de su accionar en el presente porque todo se visualiza a través del prisma de lo que necesitamos o pretendemos lograr hoy, aunque de esa manera afectemos la vida de nuestros hijos. El poder económico, por un lado, y el desinterés por el otro, producen consecuencias sobre el medio ambiente que son nefastas. La cultura del hombre *light* que se da en las relaciones personales, cuando se piensa solo en disfrutar el momento sin asumir compromisos ni responsabilidades, se manifiesta también en la relación hombre-medio ambiente. La necesidad de producir ya, en el acto si es posible porque la utilidad económica debe conseguirse sin demoras, prima sobre cualquier otra consideración.

Sin ir más lejos hoy —septiembre 2016— es noticia de tapa de uno de los principales diarios del país (diario *La Nación*) que el Riachuelo “está peor que hace un siglo y sanearlo llevará 40 años”: ¡sencillamente desgarrador! Y la explicación es simple e impactante: por segundo se arrojan

al Riachuelo entre 12 y 15 m³ de agua contaminada, “algo así como tirar una camioneta utilitaria llena de ese líquido”.

Lo expresado se agrava al pensar —tal cual indica el informe periódico— que mejorar su estado será un trabajo de hormiga. Así lo informa ACUMAR, la autoridad de cuenca que se conformó para su limpieza. Cabe poner de resalto que estos datos demoledores se brindan ocho años después del fallo de la Corte Suprema que ordenó su saneamiento.

Para nuestro país no existe otro ejemplo más emblemático que el que acabo de mencionar. Es la expresión más cruel del daño que el hombre con su deleznable irresponsabilidad puede causar al medio ambiente y al futuro de millones de argentinos. Ello me lleva a afirmar que también en esta materia tan trascendente para nuestro país debemos decir NUNCA MÁS y, de una vez por todas, lograr que prime la responsabilidad personal por sobre el derecho individual.

Veamos ahora cómo ha evolucionado la preocupación del hombre por el medio ambiente; si bien existe hace décadas y de manera creciente en gran parte de nuestro mundo, hay una fecha que puede tomarse como verdadero hito en su desarrollo en cuanto a su estudio y consideración. Me refiero a la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, también conocida como Conferencia del Hombre y la Biosfera, que tuviera lugar en Estocolmo, Suecia, del 5 al 16 de junio del año 1972.

La Conferencia dio a luz una Declaración que encuentra su fundamento en la necesidad de unificar criterios y principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar el medio humano.

Se comienza afirmando que el hombre es a su vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da sustento material y le brinda la oportunidad para desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente. En su evolución, gracias a la aceleración de la ciencia y la tecnología, ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para su bienestar y el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.

Se estableció que la protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que hace al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero; un deseo urgente de aquellos y un deber de los gobiernos.

La capacidad del hombre de transformar lo que lo rodea, utilizada con discernimiento, puede llevar a todos los pueblos los beneficios del desarrollo y ofrecerles la oportunidad de ennoblecer su existencia. Aplicado errónea o imprudentemente, el mismo poder puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio. Esto lo podemos observar a diario: niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos, graves trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera, destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio por él creado, especialmente en aquel que vive y trabaja.

El crecimiento natural de la población plantea continuamente problemas relativos a la preservación del medio. Es un hecho que es menester enfrentar.

Debemos cuidar el medio al cual por ignorancia o indiferencia herimos permanentemente, a pesar de que de él dependen nuestra vida y nuestro bienestar. Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a la construcción de un medio mejor. A la paz y el desarrollo económico y social, se anexa hoy la defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras.

La palabra responsabilidad es clave y se aplica al hombre, comunidades, instituciones y empresas en todos los planos en la gestación del medio ambiente del futuro. Se requiere, además de la comunidad internacional, el aporte de recursos que ayuden a los países en desarrollo a cumplir sus cometidos en este desafío global.

Entre los principios mencionados en la Declaración quisiera recordar algunos, a saber:

El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas que le proporcionen una vida digna, pero también tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones futuras. Por ello se condenan las políticas que promuevan o perpetúen el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y cualquier forma de dominación.

Los recursos naturales deben preservarse, a la vez que debe mejorarse la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables. De igual manera deben cuidarse la flora y fauna silvestre y su hábitat, hoy en grave peligro.

Debe evitarse el agotamiento de los recursos no renovables.

Deben evitarse todo tipo de daños al ecosistema e impedir la contaminación de los mares que puedan poner en peligro la salud del hombre o dañar los recursos vivos y la vida marina.

Deben destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio, asistiendo los países más progresistas en materia económica a quienes no comparten esa bonanza.

Debe planificarse el desarrollo en armonía con la protección del medio ambiente, en especial los asentamientos humanos y los procesos de urbanización, evitando dañar al medio, a la vez que benefician a todos.

Deben aplicarse políticas demográficas que respeten los derechos humanos fundamentales.

Es indispensable educar a jóvenes y adultos en cuestiones ambientales acentuando la responsabilidad que a todos nos cabe en este tema crucial para nuestras vidas.

En cuanto a los Estados, deben recordar que la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional consignan el derecho de explotar los recursos propios, aplicando una política ambiental también propia que asegure que las actividades que se realizan en su jurisdicción no perjudican el medio de otros Estados.

No podemos menos que enfatizar también el papel de la Iglesia Católica en este tema. Ya el Papa Juan Pablo II, el 30/12/1989 se había ocupado del medio ambiente en su *ecclesia* "Paz con Dios Creador. Paz con toda la Creación". Lo expresado por el hoy Santo Juan Pablo II, fue ampliado por el Papa Francisco en su Carta Encíclica "*Laudato Si* Sobre el cuidado de la casa común".

No puedo dejar de expresar mi beneplácito con la expresión "cuidado de la casa común", pues de eso exactamente se trata, de considerar nuestra tierra, nuestro universo todo como la propia casa, dado que es allí donde transcurre la mayor parte de nuestra vida, donde criamos a nuestros hijos, donde aprendemos a compartir, donde la solidaridad entre los integrantes de la casa es la moneda corriente; se trata del lugar que cuidamos, que siempre queremos mejorar, que pasará eventualmente a nuestros hijos y por ello nos preocupamos y la mejoramos permanentemente mientras tenemos la suerte de habitarla; es el lugar del dialogo y la comprensión; allí aprendemos la educación que luego nos permitirá

formarnos en la escuela. Ese es el sentido de casa y por eso el acierto total de referirnos al mundo que habitamos como la “casa común”, invitándonos a buscar las raíces éticas y espirituales de los problemas ambientales que no encuentran solución en la técnica sino en un cambio en el ser humano.

También rescata el Papa que “nosotros mismos somos tierra (conf. Gn 2,7). Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura”.

Recuerda, asimismo, al beato Papa Pablo VI cuando dijo en un discurso ante la FAO, en su veinticinco aniversario que “los progresos científicos más extraordinarios, las proezas técnicas más sorprendentes, el crecimiento económico más prodigioso, si no van acompañados por un auténtico progreso social y moral, se vuelven en definitiva contra el hombre”.

También resulta bueno recordar que el Papa Benedicto XVI afirmó que “el libro de la naturaleza es uno e indivisible”.

Quien tomara su nombre de San Francisco de Asís no podía menos que recordarlo como el patrono de todos los que trabajan por la ecología, buscando hacer realidad esa hermosa máxima que nos dice “Armonía con todo y todos”; por otra parte, para el Papa Francisco “La pobreza y la austeridad de San Francisco no eran un ascetismo meramente exterior, sino algo más radical: una renuncia a convertir la realidad en mero objeto de uso y de dominio”.

El debate que este tema nos plantea es el siguiente: por un lado, un mundo con un constante aumento de su población, de sus necesidades y de sus prácticas de consumo que demandan una incesante y progresiva producción de bienes y servicios, generando el desafío de apuntar hacia un desarrollo sustentable en el sentido de no condicionar la vida de las generaciones futuras.

Ha costado, cuesta y costará mucho asimilar estas necesidades de toma de conciencia, pues al hombre le resulta difícil alterar sus costumbres, a la vez que no aparece como dispuesto a resignar ninguna de las comodidades que ha logrado, máxime cuando recibe a diario mensajes de una sociedad de consumo que lo presiona a tener más y no —como sería deseable—, tratar de ser más, es decir, crecer en el verdadero sentido de la palabra.

En nuestro país, el momento clave se produce con la Reforma Constitucional de 1994, en cuyo texto se trata el tema que nos ocupa de manera positiva. Dice hoy el art. 41 de la Carta Magna:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.

Este artículo es merecedor de reflexiones por parte de todos.

En primer lugar, señalar que se encuentra en perfecta sintonía con la Declaración de Estocolmo.

Asimismo, poner de resalto que se le confiere raigambre constitucional al derecho al medio ambiente; esta es una de las muchas decisiones tomada por los convencionales constituyentes que legitima la reforma constitucional. Digo esto porque todos recordamos cómo se generó la reforma y las fuertes críticas que en su momento mereció por tratarse, en rigor, de un acuerdo entre dos líderes políticos que condicionaron la competencia de la Convención Reformadora mediante el instrumento que se conoció como Pacto de Olivos —Núcleo de Coincidencias Básicas—, el cual impedía cualquier modificación en los primeros treinta y cinco artículos de la Constitución, por expresar una filosofía que no debía ser tocada.

El medio ambiente es descripto por la norma constitucional como “sano”, “equilibrado” y “apto para el desarrollo humano”; se trata de una conceptualización sumamente amplia que dista mucho de lo que ocurre en la realidad argentina. El convencional Roulet, en cita que realiza Guido Tawil en su artículo “La cláusula ambiental en la Constitución

Nacional” (3) nos dice: “el concepto de sano no solamente tiene que ver con la preservación y no contaminación de los elementos, como el aire que respiramos, el agua que bebemos o el suelo del cual podemos obtener los alimentos, sino además con todos aquellos ámbitos construidos por el hombre. Sano significa una ciudad con cloacas, con agua corriente, control del ruido y de las emanaciones, y con espacios verdes suficientes en relación al espacio construido. Sano significa una vivienda adecuada, seca, aislada y luminosa; un ámbito de trabajo —ya sea una fábrica o una oficina— adecuada a su función, segura y confortable. Sano significa que las escuelas donde los niños y los adolescentes pasan una gran parte de su vida tengan este mismo tipo de condiciones, pudiendo hacer extensivo los mismos a los hospitales, las cárceles, etcétera”.

En opinión de Tawil (4), la incorporación del art. 41 plasma una intención política, por cierto loable, pero en modo alguno suficiente, en rigor una declaración de principios programáticos o enunciativos de dudoso valor práctico en cuanto a su tutela judicial efectiva.

Creo que se nos plantean dos escenarios posibles; adoptar una actitud como la de países ejemplares en el mundo en cuanto a la preservación del medio ambiente como Estados Unidos y Alemania que no poseen cláusulas ambientales en sus leyes supremas pero que en la práctica realizan una tarea admirable; por otra parte, nuestro país integrante de una larga lista de países que consideran oportuno incorporar expresamente los derechos al texto constitucional, aunque la realidad indique que ello es aún imposible de lograr.

Si nos detenemos por un momento en las expresiones de la convencional más arriba citadas parece hasta falta de seriedad hablar de no contaminación del agua cuando en muchas partes del país falta: baste recordar al respecto aquella dolorosa expresión “tengo hambre de agua” que fuera tan mediatizada; o hablar de la calidad de las cloacas o de espacios verdes suficientes en relación con el espacio construido cuando lo que no existe es “lo construido” porque la crisis de vivienda en el país es gravísima; o de *ámbitos* de trabajo adecuados cuando el problema es la desocupación; etcétera.

Ahora bien, esto es verdad ¡una lacerante verdad!, pero también es cierto que fue la incorporación del art. 41 a la CN el hecho determinante para que empezáramos a tomar conciencia de la trascendencia del tema para nosotros y las futuras generaciones. Fue necesaria esa toma de con-

(3) TAWIL, Guido, “La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”, LL 1995-B-1291.

(4) TAWIL, Guido, “La cláusula ambiental...”, cit., p. 1301.

ciencia para que aprendiéramos una nueva y valiosa expresión como lo es la “solidaridad generacional”. Los países de esta parte del mundo necesitan plasmar estos derechos en sus leyes fundamentales no porque van a ser realidad en el corto plazo sino para que no nos acostumbremos a vivir sin ellos.

Por eso valoro y destaco positivamente la incorporación de una cláusula constitucional que ha sido menester para el dictado de la ley nacional que abordaremos más adelante, leyes provinciales en idéntico sentido, fallos ejemplares como el referido a la Cuenca La Matanza Riachuelo y el nacimiento de Secretarías de Medio Ambiente o su elevación al rango de ministerios como ha ocurrido en muchas provincias argentinas.

Siguiendo con el análisis del artículo, enfatizamos que se promueve un desarrollo sustentable al establecer que las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de generaciones futuras. Se materializa así el principio de la solidaridad generacional a que hacíamos referencia. Con palabras muy sencillas pero contundentes la Ley Suprema nos dice que es menester producir hoy porque las necesidades existen pero —advierte— ello no da derecho a comprometer el bienestar de nuestros hijos.

También se establece sobre cada uno de los habitantes de nuestro país la obligación expresa de preservar el medio ambiente.

Completando la obligación citada, se plasma la de recomponer en forma prioritaria el daño causado. Cuando se habla de daño la norma se está refiriendo al que se materializa en alguna degradación al medio ambiente como, asimismo, al que se manifiesta sobre la persona o su patrimonio. En cuanto a la expresión “recomponer” nos está diciendo que lo prioritario no sería reparar sino restituir las cosas al estado que tenían antes de producirse el evento dañoso. Si bien en algunos casos esto puede resultar difícil sino imposible, es de destacar la finalidad de la norma: debe intentarse por todos los medios que el bien jurídico protegido —medio ambiente— vuelva a su estado natural, es decir, al existente antes de la intervención dañina del hombre.

Concomitantemente con las obligaciones en cabeza de los habitantes, se consigna la que corresponde al Estado, al establecer que pesará sobre las autoridades la de proveer a la protección del derecho al medio ambiente, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica.

Será el Estado, entonces, mediante la utilización de un adecuado poder de policía el que deberá tomar todas las medidas conducentes a la

protección de los aspectos de la naturaleza, de nuestra cultura, flora y fauna que posibiliten hacer realidad el sueño de una vida más sana.

Para proteger este valioso derecho a un ambiente sano y equilibrado el convencional constituyente ha incorporado la acción de amparo en una concepción más amplia que las que existían en las constituciones y legislaciones provinciales. Ello se ha dado en especial en punto a los derechos protegidos y la legitimación procesal activa y pasiva. En este punto nos interesa detenernos en la legitimación activa pues la norma constitucional consigna en primer lugar al "afectado". Quizás se discuta quién es el afectado, pues yo creo que la interpretación debe ser amplia; es el vecino, es el miembro de esta sociedad que padece amenazas, riesgo o daño derivados de un accionar que afecta el ambiente sano y equilibrado, en definitiva a todos y cada uno de los habitantes de la Argentina que sufra como consecuencia de un determinado accionar no respetuoso del ambiente deseado. Pero no solo el afectado puede iniciar la acción de amparo, sino también hacerlo a través de las asociaciones que propendan a esos fines o recurrir al Defensor del Pueblo que ha nacido para proteger nuestros derechos, garantías e intereses tutelados en la constitución y las leyes, precisamente ante hechos, actos u omisiones de la administración. La acción de amparo es así hoy el medio más poderoso para que el Estado cumpla con el papel que se le ha conferido con la incorporación de este novel derecho a la CN.

Los medios están previstos pero, luego de más de dos décadas de vigencia de la manda constitucional, el Estado en sus distintos niveles no ha logrado aún plasmar el nivel de protección que se requiere.

Cabe subrayar que sí se ha cumplimentado con la obligación de dictar la normativa nacional que plasme los presupuestos mínimos de protección y también se ha avanzado en cuanto a la normativa provincial que tiene la función de complementarla. Lo que no se logra cristalizar aún es la necesaria gestión de la administración pública en cualquiera de sus niveles, que garantice que la normativa sea realidad.

Veamos la ley nacional nacida como consecuencia de la Reforma del '94. Se trata de la ley 25.675 sancionada y promulgada parcialmente en el mes de noviembre de 2002.

Al referirse en su art. 1º al bien jurídicamente protegido destaca que habrá de establecer los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Atento el alcance de este trabajo considero oportuno referirnos a su art. 4º porque en este se plasman los principios de la política ambiental que deberán respetar los ordenamientos provinciales. Simplemente los mencionaré. Ellos son: congruencia, del cual surge precisamente que la legislación provincial y municipal a dictarse deberá ser adecuada a los principios y normas de la nacional y, si así no fuere, esta prevalecerá sobre toda otra que se le oponga; prevención, precautorio, de equidad intergeneracional; de progresividad, en el sentido del logro de los objetivos ambientales en forma gradual, tratando de facilitar la adecuación de las actividades relacionadas con esos objetivos; de responsabilidad, estableciendo que el generador de los efectos degradantes del ambiente es responsable de las acciones tendientes a su recomposición, sin perjuicio de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan; de subsidiaridad por parte del Estado; de sustentabilidad, referido naturalmente al desarrollo económico y social; de solidaridad, por parte de la Nación y los Estados provinciales; y de cooperación, relacionado con los recursos naturales y sistemas ecológicos compartidos.

Define el presupuesto mínimo al que refiere el art. 41 diciendo que es toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional.

También cabe mencionar que se plasma la participación ciudadana estableciendo el derecho a ser consultado y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del medio ambiente que tengan alcance general.

En concordancia con lo expresado, las provincias han dictado su propia legislación respetando la normativa nacional y los principios por ella enunciados. Ello es así porque, como no podría concebirse de otra manera, el fenómeno del medio ambiente abarca todas las jurisdicciones; de allí que se produzca esta especie de descentralización normativa, primero la nacional, en segundo lugar y en consonancia con ella la provincial y de idéntica manera la municipal.

Dicho esto, ubicándonos en la geografía provincial y volviendo al tema de las urbanizaciones, cabe consignar que a este nivel ya no puede pensarse solamente en cumplimentar con el denominado estudio de impacto ambiental propio de cada proyecto, sino que siguiendo el ejemplo europeo debemos tender hacia la "evaluación ambiental estratégica" porque no solamente debe integrar sino anticipar, estudiando la viabilidad de la estructura vial existente, la eliminación de residuos y en general todos los servicios propios de estas pequeñas ciudades que han comenzado a pulular en lugares cercanos a las grandes.

Ahora bien, la realidad provincial nos indica que tanto la normativa administrativa como la gestión administrativa necesaria para hacerla realidad se encuentran aún en una etapa inicial que no guarda relación con el impacto que están teniendo estos proyectos urbanísticos receptados en el Cód. Civ. y Com. unificado como derecho real.

Se trata de fenómenos constructivos que trascienden claramente las fronteras de la obra en sí, impactando claramente en el medio ambiente que es obligación de todos tutelar.

Esto nos conduce a un tema que a nuestro entender no ha merecido aún adecuado tratamiento. Me refiero concretamente al poder de policía en materia ambiental y competencias municipales urbanísticas.

VI. Poder de policía en materia ambiental y competencias municipales urbanísticas

Al comienzo de este trabajo enfatizamos el poder de policía del uso del suelo y la competencia local en la materia. Lo expresado en ese momento debe ahora evaluarse a la luz de la reforma del '94, debido a un aspecto substancial, cual es el reconocimiento de la temática del medio ambiente, como consecuencia de la importancia que ella tiene para el presente y el futuro de la sociedad argentina y universal. Esa es la razón por la cual nos hemos referido a esta cuestión con cierto detenimiento en este trabajo.

La forma en que se ha potenciado en nuestra realidad social el fenómeno del medio ambiente y su reconocimiento constitucional como derecho individual a uno sano y equilibrado han introducido un nuevo debate acerca de competencias y jurisdicciones en torno a tres cuestiones íntimamente relacionadas, el uso del suelo, el medio ambiente y el ejercicio del poder de policía que les es propio. El hecho es simple: el uso del suelo tiene una geografía completamente local que se agota en el ejido urbano o suburbano del cual se trate, mientras que el tema ambiental lo trasciende al abarcar una zona geográfica mucho más amplia y alejada de la competencia municipal o comunal. Creo sinceramente que su tratamiento normativo y de gestión administrativa está hoy casi en pañales a lo largo y ancho del país, lo que nos motiva a tratar de aportar desde nuestra posición como profesional liberal y funcionario público.

Es cierto que la mayoría de las constituciones provinciales han incorporado el derecho al medio ambiente y han dictado legislaciones receptando los presupuestos básicos de la norma nacional, pero muy lejos estamos aún de que ello se plasme en la realidad de la gestión adminis-

trativa. En este sentido, la experiencia personal me indica que el debate acerca de la necesaria armonización entre el poder de policía del uso del suelo que emana del principio de la autonomía municipal con el correspondiente al medio ambiente que detenta toda provincia en razón de su proyección geográfica; no ha comenzado aún.

Esto es preocupante porque la realidad demuestra que existen tiempos e intereses distintos; graficaré con un ejemplo: sabido es y se ha dicho a lo largo de estas líneas que cualquier administración municipal y comunal se entusiasma y en algunos casos desespera por recibir inversiones que signifiquen movimiento económico, producción e ingresos fiscales genuinos. Esta especie de colisión de intereses se presenta de la siguiente manera: cualquier inversor se maneja con tiempos que no coinciden con los de la Administración Pública y cuando ello ocurre es natural —hasta diría comprendido por nuestra sociedad— recurrir al atajo. Ello no significa de manera alguna hablar de mala fe en el accionar empresarial y mucho menos de corrupción desde la Administración Pública.

Ahora bien, la necesidad de avanzar con los proyectos de desarrollo urbanístico en el menor tiempo posible comienza en muchos casos con conductas que sí podrán ser calificadas de nocivas. Me refiero especialmente a aquellos que lo primero que requieren es el tratamiento de excepción. La palabra “excepción” se ha convertido en este sentido en una especie de concepto disvalioso y peligroso porque en muchos casos genera corrupción o cuánto menos corruptela. El trato especial es el que habitualmente conduce a los cuerpos legislativos locales a conducirse en muchos casos mirando más hacia la economía personal que al interés público. Así, hemos visto pulular normas de excepción que convierten en especial a la norma general, llámese Código Urbano o como se lo quiera denominar.

Pero también se dan en la práctica otro tipo de situaciones que se ubican en la órbita del delito. Argumentaré con un ejemplo: La ciudad de Villa Constitución en la Provincia de Santa Fe tiene aproximadamente 52.000 habitantes y en este preciso momento está inmersa en un conflicto de proporciones. Una empresa presentó un proyecto de loteo —casi 900 lotes que se vendieron en su totalidad— y para que se le otorgara el Estudio de Impacto Ambiental se fraguaron datos acerca de las obras de infraestructura que era obligación del emprendedor realizar (se adujo un nivel de ejecución del orden del 80% cuando la realidad era diez veces menor). Los datos que han tomado estado público indican que la empresa recaudó una cifra del orden de los diez millones de dólares pero la obra está sin ejecutar. Esa conducta delictiva contó con un accionar

funcional del Estado que merecerá oportuna calificación judicial pero que ha sido gravísima. Lo cierto es que 900 familias —prácticamente una pequeña ciudad— han sido engañadas y el Estado es claramente responsable por acción y omisión.

La situación debe completarse con el análisis de la publicidad que conduce al engaño; digo esto porque al adquirente se le ofrecen en venta “lotes” que en rigor no existen jurídicamente como tales, ya que para ello requieren como último paso la inscripción del plano de mensura en la dependencia catastral que corresponda y ello no ha ocurrido, razón que torna la publicidad en engañosa.

Naturalmente estamos frente a situaciones que caen en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor y deben ser tratadas como tales; lo que estamos intentando señalar es que ello ocurre porque no existe la complementación necesaria entre los distintos niveles del Estado, local y provincial. Los controles tienen que ser sumamente rigurosos; debemos prohibir la publicidad engañosa porque viola el derecho constitucional y legal a la información adecuada y veraz; y en este sentido el objeto del derecho de propiedad adquiere relevancia decisiva; para ello la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental que debe reflejar si existe la infraestructura de obras adecuada que el proyecto exige, es de vital importancia. Solo mediante esta intervención del organismo con competencia en el medio ambiente, se puede asegurar que el lote no sea una especie de laguna, que exista un proyecto de escurrimiento hídrico adecuado, que no existan limitaciones al derecho de propiedad, como la cercanía de bosques nativos; o situaciones especiales como los pasivos ambientales —p. ej., que en ese terreno no hubiere funcionado una estación de servicio—. Dicho en otras palabras, el futuro adquirente debe tener certeza en cuanto a lo que está comprando: el objeto del derecho de propiedad no puede deparar sorpresas o ser fuente de disgustos.

Lo expresado solo puede lograrse con adecuada normativa y gestión administrativa para que los conjuntos inmobiliarios que estamos analizando sean la expresión verdadera del derecho real buscado.

VII. De los parques industriales, empresariales o náuticos

El concepto de emprendimiento urbanístico que surge del art. 2073 tiene una amplitud y una generosidad dignos de mencionar, entre lo que cabe destacar que abarca tanto cuando el destino es de vivienda permanente o transitoria, laboral, comercial o empresarial. Naturalmente, el grado de importancia e incidencia de la normativa administrativa local, dependerá mucho de su destino, pues no es lo mismo legislar sobre bie-

nes destinados a fines industriales que a empresariales o náuticos. Tanto desde el punto de vista de uso del suelo, como del medio ambiente o de la infraestructura necesaria y exigible. Considero que la preocupación de municipios y comunas en cuanto a esta temática es evidente; baste al respecto observar cómo en gran parte de ellos se destacan las zonas industriales.

Cabe puntualizar que si de fines industriales o comerciales se trata, el control de daños al medio ambiente debe estar caracterizado por la inmediatez, porque el poder de policía debe ser permanente dado que su razón de ser es establecer o determinar que el emprendimiento no causa daño con su funcionamiento a través del tiempo. Se trata, en rigor, de mantener controles de evolución ambiental que posibiliten realizar los cambios necesarios para mantener las condiciones ambientales deseadas.

En este sentido y en especial cuando hacemos referencia a la producción agropecuaria aparece como preocupante que pueda darse un ejemplo más de las actitudes pendulares que aparecen por cientos en la historia de nuestro país. Digo esto porque la colisión entre la utilización de fitosanitarios y la distancia que la tierra sembrada debe guardar respecto del ejido urbano es un tema permanente en las zonas agropecuarias; digo esto porque en agosto pasado se realizó el XXIV Congreso Aapresid y el senador por Nebraska, USA John Kuehn habló del “derecho a producir”, destacando que está propiciando que el mismo se incorpore a la Constitución de su Estado de la misma manera que ya figura en los estados de Missouri y Dakota del Norte. Afirma esto por considerar que los políticos están cada vez más alejados del sector agropecuario, a la vez que ganan terreno las campañas ambientalistas. Su intención —afirma— es plasmar en la constitución un principio de protección de la agricultura en línea con el interés general de los ciudadanos.

Es evidente que la temática es delicada y el valor salud está por encima de toda discusión pero debemos ser prudentes por dos características propias de los argentinos: nos vamos a los extremos y somos propensos a prohibir.

Tal como surge del art. 2075 todos los aspectos referidos a zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción. Inclusive es menester destacar que el art. 2078 plasma la obligación que pesa sobre los propietarios de mantener una buena y normal convivencia, a la vez que protegen los valores paisajísticos, arquitectónicos y ecológicos.

Cabe consignar también lo normado en el art. 2079 con respecto a la localización de los emprendimientos y sus límites perimetrales, los cuales deben respetar las normas provinciales y municipales aplicables. Con respecto a los límites perimetrales y el control de acceso deben llevarse a cabo en la forma que las reglamentaciones locales, provinciales o municipales establezcan en función de aspectos urbanísticos y de seguridad.

Con referencia a la relación entre normas administrativas y el reglamento de propiedad horizontal, este puede establecer limitaciones edilicias o de otra *índole*, servidumbres y restricciones a los dominios particulares, como así también las reglas de convivencia. Agrega el art. 2080 que todo ello deberá ejecutarse teniendo en miras el beneficio de la comunidad urbanística. Es dable destacar la preocupación e intervención de la normativa local en punto a beneficiar a lo que la norma denomina “comunidad urbanística”. Más aún, debemos pensar en la necesidad que esa convivencia dentro de la llamada comunidad también sea una realidad entre las distintas comunidades porque su proliferación requiere que empecemos a utilizar un lenguaje que puede definirse como de convivencia entre urbanizaciones que por compartir espacios geográficos, comparten necesidades, como las escolares, el transporte, los residuos y, en general, todas las aquellas que no encuentran su límite en el perímetro del proyecto urbanístico, sino que lo trascienden.

Es de destacar que toda limitación o restricción establecida en el reglamento debe ser transcripta en las escrituras traslativas del derecho de propiedad horizontal especial, como manera de garantizar el debido conocimiento de lo que se está transfiriendo a los adquirentes. Dicho en otras palabras la descripción adecuada del objeto del derecho de propiedad. Lo expresado se logra cuando en el reglamento no solamente se plasman las limitaciones urbanísticas —alturas máximas, retiros, tipo de material a utilizar o especies arbóreas a plantar, etc.—, sino también las referidas a otros derechos reales como las servidumbres o cualquier tipo de restricciones a los dominios individuales de los propietarios de las unidades funcionales.

Una referencia especial merece el art. 2084 pues, partiendo de las normas administrativas aplicables, consigna que pueden establecerse servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos inmobiliarios entre sí o con terceros conjuntos, a fin de permitir un mejor aprovechamiento de los espacios e instalaciones comunes. Creo que no solamente se apunta a aprovechar mejor lo que es común, sino también a dar respuestas conjuntas a necesidades que es menester atender desde el grupo y no desde el emprendimiento individual. De alguna manera y salvando

las distancias es lo que ocurre en las llamadas áreas metropolitanas y su actitud frente a los servicios públicos que trascienden la geografía de cada municipio tomado en forma individual.

VIII. De los tiempos compartidos

Todo lo que hemos expresado acerca de los emprendimientos urbanos se aplica claramente a este derecho real, razón por la cual no merecerá en este trabajo mayores comentarios.

IX. De los cementerios privados

Desde siempre el tema de los restos mortales ha estado vinculado con la religión y los temas sagrados y considerado como cosa fuera del comercio; por eso los cementerios se ubicaron históricamente en ámbitos territoriales cercanos a las iglesias. Cuando se les quitó el carácter religioso —1821— aparece el Estado haciéndose cargo del tema y regulando su organización mediante leyes y ordenanzas municipales.

Se trataba de bienes pertenecientes al dominio público y el particular podía acceder a *él* mediante la figura de la concesión de uso de un bien del dominio público, regido por el derecho administrativo pero que se encontraba amparado por la garantía constitucional de la propiedad.

Tal como surge del art. 237 inc. f) del Cód. Civ. y Com. los cementerios públicos pertenecen al dominio público municipal y por ello son inembargables, imprescriptibles e inenajenables (art. 237). El particular accede al mismo mediante la figura de la concesión que le otorga la posibilidad del uso especial de un bien del dominio público, pasando a ser titular de un derecho real administrativo.

Yendo ahora a los cementerios privados el Cód. Civ. y Com. considera como tales a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos. Si bien habla de bienes de particulares no puede descartarse la posibilidad de destinar a esa finalidad bienes del dominio privado del Estado. Se rigen por normas del derecho privado y pueden ser objeto de derechos en favor de terceros a partir de lo que conocemos como sepulcro o sepultura. Precisamente los hoy popularizados cementerios parque o jardín tienen solo sepulturas y en algunas legislaciones solo ellas son las permitidas.

El Cód. Civ. y Com. ha dejado de lado el tratamiento como derecho personal, mediante la figura del contrato innominado y lo considera

como derecho real —art. 1887 inc. e)—; ello implica que se trate de un derecho real sobre cosa propia, principal, registrable y que se ejerce por la posesión, tal como surge de los arts. 1888/1891.

Resulta por cierto curioso y he escuchado críticas al respecto que en el art. 1887 se hable de cementerio privado, cuando luego en el 2112 se dice “Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales”. Quizás la expresión del 1887 debió ser la del 2112.

La pregunta que surge es si estamos frente a un derecho sobre cosa propia o ajena; en este último caso en una variante del derecho de superficie, dado que una persona sería titular de un terreno afectado a un cementerio, mientras que otras adquirirían un derecho real sobre cosa propia en el espacio destinado a sepultura —en general bajo tierra— y gozarían del derecho al uso de espacios comunes.

En cuanto a las normas de policía nos dice el art. 2113 “El administrador, los titulares de sepultura y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria”.

El poder de policía en materia mortuoria es el aspecto que más se destaca desde la normativa administrativa provincial; pero a nuestro entender es vital también el respeto a las normas urbanísticas que se inician con la ubicación del cementerio para llegar al objeto de derecho de propiedad deseado, porque en este supuesto es tan grave la compra de un terreno inundable como en los ya analizados. También será menester evitar la propaganda engañosa que puede darse y de hecho ocurre en la realidad. Se trata, en definitiva, de una función que el Estado debe garantizar y la actividad privada solo gestionar cuando el Estado lo permite y respetando la normativa administrativa local. Regulación adecuada y control de su cumplimiento aparecen como recaudos elementales. Desde el inicio de los tiempos, el descanso de quienes ya no están entre nosotros ha sido motivo de preocupación y consideración por todas las sociedades. Por ello merece todo nuestro respeto.

DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO: RÉGIMEN JURÍDICO⁽¹⁾

POR DANIELA UGOLINI

I. Dominio público y privado. Introducción

Entre los bienes del Estado se distinguen los bienes del dominio público y los bienes de su dominio privado. Esta clasificación que se estableció en el Cód. Civil de Vélez Sarsfield y se ha mantenido en el nuevo Cód. Civ. y Com. vigente a partir del año 2015 tiene su origen en el derecho francés.

Ya André de Laubadère explicaba que la distinción del dominio público y del dominio privado es relativamente moderna, ya que no existía en el antiguo derecho francés.

En efecto, recuerda que en el antiguo régimen, los bienes pertenecían a la Corona, eran heterogéneos pero la condición jurídica de todos era la misma: eran propiedad del rey, si bien luego de la Ordenanza de Moulins de 1566 fueron progresivamente sometidos a la regla de la inalienabilidad.

Con posterioridad a la Revolución Francesa, el decreto del 22 de noviembre, 1er. Dic. 1790, denominado Código de Dominio introdujo un importante cambio en la concepción del dominio de la Corona que pasó a denominarse “dominio de la Nación” y se descartó la inalienabilidad. Se proclamó que la facultad de enajenar, como atributo esencial del derecho de propiedad, reside en la Nación y en consecuencia, los bienes son inalienables sin la intervención de la Nación, pero pueden ser vendidos y enajenados en virtud de un formal decreto del cuerpo legislativo, apro-

(1) Ampliar en UGOLINI, Daniela, *Bienes privados del Estado*, Astrea-Ediciones Rap, Buenos Aires-Bogotá, 2015.

bado por el rey (2). Más tarde, el acta adicional a las constituciones del Imperio, del 22 de abril de 1815 dispuso que ningún dominio puede ser vendido ni permutado sino en virtud de una ley.

Por otro lado, en el Cód. Civil francés de 1804 no existió la distinción de dominio público y dominio privado, ya que se usaron expresiones como “dominio público” o “bienes pertenecientes a la Nación” que actualmente se reconocen como sinónimas (3).

Fue, en cambio, la doctrina, a partir del siglo XIX, que efectuó la distinción de estos términos y en particular Víctor Proudhon, profesor de la facultad de Dijon quien elaboró su teoría con fundamento en la necesidad de someter ciertos bienes a un régimen exorbitante del derecho civil, en particular para conservar para ellos, bajo una nueva forma, el principio de la inalienabilidad. La doctrina y la jurisprudencia fueron aceptando la distinción y la terminología de “dominio público” y “dominio del Estado”, cambiando rápidamente esta última expresión en “dominio privado” (4).

La distinción está vinculada a la condición de ciertas cosas cuya propiedad no corresponde a nadie de manera exclusiva, por estar destinadas al uso de todos y, en cambio, deben ser protegidas por el poder público que tiene la obligación de garantizar su disfrute al conjunto de la sociedad. Por otro lado, el dominio privado del Estado incluye los bienes productivos, que generan las rentas del Estado. Los primeros gozan de la protección de la inalienabilidad e imprescriptibilidad, mientras

(2) Al respecto, se destaca la siguiente resolución dictada por el Consejo de Estado el 10/7/1970 en “Sté civ. du domaine du Suroit”: “Considerando que, si al poner fin a la regla de la inalienabilidad del ‘dominio nacional’, el decreto del 28 de noviembre-1 de diciembre de 1790, posibilitó, mientras estuvo en vigencia, la adquisición por prescripción de derechos reales sobre el dominio, resulta de las disposiciones de los arts. 8º y 36 de ese decreto que tal posibilidad se abre para los bienes, siempre que previamente se autorice la enajenación por ‘un decreto formal del cuerpo legislativo aprobado por el rey’; que ninguna autorización ha sido otorgada en esta forma para los terrenos objeto de litigio; que por lo tanto los titulares de la sociedad litigante no pudieron adquirir por prescripción por aplicación del citado decreto” (citado en DE LAUBADÈRE, André - GAUDEMÈTE, Yves, *Traite de droit administratif*, actualizado, EJA, París, 1998, v. 2, p. 123).

(3) DE LAUBADÈRE, André - GAUDEMÈTE, Yves, *Traité de droit administratif*, cit., v. 2, ps. 19-21.

(4) De Laubadère aclara que en realidad Proudhon divulgó en su *Tratado de dominio público*, los elementos encontrados en las obras de los comentaristas del Cód. Civil como Pardessus, Toullier, Delvincourt, Duranton (DE LAUBADÈRE, André - GAUDEMÈTE, Yves, *Traité de droit administratif*, cit., p. 21).

que los segundos no gozan de tal protección por estar dentro del tráfico comercial.

Esta teoría se mantuvo en la doctrina francesa hasta principios del siglo XX cuando se planteó un interesante debate entre Hauriou y Duguit sobre la existencia o no de un derecho de propiedad sobre los bienes del dominio público.

Hauriou sostuvo que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre los bienes del dominio público dado que no existe ningún obstáculo para que pueda apropiarse de esos bienes, si se tienen en cuenta, no su conjunto, sino una porción (el metro cuadrado), aunque admite que este derecho presenta características particulares en atención al destino al que están afectados los bienes del dominio público.

Por otro lado, Duguit considera que por su propia naturaleza, los bienes que integran el dominio público no son susceptibles de un derecho de propiedad y que en relación con estos bienes el Estado solo tiene un deber de protección y garantía. Duguit extiende su teoría también a los bienes del dominio privado y propone una “escala de la dominialidad” dominialidad. Aclara que, en realidad, todos los bienes del Estado, de un modo u otro, están afectados a fines públicos y, por ello, la diferencia entre los bienes del dominio público y los del dominio privado está determinada por la intensidad de tal afectación. En relación con los bienes del dominio público, la afectación es tan intensa que hace imposible la existencia de un vínculo de propiedad entre la administración y los bienes que forman parte del dominio público. En el fondo, se sostiene que Duguit está rechazando la distinción entre dominio público y privado del Estado y que el régimen jurídico aplicable a los bienes públicos en cualquier caso es un régimen de derecho público, distinto del propio de las relaciones de propiedad de derecho privado (5).

Sin embargo, la tesis de Hauriou sobre la existencia de un derecho de propiedad del Estado, también respecto de sus bienes del dominio público fue aceptada y seguida mayoritariamente por la doctrina y por la jurisprudencia, por obra de otros autores como Walline, Bannard, Rolland y actualmente según la tesis de Yolka sobre la propiedad pública (6).

(5) SERNA VALLEJO, Margarita, “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”, en obra colectiva, GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, ps. 35-36.

(6) DE LAUBADÈRE, André - GAUDEMET, Ives, *Traité de droit administratif*, cit., ps. 29-30.

Así, en Francia, el reconocimiento de un derecho de propiedad pública tanto sobre los bienes del dominio público como privado conduce a reexaminar el alcance de su régimen jurídico y la distinción entre tales bienes.

En efecto, Auby sostiene que existe una atenuación de la distinción, dado que no es exacto que los bienes que satisfacen el fin de interés general son bienes del dominio público y que el dominio privado se compone de bienes que presentan un interés financiero o patrimonial, ya que estos bienes del dominio privado también satisfacen incontestablemente el interés general y, además, aun en el caso en el que la gestión del dominio privado presenta un aspecto patrimonial o pecuniario, ello concurre no menos a la satisfacción del interés general. Por lo tanto, concluye que cada categoría de bien público está sometido a un régimen exorbitante en la medida en que este régimen es necesario para asegurar la protección o la afectación. En efecto, la distinción que se establece entre las distintas categorías de bienes patrimoniales se debe a una distinción entre los diferentes atributos de la “dominialidad”. Así, el legislador o la jurisprudencia, para cada categoría de bienes públicos apelan a las reglas exorbitantes que les parecen necesarias para asegurar la protección de estos bienes, dando lugar a una escala de reglas que comportan un máximo de exorbitancia a mínima, si bien nunca dicha exorbitancia está ausente. Por lo tanto, la distinción es profundamente relativa (7). Este autor sigue en este aspecto la posición de León Duguit sobre la escala de la “dominialidad” (8).

Otros autores ponen de manifiesto que, si bien el principio general es que a los bienes del dominio privado se aplican las normas del derecho privado, son numerosas las normas de derecho público que se les aplican y que son derogatorias de las de derecho privado, tanto en materia de adquisición de bienes, de enajenación y de gestión, en particular, sobre las locaciones. También en cuestiones de competencia hay excepciones que la atribuyen al juez administrativo y no al juez ordinario (9).

(7) AUBY, J. M., *Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration*, EDCE, 1958, p. 35, citado por DEBBASH, C. - BOUDON, J. - PONTIER, J. M. - RICCI, J. C., *Droit administratif des biens*, Presses Universitaires de France, París, 1999, ps. 53-54.

(8) DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed., Fontemoing y Cie., París, 1923.

(9) DEBBASH, C. - BOUDON, J. - PONTIER, J. M. - RICCI, J. C., *Droit administratif des biens*, cit., ps. 56-66.

En el mismo sentido, Yolka sostiene que la división entre dominio privado y dominio público tiende a desaparecer, si bien aclara que en Francia uno de los motivos por los cuales se mantiene es por la existencia de la doble jurisdicción, a pesar de que no coincida la frontera entre los dos dominios con la línea divisoria entre derecho público y derecho privado, por un lado, o entre competencias respectivas del juez administrativo y el juez ordinario, por el otro. Al respecto, señala que la fragmentación de los regímenes que implicaría la supresión del marco bipartito lleva a plantearse la necesidad de adaptar medidas que acompañen, como el reconocimiento de reglas comunes al conjunto de bienes públicos y una definición extensiva de la propiedad pública. Considera este autor que la toma de conciencia de la sumisión parcial del dominio privado al derecho público ha preparado el terreno para una extensión de la teoría de la propiedad pública más allá del dominio público (10).

Este régimen unitario ha sido plasmado en Francia en el nuevo Código General de la Propiedad de las Personas Públicas(11) que constituye un régimen jurídico especial y propio para los bienes de las personas públicas, derogatorio de normas del Cód. Civil.

En el nuevo CGPPP la noción de propiedad engloba todos los bienes de todas las personas públicas, tanto del dominio público como privado. Los bienes públicos constituyen una unidad que, según los momentos y la decisión del legislador, se distribuyen en bienes del dominio público o bienes del dominio privado, pero la diferencia de “dominialidad” reside en el régimen jurídico que se aplica a la propiedad pública y no como a dos formas de propiedad (12).

Se sostiene que los bienes que pertenecen a las personas públicas están sometidos a un derecho exorbitante del derecho común, lo cual surge

(10) YOLKA, Philippe, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, EJA, París, 1997, ps. 529-558.

(11) Las normas del Cód. Civil referidas a los bienes del Estado han sido derogadas y reemplazadas por el Código General de la Propiedad de las Personas Públicas (CGPPP), aprobado por ordenanza nro. 2006-460 del 21/4/2006, vigente a partir del 1/7/2006, y ratificada por la ley 2009-526 del 12/5/2009, art. 138-1, que también derogó en parte el Código de Dominio del Estado, oportunamente aprobado por el dec. 62-298, 62-299; 62-300 del 14/3/1962. Este Código General de la propiedad de las personas públicas, conocido también como CG3P, se compone de 5 partes: I. Adquisición; II. Gestión; III. Cesión; IV. Otras operaciones inmobiliarias de las personas públicas; V. Disposiciones relativas a ultramar.

(12) GAUDEMET, Yves, *Droit administratif des biens*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, París, 2008, ps. 32-35.

del mismo art. 537 del Cód. Civil francés, segundo párrafo, en cuanto establece que “Los bienes que no pertenecen a los particulares son administrados y solo pueden ser enajenados en las formas y siguiendo las reglas especiales que les son pertinentes” y, del mismo modo, el art. 2º del CGPPP dispone su aplicación a los bienes y derechos de las personas públicas “en las condiciones fijadas por los textos que las rigen”. Si bien este régimen exorbitante se refiere principalmente al dominio público que se caracteriza por el principio de la inalienabilidad, para los bienes del dominio privado el régimen de derecho privado se aplica adecuándolo al derecho público y al funcionamiento del Estado y de las entidades territoriales que están ajenos al derecho común de los bienes (13).

En España se ha sancionado en el año 2003 la “Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas”, cuyo objeto es establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones Públicas, y regular, de conformidad con lo dispuesto en el art. 132 de la Constitución española, la administración, defensa y conservación del patrimonio del Estado (art. 1º de la ley 33).

En nuestro país, la Ley de Administración Financiera 24.156 promulgada en el año 1992 (14) estableció en su art. 135 que el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) debía presentar al Congreso un proyecto de ley sobre contrataciones del Estado y otro sobre administración de bienes del Estado (15).

Si bien, en el año 2001 se aprobó el Régimen de Contrataciones mediante el decreto delegado 1023/2001 (16) que derogó el Capítulo VI de la anterior Ley de Contabilidad (dec.-ley 23.354/1956), por el contrario, aún no se sancionó la ley de bienes del estado, deuda pendiente, estando así vigente el Capítulo V de la citada ley de contabilidad “De la gestión de los bienes del Estado”, normas insuficientes a los fines de establecer el régimen jurídico de los bienes del dominio público y del dominio privado del Estado.

(13) BERGEL, Jean L. - BRUSCHI, Marc - CIMAMONTI, Sylvie, “Les biens”, en GHESTIN, Jacques (dir.), *Traite de droit civil*, LGDJ, Lextenso Ed., París, 2010, p. 9.

(14) BO nro. 27.503 del 29/10/1992.

(15) MERTEHIKIAN, Eduardo, “Reflexiones acerca de la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional”, 11ª ed., RAP, Buenos Aires, 2013, cap. VI.

(16) BO nro. 29.712 del 16/8/2001.

II. La clasificación en el Código Civil y Comercial de la Nación

En el Cód. Civil de Vélez Sarsfield, la regulación de los bienes del Estado se encontraba en el Capítulo Único “De las cosas consideradas con relación a las personas” del Título I, del Libro Tercero “De los derechos reales”. El art. 2339 establecía que “Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares”, mientras que el art. 2340 determinaba cuáles eran los bienes públicos y el art. 2342 cuáles eran los bienes privados del Estado.

El nuevo Cód. Civ. y Com. mantiene la clasificación de los bienes del Estado si bien se utilizan los términos “Bienes pertenecientes al dominio público” y “Bienes del dominio privado del Estado”, según una terminología más usada por la doctrina, en lugar de bienes públicos y bienes privados, como se indicaba en el anterior Código.

Por otra parte, los nuevos artículos han incorporado otros bienes en la clasificación de los bienes del dominio público, como, por ejemplo, las lagunas navegables, los glaciares, el ambiente periglacial, y el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial.

Se introducen algunas explicaciones sobre qué se entiende por ciertos bienes del dominio público, evitando así diferentes interpretaciones que generaban dudas en su definición y alcance (17).

(17) Art. 235.— Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;

b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde co-

Se reglamenta sobre las aguas de los particulares y se establece que los cursos de aguas por cauces naturales pertenecen al dominio público, que no pueden ser alterados por los particulares y que el uso de las aguas públicas o de las obras construidas para utilidad o comodidad común no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles (18).

En relación con la enunciación de los bienes del dominio privado (19), se precisó lo dispuesto en el anterior art. 1º del art. 2342, aclarando que se trata de “los inmuebles que carecen de dueño”; se eliminó parte del anterior inc. 4º del citado artículo, en cuanto se refería a “los muros, plazas de guerra, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por

rre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

e) el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;

f) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;

g) los documentos oficiales del Estado;

h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

(18) Art. 239.— *Aguas de los particulares*. Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos derecho alguno.

(19) Art. 236.— *Bienes del dominio privado del Estado*. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

a) los inmuebles que carecen de dueño;

b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;

c) los lagos no navegables que carecen de dueño;

d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;

e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

los Estados”, como también el inc. 5º del mismo artículo que mencionaba a “las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la república, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios”, que habían merecido crítica de la doctrina.

En cambio, se incluyeron como bienes del dominio privado del Estado a “los lagos no navegables que carecen de dueño”, cuestión que también era motivo de debate.

Asimismo, en esta nueva norma se hace referencia a “las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros”, en tanto la norma del código anterior decía “Los bienes vacantes o mostrencos y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código”, siendo necesario interpretar el sentido de la expresión “que no sean abandonadas”, ya que, al contrario, sería la condición de abandono, en el significado de “renuncia” lo que permitiría que la cosa mueble, en esa situación, pase al dominio privado del Estado.

Por otra parte, sobre el régimen jurídico, el art. 237 del Cód. Civ. y Com. establece puntualmente en su encabezamiento: “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce”. Este título parecería comprender a todos los bienes o cosas del Estado. Sin embargo, el artículo dice: “Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”. Luego se agrega “La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos (2) artículos precedentes” (20).

Resulta difícil interpretar que la condición jurídica indicada de estos bienes así llamados “públicos” y no “del dominio público”, como se venía mencionando, signifique que se quiere incluir entre los bienes públicos tanto a los bienes del dominio público como del dominio privado. Sería como suponer que se utiliza la palabra genérica de “bienes públicos” para incluir las cosas del Estado y que ahora todos los bienes del Estado tienen los mismos caracteres de inenajenables, inembargables e imprescriptibles.

(20) Art. 237.— *Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce.* Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236.

Creo que esta interpretación sería dudosa, ya que estos caracteres se consideraron siempre por la doctrina y la jurisprudencia en relación solo a los bienes del dominio público y debería aclararse si se incluyen a los bienes del dominio privado, dada la importancia del cambio de régimen jurídico que ello implicaría.

Cabe destacar que las nuevas normas en materia de bienes del Estado no han introducido disposiciones que terminen con la indefinición del régimen jurídico de los bienes privados del Estado, si bien se han hecho algunas aclaraciones necesarias en relación con los bienes del dominio público.

Otras normas modificadas son las de los anteriores arts. 2336, 2337 y 2338 del Cód. Civil en cuanto la nueva norma estableció “Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: a) por ley; b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones” (21), y se eliminó la mención a “las cosas dependiente de autorización pública” en la clasificación de los bienes fuera del comercio. Sin embargo, al estar previsto en la Constitución Nacional que el Congreso de la Nación dispone del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional (art. 75 inc. 5º), los inmuebles del dominio privado del Estado siguen siendo bienes fuera del comercio por cuanto su enajenación está prohibida por la norma constitucional, sin una autorización legislativa, siendo, además, las normas del derecho administrativo las que regulan dicha enajenación.

A su vez, este régimen condicionará también la posibilidad de aplicar la prescripción adquisitiva sobre estos inmuebles, ya que también según el nuevo Cód. Civil no se pueden transmitir derechos reales si una norma lo prohíbe (22).

Por último y referido a la posibilidad de ejecutar alguna garantía sobre bienes de particulares, el nuevo Código ha previsto que si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede per-

(21) Art. 234.— *Bienes fuera del comercio.* Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:

a) por la ley;

b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.

(22) Art. 1906.— *Transmisibilidad.* Todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario.

judicar la prestación del servicio (23). La norma se refiere a los bienes de los particulares, pero a mayor razón debe entenderse si los bienes afectados a un servicio público, en sentido amplio, son del dominio privado Estado.

En definitiva, el análisis de las nuevas normas sobre bienes del Estado en el Cód. Civ. y Com. permite concluir, en mi opinión, que estas son insuficientes para determinar su régimen jurídico y en particular, se pierde la oportunidad para establecer claramente el régimen de los bienes privados del Estado o por lo menos dejar establecido que los bienes del dominio privado se registrarán por las normas del derecho administrativo.

Se observa, por ejemplo, que este nuevo Cód. Civil mantuvo el sentido del viejo art. 1502 referido a locaciones administrativas, estableciendo en su nuevo art. 1193 que “Si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por las normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo”.

Una norma clara sobre el régimen jurídico de los bienes privados del Estado hubiera marcado un camino para una ley de bienes del Estado que se refiera no solo a los aspectos de la enajenación, prescripción o embargo sino a todo un régimen de disposición, administración, gestión y protección de estos bienes, teniendo siempre en cuenta el interés público.

III. Las diferencias entre los bienes del dominio público y del dominio privado

En primer lugar, cabe destacar que las posibles diferencias entre una categoría de bienes y otra no surgen de la característica de la cosa en sí, ya que, por ejemplo, un inmueble puede ser tanto un bien del dominio público como del dominio privado. Por lo tanto, analizaremos esta cuestión teniendo en cuenta tres aspectos relevantes: la titularidad dominial, el destino y el régimen jurídico.

III.1. Titularidad dominial

La distinción que se funda en que “solo existe derecho de propiedad del Estado respecto de los bienes del dominio privado y no de sus bie-

(23) Art. 243.— *Bienes afectados directamente a un servicio público.* Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.

nes públicos” no ha encontrado acuerdos en la doctrina, prevaleciendo el criterio que reconoce la titularidad dominial del Estado, tanto en sus bienes del dominio privado como del dominio público.

Entre los autores administrativistas, Marienhoff considera que el titular del dominio público es el pueblo, basándose en la tesis que imperaba entre los romanos y siguiendo a autores como Proudhon e Ihering. Aclara Marienhoff que el dueño de los bienes que integran el dominio público es el “pueblo”, ya que el “territorio” de un Estado es la parte de la superficie terrestre que, por diversos motivos de orden histórico, quedó en poder de un conjunto de hombres (“pueblo”), unidos entre sí por vínculos comunes: raza, lengua, religión, etc. (24). Destaca que comparten esta postura, entre nosotros, Bielsa y Linares Quintana (25).

En efecto, Bielsa sostiene que la definición de dominio público excluye algunos caracteres que en la doctrina generalmente se atribuyen al dominio público, considerado como dominio, o aún más, como “propiedad del Estado”, siendo que el dominio público no se atribuye al Estado sino al pueblo, si bien representado en el Estado (26).

Entre los civilistas, Borda considera que el dominio público del Estado no es un derecho de propiedad, ya que el Estado es apenas un administrador, que se limita a reglamentar su uso por los particulares, y carece de todos los atributos esenciales del propietario: no puede gozar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común, y no puede disponer de ella. Es más bien un dominio eminente del cual dependen algunas facultades que acompañan también a la propiedad, el derecho de reivindicar el bien, de ejercer acciones posesorias, de conceder permisos a particulares, etcétera (27).

Por otro lado, Villegas Basavilbaso criticó la teoría de Marienhoff sosteniendo, en cambio, que el titular del dominio público es el Estado.

(24) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. V, ps. 64 y ss. Cabe señalar que para Marienhoff, ya se trate de la titularidad del Pueblo o del Estado, existe, sin embargo un derecho de propiedad (ob. cit., p. 326).

(25) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración de la República Argentina*, TEA, Buenos Aires, 1946, ps. 421-422.

(26) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Lajouane, Buenos Aires, 1929, t. II, p. 157.

(27) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 55.

En efecto, analiza las propias normas del Cód. Civil y destaca que el Capítulo Único que comienza con el art. 2339 se refiere a las cosas consideradas con relación a las personas, y de conformidad con la posición de Spota, expresa que el Código va a tratar de las cosas, no para considerarlas en sí mismas, sino desde el punto de vista de las personas que las tienen bajo su dominio o posesión, esto es con relación a las personas a quienes pertenecen. Aclara que la misma definición de cosa que surge del art. 2311 del Cód. Civil, al igual que todo objeto susceptible de tener un valor económico, torna a las cosas en apropiables. Comparte finalmente las enseñanzas de Hauriou quien sostenía que la propiedad del dominio público no es diferente de la del dominio privado. Desarrolla, asimismo, otros argumentos (28).

Diez también considera al dominio público como un conjunto de bienes, e interpreta que estos pertenecen en propiedad al Estado, sin perjuicio de encontrarse afectados, por ley al uso directo o indirecto de la comunidad (29). Destaca que, si bien se ha sostenido que el titular de la propiedad pública no es el Estado (*lato sensu*), sino los habitantes, el pueblo, en suma, dicha doctrina no puede prosperar, ya que el pueblo no tiene personería para ejercer actos de disposición, de goce, medidas de policía. De allí que entiende que es el Estado (*lato sensu*) el verdadero propietario, porque este tiene personería para realizar tales actos, mientras que en cuanto al uso el estado lo ejercerá por medio de sus habitantes (30).

(28) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1952, ps. 166 a 178. En particular, efectúa el desarrollo de la noción de dominio público a partir del estudio de la doctrina francesa, con las opiniones de Duguit, Jeze, Barthelemy, Hauriou; doctrina alemana, con las opiniones de Mayer y Fleiner; doctrina italiana, con las opiniones de Cammeo, Presutti, D'Alessio, Guicciardi, Vitta, Romano; doctrina argentina, con las opiniones de Bielsa, Diez, Spota, Sarria.

(29) DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, t. IV, ps. 358 y ss.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., p. 55; conf. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., ps. 166 a 178.

(30) En este sentido Meucci sostiene que el pueblo es el sujeto de la propiedad pública y quien también la usa y goza. Se hacen, sin embargo, distinciones y se dice que para ciertos bienes dominicales es el público *uti singuli* el que los utiliza, como los caminos, mientras que para otros el público los aprovecha *uti universi*, como las fortalezas. Meucci critica esta distinción y dice que el pueblo es quien goza de todos los bienes dominicales, ya que las fortalezas sirven y aprovechan a todos lo mismo que los caminos. La utilidad de la fortaleza es la seguridad del pueblo, en la misma forma que lo son los caminos para el tránsito público (citado por DIEZ, Manuel M., "Naturaleza jurídica del derecho del Estado sobre el dominio público", LL 18-66).

Según la opinión de este autor, el derecho que ejerce la persona jurídica pública sobre los bienes dominicales es el de propiedad pública, aclarando que de acuerdo con nuestro Cód. Civil, el Estado es una persona jurídica de existencia necesaria (art. 33) y, como tal, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30) (31).

Spota, entre los civilistas, sostiene que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre sus bienes públicos no solo porque así surge del propio significado de las palabras que emplea el codificador en el art. 2340, al indicar que son bienes públicos del Estado, sino también porque los bienes públicos son cosas y estas son objetos corporales susceptibles de tener un valor. Así, concluye, que las cosas del dominio público constituyen, por lo tanto, una propiedad de pertenencia de la persona de derecho público, un dominio con todos los caracteres que la ley concede a este, en cuanto ello sea compatible con la afectación de tales cosas al uso y goce de los habitantes o al destino de utilidad o comodidad común que se ha previsto al declararse la “dominicalidad”. Agrega, además, que no es una propiedad pública, ya que agregar el adjetivo no cambia la esencia jurídica de esa propiedad (32).

En igual sentido, Salvat destaca que varios artículos del Cód. Civil hacen suponer la propiedad del Estado sobre sus bienes públicos. Señala que el art. 2340 dice “son bienes públicos del Estado”, fórmula concebida en términos literalmente idénticos a los que emplea el art. 2342 respecto a los bienes privados y se pregunta “desde que nadie discute que el Estado tiene un verdadero derecho de propiedad sobre sus bienes privados, ¿por qué una misma fórmula, literalmente idéntica, tendría en los dos artículos citados un sentido diferente?” (33).

En la doctrina italiana es la teoría de Guiccardi, en la que se basa también Cassese, la que sirve de fundamento al reconocimiento de un derecho de propiedad del Estado. En efecto, dice Guiccardi: “El dominio público es, por lo tanto, un régimen de particular protección en virtud del cual la entidad pública excluye del comercio al bien que es necesario a una función suya exclusiva; impide que el bien le sea quitado, independientemente de su voluntad; y se asegura poder disfrutarlo hasta que el

(31) DIEZ, Manuel M., “Naturaleza jurídica...”, cit., p. 22.

(32) SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1953, t. I, v. III, p. 477.

(33) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, p. 673.

bien no sea más necesario a la función a la que sirve o hasta que el ente público deje de ejercerla. Estos aspectos sirven para demostrar lo dicho anteriormente acerca del carácter necesario del derecho de propiedad de la entidad pública sobre los bienes de su dominio; carácter que se justifica teniendo en cuenta que, si esos bienes son necesario para el ejercicio de las respectivas funciones, si estas son exclusivas del ente público y, además, deben ser ejercidas, en cuanto se corresponden a fines esenciales... la entidad pública 'debe' tenerlos a disposición propia para evitar molestias y usurpaciones de terceros: ello es justamente lo que obtiene poniendo tales bienes como objeto de propiedad pública" (34).

Otros autores entienden que el dominio estatal constituye un derecho real administrativo, ya que no habría motivos para considerar derechos reales solo los previstos en el Cód. Civil. Así en España Garrido Falla, citando a Jesús González Pérez, explica que ciertas situaciones jurídicas configuran derechos reales, ya que, aclara "Está, en primer lugar, la Administración en cuanto titular de un derecho de propiedad (derecho real) sobre sus propias cosas, tanto del dominio público como de su patrimonio privado. Aparece, además, la Administración como titular de derechos reales (servidumbres, hipotecas legales) sobre cosas de propiedad privada..." (35).

En Francia el debate sobre la existencia de un derecho de propiedad sobre el dominio público se encuentra superado en doctrina y ha sido también consagrado por la jurisprudencia (36).

Entre nosotros, Botassi señala que "La naturaleza del dominio público debe ser examinada en función de la normativa vigente, y, en ese sentido, el Cód. Civil argentino permite inferir que estamos frente a un concreto derecho real de propiedad caracterizado en razón del sujeto que lo utiliza y la finalidad social que lo adorna. En la nota al art. 2340, Vélez Sarsfield recuerda "[...] todos los ríos, navegables o no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios a la vida, a la industria y a la agricultura, que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente a la paz, a los intereses generales, que el Estado sea el único propietario

(34) GUICCIARDI, E., *Il demanio*, Padova, 1934, ps. 72-74, citado por CASSESE, Sabino, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969, ps. 55-56 y ps. 260 y ss.

(35) GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2002, v. 2, p. 454.

(36) DE LAUBADÈRE, André - GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, cit., v. 2, ps. 29-31; YOLKA, Philippe, *La propriété publique...*, cit., ps. 611-613.

y regulador del uso de ellos [...]'. A su turno, el art. 2339 enseña que las cosas son del Estado nacional o de las provincias" (37).

Otros autores no coinciden con las opiniones precedentes y sostienen que el Estado no tiene sobre sus bienes un derecho de propiedad, sino un título de intervención.

Parejo Alfonso comenta que la naturaleza del dominio público es la de ser un título de intervención: el dominio público no es algo dado, el conjunto de bienes de propiedad del Estado, sino que es algo esencialmente dinámico en función de los cometidos propios del poder público. Afirma así, que el dominio público no es sino un título causal de intervención, el fundamento de una potestad función, y que, por consiguiente, el bien, la realidad física, solo va a constituir el sustrato material para el desarrollo de toda actividad de los poderes públicos, actividad que trasciende al bien físico y se proyecta como un servicio a la colectividad. Destaca que en el derecho público es inservible el concepto jurídico civil de cosa, puesto que en él los objetos no requieren el dato de la corporeidad (38).

De la Riva recuerda que dentro de la doctrina española, la tesis dominante es la tradicional que centra la teoría del dominio público en la institución de la propiedad. Así autores como García de Enterría y Sainz Moreno siguen la teoría francesa según la cual la condición de los bienes públicos, de estar fuera del comercio, no determina un cambio de la cosa en sí que impida que pueda ser objeto de propiedad y, por lo tanto, las cosas "demaniales" podrían ser objeto de propiedad privada igual que las cosas "privadas" (39). Agrega este autor su propia opinión, señalando que ambas posiciones se integran, ya que "el dominio público solo se verifica ante la presencia de bienes de propiedad estatal que se encuentran consagrados al uso público", citando en esta idea a Sainz Moreno quien sostuvo que "no parece que pueda existir objeción grave a la concepción patrimonialista del dominio público, pues tal concepción no es incom-

(37) BOTASSI, Carlos, "Dominio y jurisdicción", en *Jornadas sobre Organización Administrativa*, Universidad Austral, Buenos Aires, ps. 665-668.

(38) PAREJO ALFONSO, Luciano, "Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *Revista de Administración Pública*, nro. 100-102, Madrid, 1983, ps. 2403-2404.

(39) DE LA RIVA, Ignacio, "La naturaleza jurídica del dominio público", en obra colectiva, DE REINA TARTIÉRE (coord.), *Dominio público*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, ps. 196 a 198.

patible con la tesis del dominio público como función o como título de intervención sino que más bien la asume” (40).

Finalmente y en una posición también conciliadora, Cassagne recuerda que “Aparte de la postura que sostiene que ciertos bienes de uso común carecen de pertenencia (*res nullius*) o son inapropiables (41), tanto en la tesis de la propiedad pública como en la que considera el dominio público como un título de intervención, la potestad estatal sobre el bien reposa en un derecho de tipo real, en cuanto implica, básicamente, una relación directa con el bien o la cosa” (42).

Sigue diciendo este autor que “ese derecho al uso común del bien dominial configura un derecho real administrativo, es decir, una propiedad pública (en sentido amplio y con la característica de la indisponibilidad) que le pertenece al pueblo (43) (o sea, a todos sus habitantes) (44), representado por el Estado, provincia, municipio o Ciudad de Bs. As. (45), en cada caso, a través del respectivo órgano ejecutivo, aunque el Congreso posee, en cualquier caso, facultades para determinar los bienes que integran el dominio público. La administración Pública actúa, pues como gerente de dichos bienes en virtud del principio representativo que tiene base constitucional (arts. 1º y 22, CN). En tal sentido, pesan sobre ella una serie de deberes y obligaciones de derecho público poco estudiadas por la doctrina, como el deber de librar y mantener los bienes dominiales abiertos al uso común (v.gr., deber de impedir los cortes de rutas y autopistas), así como el de hacer compatibles los usos especiales del dominio público con el uso común por parte de todos los habitantes...” (46).

(40) SAINZ MORENO, Fernando, “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la Revista de la Administración Pública”, *Revista de la Administración Pública*, nro. 150, Madrid, 1999, p. 482.

(41) VERGARA BLANCO, Alejandro, “El novísimo derecho de bienes y recursos naturales en Chile. *Publicatio* y derechos reales administrativos”, RDA nro. 49, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 579.

(42) CASSAGNE, Juan Carlos, “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, JA 2010-III-1213.

(43) Conf. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., t. III, p. 387; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y administración...*, cit., t. I, p. 422; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, ps. 64 y ss.

(44) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, p. 81.

(45) GAUNA, Juan O., “Dominio público en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Jornadas sobre Organización Administrativa*, Universidad Austral, Buenos Aires, ps. 721 y ss.

(46) CASSAGNE, Juan Carlos, “Acerca de la noción del dominio público...”, cit., ps. 15 y ss.

En consecuencia, no puede entenderse que la diferencia entre los bienes del dominio público y privado reside en que en los primeros el Estado no tiene derecho de propiedad y, en cambio, si lo tiene en relación con los bienes del dominio privado, como sostiene una parte, ya minoritaria de la doctrina nacional civilista.

En general los autores, tanto civilistas como administrativas, al tratar el estudio de los bienes del Estado han intentado dar la noción del dominio privado del Estado, expresando, no una definición sino, en qué se diferencian estos bienes de los del dominio público, ya sea a partir del reconocimiento de un pleno derecho de propiedad del Estado únicamente sobre los bienes de su dominio privado, o por entender que el destino de tales bienes es distinto, o por considerar que se regulan por las mismas normas que los bienes privados de los particulares.

Así, Bielsa destaca que “A diferencia del dominio público, el dominio del Estado es el conjunto de cosas sobre las cuales él ejerce en realidad un derecho de propiedad” (47) y más adelante aclara que “es preciso distinguir dos categorías de bienes: a) los públicos, sobre los cuales el Estado tiene un superior poder de policía y no derecho de propiedad; b) patrimoniales, sobre los cuales el Estado ejerce un verdadero derecho de propiedad, diferenciado según la clase de bienes y el servicio público a que se afecten” (48).

Marienhoff sostiene que el dominio privado del Estado se halla sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones, agregando que la diferencia entre ambos tipos de dominio es un reflejo de la distinción entre derecho público y derecho privado (49).

Para Borda, son bienes del dominio privado del Estado aquellos que posee como persona jurídica y respecto de los cuales ejerce un verdadero derecho de propiedad, tal como está regido en el Cód. Civil (50).

(47) BIELSA, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, El Ateneo, Buenos Aires, 1948, p. 641, citando a BERTHÉLEMY, Henry, *Traite de droit administratif*, A. Rousseau, París, 1916, p. 414, DUCROCQ, Théophile, *Cours de droit administratif*, A. Fontemoing, París, 1900, t. III, nros. 1426/9 y DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 109.

(48) BIELSA, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 642.

(49) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, p. 25.

(50) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., p. 58; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 216.

También para Bueres y Higton de Nolasco los bienes privados del Estado son los de su dominio propiamente dicho y forman el patrimonio del Estado, lo que no significa que estos bienes o la productividad que de ellos se origine, están exentos del régimen del derecho público, puesto que en definitiva, ingresan al fisco. Sin embargo, el Estado, como persona de derecho privado, no se identifica con las demás personas privadas (51).

Para Kiper el dominio privado del Estado es similar al que tienen los particulares sobre las cosas que están en el comercio. El Estado, en este caso, en principio es un particular más. Por lo tanto, los bienes del dominio privado “son cosas alienables, prescriptibles, y embargables, aunque en determinadas situaciones pueden estar afectadas a un servicio público y, en consecuencia, sujetas a un régimen especial” (52).

Otro autores también mantienen esta postura y consideran aplicables a los bienes del dominio privado las normas del derecho privado de modo que se entendería que existe un paralelismo entre bienes del dominio público y derecho público y bienes del dominio privado y derecho privado (53).

Si bien para estos autores la noción de bienes privados del Estado se basa en que sobre estos bienes el Estado tiene un derecho de propiedad que no tendría, en cambio, sobre los bienes públicos, de las disposiciones del propio Cód. Civil ni del actual Cód. Civil y comercial de la Nación no parece surgir ninguna diferencia que impida reconocer la titularidad del dominio del Estado sobre sus bienes, sean estos públicos o privados, sin perjuicio del debate meramente doctrinario sobre el reconocimiento o no del derecho de propiedad del Estado sobre sus bienes del dominio público, ya mencionado.

(51) BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., *Código Civil comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 113.

(52) KIPER, Claudio (dir.), *Código Civil comentado. Derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 93.

(53) Según LLAMBÍAS, Jorge J., “Los bienes del dominio público pertenecen al Estado en su carácter de órgano político de la sociedad humana, y se encuentran en una situación muy peculiar, que no resulta descripta por la palabra ‘dominio’ que aquí se usa con una significación enteramente diversa de la definición obrante en el art. 2506 del Cód. Civil. En cambio los bienes del dominio privado del Estado se encuentran en la misma situación que los bienes de los particulares, pudiendo ser objeto de idénticas operaciones” (LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., p. 212).

Por lo tanto, cabe analizar las diferencias que pueden surgir si se atiende al destino del bien y a su régimen jurídico.

III.2. Destino

Según el desarrollo histórico, los bienes privados del Estado eran bienes “fiscales”, teniendo en cuenta que su destino era proveer de recursos al fisco y que, por no ser necesarios a los fines estatales, se vendían, aplicándose el régimen de la propiedad privada.

En cambio, los bienes públicos estaban afectados al uso común, al uso de toda la población y, por lo tanto, requerían de normas que protegieran ese destino, normas que entraban en el ámbito de competencias de las administraciones públicas, en ejercicio de funciones administrativas.

Sin embargo, esta división no se mantuvo tan clara a lo largo del tiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la dificultad en determinar la condición de la cosa —inmueble— afectada o no a un uso común, si se piensa, por ejemplo en un terreno destinado a parque, sin las mejoras propias que permitan el uso común y, por el otro, la evolución del rol del Estado, que ha ampliado su grado de intervención, tendiente a lograr una mayor satisfacción del interés social en materia de salud, educación, trabajo, vivienda, jubilación, etc., necesitando sus bienes inmuebles como medios instrumentales para tales fines.

Así, puede advertirse que un bien inmueble, un terreno, casa o departamento en edificio, podrá ser vendido para obtener ingresos fiscales, podrá ser destinado al uso de la propia administración para el desarrollo de una actividad administrativa —lo que lo convertiría en bien del dominio público para nuestra legislación—, pero también, y dadas las necesidades sociales, ser destinados al fomento de actividades comerciales privadas o de vivienda.

En todos estos casos no está ajeno el destino de interés público. En primer lugar, aun en el caso en que se entienda que el bien privado solo tiene interés fiscal, este interés fiscal no deja de ser también un interés público. En efecto, recaudar fondos para el tesoro público es quizás una de las principales actividades de interés público del estado (54).

(54) GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 541. Este autor cita a Jean LAMARQUE quien sostiene “Hay cierta contradicción en rehusar a las actividades patrimoniales de la Administración el carácter de servicio público que nadie, después de mucho tiempo, sueña en negar a las actividades fiscales, únicamente por el pretexto de que un fin puramente patrimonial de la Administración no puede

En el segundo caso, es decir, cuando el inmueble se destina a un servicio público, o a cualquier otra actividad de utilidad pública del Estado, no hay duda del fin de interés público que está ínsito en el desarrollo de toda actividad estatal.

Por último, y si el inmueble sirve a los fines de promover una actividad comercial privada o un programa para soluciones habitacionales, estamos ante una finalidad de interés social que tampoco escapa a la noción de interés público.

El interés público ha sido definido con palabras similares, como interés general, interés común, bien común, utilidad pública. Así lo expuso el profesor Muñoz (55), al sostener lo difícil de una definición, destacando que para la mayoría de la doctrina son conceptos más bien sinónimos, o que, por lo menos, se utilizan en forma más bien indiscriminada por el constituyente o por el legislador, sin pretender referirse a realidades claras y perfectamente diferenciadas. Muñoz recuerda la definición de interés público que da Escola (56) y con la cual coincide Gordillo (57): “El interés público es la cosa o bien valioso querido y pretendido por cada individuo, trasunto de la influencia social del pasado y del presente, con pretensiones de vigencia para el porvenir, trasmutada por ellos mismos en un querer predominante que se identifica con el de toda la comunidad, y surge como algo en el que cada componente de la sociedad, por retorno, reconoce e identifica su propio querer su propia valoración positiva”.

Es que la noción de interés público no es muy diferente a la noción de utilidad pública o de comodidad común, más bien podríamos decir que hay una relación de género a especie.

corresponder a un interés general... El fin a que corresponde el dominio privado es en realidad un fin directo e inmediato de interés general” (*Recherches sur l'application du Droit privé aux services publics administratifs*, R. Pichon et R. Durand Auzias, París, 1960, p. 380).

(55) MUÑOZ, Guillermo, “El interés público es como el amor”, conferencia inaugural del IV Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, pronunciada en Buenos Aires, 28/5/2003 y publicada en la *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 8, 2010.

(56) ESCOLA, Héctor, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 239.

(57) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, t. II, p. VI-29.

Por otra parte, el catedrático español Jaime Rodríguez Arana, en su conferencia pronunciada en la Argentina en 2009 también destaca que “cuando se piensa en lo que es realmente interés público resulta que nos topamos ante un conjunto de términos análogos, como interés general, interés común interés colectivo, interés comunitario que refieren a la existencia de necesidades supraindividuales que afectan a las condiciones de vida de los habitantes. Es decir, estamos en presencia de una pluralidad de denominaciones que tienen un punto en común: plantean la existencia de necesidades supraindividuales que afectan a la población en su condición de pueblo, de sociedad que demanda asuntos comunes que permitan el desarrollo libre y solidario de las personas” (58).

El nuevo Cód. Civ. y Com., en el art. 235 inc. f), al igual que el anterior Cód. Civil, en el art. 2340 inc. 7º, incluyó como bienes públicos también a los bienes contruidos para utilidad o comodidad común. Por lo tanto, el aspecto clave para establecer si el bien pertenece al dominio público o privado es analizar si el bien se destina a un fin de interés público (59).

Al respecto, señala Garrido Falla que existe una zona intermedia discutible constituida por los bienes respecto de los que la idea de afectación a un servicio o destino público puede predicarse con más o menos intensidad, y que, por consiguiente, puede desplazarse hacia el dominio público o hacia el privado, según que el criterio que se maneje de uno u otro sea más o menos estricto (60).

En consecuencia, una primera conclusión a la que podemos arribar es que en todos los casos, ya se trate de bienes públicos o privados, el destino de los bienes contiene un interés público, que no los diferencia, más que en la forma de protección que requieren los distintos tipos de bienes estatales, en función de la intensidad del fin de interés público que persiguen.

(58) RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas”, texto de la conferencia publicada en la *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 8, Buenos Aires 2010.

(59) Al comentar esta norma Spota destaca que “...tal afectación” —conviene insistir en ello— puede consistir en el uso común, en un servicio público, o *cualesquiera* otros fines de utilidad pública. ¡Amplio criterio es, pues, el que surge de la ley para caracterizar a los bienes públicos!

Y, así, la ley civil argentina, al deslindar con tan lata directiva los bienes públicos de los privados —labor previa para poder establecer qué cosas pueden hallarse en el comercio del derecho privado (arg. arts. 823, 841, incs. 1º y 2º, 844, 953, 1167, 1502, 2336, 2337, 3951, 3952, y su nota)— se ha colocado a un alto nivel jurídico...” (SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. 1, v. 3, p. 626).

(60) GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, cit., p. 542.

III.3. Régimen jurídico

El uso común de los bienes públicos es distinto de otros fines que también pueden tener los bienes privados del Estado. Es, por lo tanto, ese uso común que determina una protección jurídica especial. Sin embargo, como se dijo, la distinción de fines no excluye que el fin de interés público al que están destinados los bienes del dominio privado no requiera también de una protección jurídica especial, si bien de distinto grado.

Esta es la sutil diferencia que condiciona el régimen jurídico aplicable. Sin embargo, y si bien algunos autores coinciden en general en que el régimen jurídico es distinto, la doctrina clásica mayoritaria ha sostenido que los bienes del dominio privado se rigen por las normas de la propiedad privada, mientras que los bienes del dominio público se regulan por normas del derecho administrativo.

Así, Marienhoff, precisamente distingue estas categorías de bienes considerando que “la diferencia es de régimen jurídico”, aclarando que “el dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que derivan de ello; el dominio privado del Estado hállese sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones” (61).

Por su parte, entre los civilistas, según Llambías “los bienes del dominio privado del Estado se encuentran en la misma situación que los bienes de los particulares, pudiendo ser objeto de idénticas operaciones” (62), aclarando que “El dominio privado del Estado no se diferencia del dominio similar de los particulares. Por tanto, las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado y los eventuales derechos de los particulares se rigen por las disposiciones del Cód. Civil (arts. 2506 y ss.)” (63).

(61) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, ps. 24 a 31.

(62) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., p. 212.

(63) Sigue diciendo este autor: “Con todo el principio no es absoluto y admite dos excepciones. En primer lugar, la enajenación de los bienes está sujeta a las prescripciones del derecho administrativo, en lo relativo a los requisitos previos a adoptarse. En segundo lugar, los bienes afectados a la prestación de servicios públicos están exentos de embargos y, por tanto, no integran, mientras dure esa afectación, la garantía colectiva de los acreedores del Estado. En el conflicto del interés particular del acreedor y el interés público que pide el mantenimiento del servicio, debe satisfacerse a este últimos” (LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., p. 214).

Sin embargo, otros autores critican la distinción (64) y consideran que no se justifica un régimen jurídico diferente, con relación a ciertos bienes como puentes, ferrocarriles, mencionados en el art. 2342, inc. 4º, ya que entienden que estos bienes se encuentren dentro de aquellos que menciona el art. 2340 inc. 7º como...toda obra pública... realizada para utilidad o comodidad común (65).

Para otra parte de la doctrina, esta distinción se explica ya que en la enumeración de bienes del art. 2340 se comprenden los afectados al uso directo de la comunidad o al uso indirecto a través de la afectación a un servicio público, mientras que, en el art. 2342 del Cód. Civil se indicarían los bienes privados, que podrán ser afectados o no a un servicio público, es decir, que un mismo bien puede ser tanto privado como público, dependiendo de la afectación (66).

Fiorini recuerda que las diferencias que presentan entre sí los bienes del Estado no destruyen su esencia como cosas de propiedad estatal, pues se les aplica un régimen distinto al que regula el derecho de propiedad privada de los particulares. Por lo demás, aclara que la distinción entre intereses públicos primarios, secundarios e instrumentales concurre para establecer diversas clases de regímenes sobre los bienes estatales, es decir, hay distintos regímenes porque hay también diversas clases de fines estatales que deben satisfacer los bienes estatales (67).

El tema es establecer cuál es el régimen jurídico de los bienes privados del Estado, y determinarlo por ley, tal como lo proponía Bielsa (68).

(64) Gordillo comenta que la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado tiene algún basamento normativo en el Cód. Civil, pero se le ha dado en la actualidad una interpretación muy amplia al concepto de dominio público. Abarca, pues, todos los bienes estatales inmuebles, muebles u objetos incorporales, sea que estén afectados al uso directo o indirecto de la comunidad (p. ej., a través de los servicios públicos). Son excepción los casos en que se puede señalar un bien del “dominio privado” del Estado (GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo...* cit., t. I, p. VIII-4).

(65) GUSMAN, Alfredo, “Contrato de concesión de dominio público y privado”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 409; BOTASSI, Carlos, “Dominio y jurisdicción”, cit., ps. 665-674; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 309.

(66) SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil...*, cit., t. 1, v. 3, p. 630.

(67) FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., ps. 303-304.

(68) BIELSA, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, cit., t. II, p. 642. Este autor aquí sostenía que los bienes patrimoniales que aun siendo de utilidad (como todo

Botassi sostiene que “En realidad, ocurre que determinados bienes estatales, por su directa vinculación con la utilidad común, gozan de una mayor protección —y se los llama dominio público—, mientras que otros, alejados de aquella finalidad, reconocen un régimen público más relajado y —por ello mismo— semejante al de la propiedad de los particulares —y son denominados dominio privado del Estado—. En definitiva, lo que interesa no es el nombre sino el nivel de protección que el derecho positivo les otorgue”. Este autor sigue comentando que “En definitiva, habrá tantas clases, categorías o grados de dominio estatal como intensa sea su necesidad de protección legal sobre la base de un régimen diferente del que rige la propiedad privada”, circunstancia advertida y anticipada por Fiorini al expresar: “[...] no existe una sola clase de dominio estatal; hay varios reglados por distintos regímenes, que no se distinguen simplemente en públicos y privados [...]” (69).

Comparto, finalmente las conclusiones de Botassi: “El dominio estatal nunca será idéntico a la propiedad de los particulares. Al igual que el poder de policía, el fomento y otras instituciones propias de nuestra materia, el dominio estatal reconoce un tratamiento legislativo diferenciado y se encuentra influenciado por concretos principios de derecho público. En todos los casos, nos hallamos ante instrumentos o herramientas de la gestión del bien común. La eliminación de la tajante distinción clásica no significa —claro está— dotar de los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad a todos los bienes estatales, incluyendo los pertenecientes al dominio privado del Estado, sino el reconocimiento de que en todos los casos rige el derecho administrativo” (70).

Por lo tanto, y a fin de determinar el régimen jurídico de los bienes del dominio privado, será necesario comparar cuál es el alcance que tienen sobre estos bienes los caracteres del dominio público (71): la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

bien del Estado), no son destinados un servicio público, al igual que las cosas del patrimonio privado, pueden ser enajenados. “Convendría establecer esta diferenciación de régimen jurídico en la ley”.

(69) FIORINI, Bartolomé A., *Manual de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1968, t. II, ps. 942-944.

(70) BOTASSI, Carlos, “Dominio y jurisdicción”, cit., p. 675.

(71) CS, Fallos 146:289, 297, 304 y 315.

IV. Caracteres

IV.1. Enajenación

Al respecto, cabe recordar que los bienes del dominio público son inalienables e imprescriptibles. Son caracteres inherentes a los bienes públicos, pertenecientes a la esencia de la dominialidad. Si bien estos caracteres han sido establecidos en el art. 237 del nuevo Cód. Civ. y Com., decía Marienhoff que tales caracteres existen, aunque la respectiva legislación los silencie (72).

La razón de ello es que estos bienes están destinados al uso y goce de las personas, tal como lo establecía el art. 2º.341 del Cód. Civil y actualmente el mismo art. 237 arriba citado. Por lo tanto, este destino determina que sean cosas que no están en el comercio, porque no pueden venderse, como modo de tutela y protección del fin que motiva la afectación.

Esta condición encontraba otros fundamentos en el art. 953 del Cód. Civil en cuanto establecía que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio y que no sea hechos imposibles o prohibidos por la ley, al igual que el art 279 del Cód. Civ. y Com.

También el art. 2336 del Cód. Civil disponía que las cosas que están en el comercio son aquellas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de autorización pública. Si bien el nuevo art. 234 del Cód. Civ. y Com. considera bienes fuera del comercio aquellos cuya transmisión fuera prohibida por ley, sin incluir la alternativa “o dependiente de autorización pública”, es claro que el bien que requiere autorización pública es un bien cuya venta está prohibida sin ella (73).

En efecto, se sostiene que los bienes del dominio público, por su afectación o destino al uso común de la población, son bienes que no están

(72) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, p. 257. Diez destaca que el principio de la inalienabilidad no surge de norma expresa en la Argentina y se trata de un principio muy discutido aún en Francia. Recuerda que en ese país se invoca el Edicto de Moulins de 1566, como punto de partida del principio de la inalienabilidad, pero que ello no es correcto dado que, tal edicto traía normas comunes al conjunto de bienes del dominio, sin establecer la necesaria distinción entre lo que hoy conocemos como dominio público y dominio privado, lo que probaría que no se ha cuidado de sentar un principio, sino de proteger el dominio, del que era propietario el rey, contra la dilapidación que este pudiera cometer (DIEZ, Manuel M., “Los caracteres del dominio público”, LL, t. 18, abril/junio 1940, Secc. Doctrina, ps. 56-65).

(73) Conf. BUERES, Alberto (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, comentario art. 234.

en el comercio y por lo tanto no pueden ser objeto de los contratos que regula el Cód. Civil (74), siendo así inalienables e imprescriptibles.

Diez sostiene que el principio de la inalienabilidad no puede interpretarse en forma absoluta, ya que el Estado puede disponer del bien, pero es lógico que no pueda alienarse mientras dure la afectación del este a la satisfacción de la función de la persona jurídica pública y que, desafectado el bien, nada podrá impedir la venta de este. Cita en su apoyo la opinión de Duguit sobre la escala descendente en materia de inalienabilidad del dominio público. Aclara que el Estado, que podrá disponer de la alienación, es el que intervendrá también para la desafectación. Por último recuerda que el principio de la inalienabilidad o está establecido expresamente por los Códigos civiles o se deduce de otros principios de los Códigos, como sucede entre nosotros, y como que es el legislador la autoridad encargada de sancionar el Cód. Civil, no hay duda de que podrá también modificar los principios en él establecidos (75).

Por lo tanto, en atención a que están fuera del comercio aquellos bienes cuya transmisión está prohibida, no solo los bienes del dominio público están comprendidos sino también los bienes del dominio privado del Estado, teniendo en cuenta que es la propia CN, en su art. 75 inc. 5º, que prohíbe la venta de inmuebles del Estado sin autorización legislativa.

Es decir que, según estas disposiciones del Cód. Civil, como del Cód. Civ. y Com., los bienes del dominio público y del dominio privado, están fuera del comercio, y, si bien, según la doctrina, los bienes del dominio público están sometidos a una inalienabilidad absoluta y los del dominio privado a una inalienabilidad relativa, lo cierto es que de estas normas resultaría que, no solo los bienes del dominio privado sino también los del dominio público podrían venderse con autorización pública.

En definitiva, según estas disposiciones no habría ninguna diferencia entre los bienes públicos o privados del Estado, ya que ambos se encuentran fuera del comercio por cuanto su venta se encuentra prohibida por ley.

Marienhoff admite que, si bien es cierto que la enajenación de las cosas privadas del Estado está supeditada a una resolución administrativa que autorice la venta, tratándose de bienes públicos, aparte de reque-

(74) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, p. 266.

(75) DIEZ, Manuel M., "Los caracteres del dominio público", cit., ps. 56-65.

rirse, asimismo, esa autorización, se necesita, además, la previa desafectación de la cosa (76).

Por lo tanto, aún para quienes entienden que las atribuciones del Estado sobre los bienes de su dominio privado se rigen por las normas del Cód. Civil, la enajenación no es posible sin la expresa autorización estatal para vender (77).

IV.2. Prescripción adquisitiva

Villegas Basavilbaso comenta que no existe en el Cód. Civil un precepto expreso que declare la imprescriptibilidad de los bienes públicos. Sin embargo, ese carácter se deduce directamente de sus arts. 2400, 3951 y 3952: la *usucapio* no es un medio jurídico para adquirir los bienes públicos. Las cosas inalienables, como son las del dominio público, por estar fuera del comercio, no son susceptibles de posesión, y por ende, son imprescriptibles en tanto conservan tal carácter (78).

Actualmente el art. 237 del Cód. Civ. y Com., ya comentado, claramente determina que los bienes públicos son inenajenables, inembargables e imprescriptibles, lo cual elimina toda interpretación al respecto.

Sin embargo el debate se podría mantener respecto de los bienes del dominio privado del Estado.

En efecto, si el destino del bien aparece como una razón central para considerar al bien fuera del comercio, ello no alcanzaría solo a los bienes del dominio público sino también a los bienes del dominio privado, teniendo en cuenta el destino de estos bienes y su condición de bienes

(76) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, p. 261. Conf. CS, *in re* "Administración de Parques Nacionales c. Provincia de Neuquén" del 19/12/2000. Allí la CS concluyó que "la inclusión en la escritura n. 3 del 16 de septiembre de 1959 de bienes públicos nacionales integrantes de los Parques Nahuel Huapi y Lanin preexistentes, sin que mediara la regular desafectación de su destino primigenio y excediendo el objeto del acto administrativo que la había autorizado (dec. 6548/1958), resulta írrita y no puede ser invocada para fundar derechos provinciales sobre las tierras en cuestión", expte. A.1373.XXXII.

(77) CS, *in re* "Nación c. Cía. de Muelles y Depósitos del Puerto de La Plata". Aquí la CS sostuvo que "Es absolutamente nulo y no puede dar lugar a la prescripción adquisitiva, el título por el cual el PE de la Provincia de Buenos Aires enajenó en 1889 tierras de propiedad de aquella sin autorización ni ratificación de la Legislatura" (Fallos 189:345 y art. 2336 Cód. Civil).

(78) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., ps. 145-146.

fuera del comercio, por cuanto son bienes cuya transmisión está prohibida sin autorización legislativa.

Si bien se sostiene que los bienes privados del Estado pueden ser objeto de prescripción adquisitiva (79), sin embargo, de las normas hasta aquí comentadas, puede sostenerse que los bienes del dominio privado, en principio, al igual que para el caso de la enajenación, solo pueden ser objeto de prescripción adquisitiva por terceros, si se determina previamente que la cosa está en el comercio, es decir, es enajenable por haber existido autorización pública.

Esta cuestión fue debatida en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1926 en el juicio que la Provincia de Buenos Aires siguió contra el Mar del Plata Golf Club por reivindicación de un inmueble situado en el litoral marítimo de la Ciudad de Mar del Plata en jurisdicción de la provincia actora.

La Corte concluye que la lonja de tierra reclamada reviste los caracteres de una cosa del dominio privado y por lo tanto susceptible de la posesión y prescripción adquisitiva alegada por la demandada, según los arts. 3951, 2400, 2336, 2337 y 2338 del Cód. Civil. Al respecto aclara que a dicha conclusión “no se opone en el caso la doctrina sustentada por la actora de que la tierra pública es inenajenable mientras una autorización del poder público no la haya puesto en el comercio, porque la constituida por el talud de la barranca se encontraría cabalmente en las condiciones señaladas por el art. 2338 del Cód. Civil”. En efecto, sigue diciendo la Corte que, según documentos analizados, la provincia de Buenos Aires autorizó la enajenación de las tierras en cuestión por sucesivas leyes, desprendiéndose de su dominio e incorporándolas al comercio (80).

(79) CS, Fallos 234:457, “Nación c. Urdaniz, Luis”. Aquí dijo la Corte: “Son del dominio originario del Estado Nacional las tierras existentes en su jurisdicción que él, o sus antecesores, no hubieran enajenado, o los particulares no hubiesen adquirido por usucapación en contra de aquel”; CS, 11/6/1962, *in re* “Cornet D’Hunval, Marcelo c. Provincia de Santa Cruz”. Aquí dijo la Corte: “Es susceptible de ser adquirido por posesión treintaenal un bien del dominio privado de Estado que fue de la Nación, y luego de una Provincia”. También dijo que “la ley 13.995 (ADLA, X-A, 198), posteriormente derogada, que dispuso que las tierras fiscales no podían adquirirse por prescripción, no tuvo por virtud suspender el curso de la prescripción ni interrumpirla. No es causa admitida por los arts. 3966 y 3983 y la simple sanción de una ley carece de efectos interruptivos”.

(80) CS, 28/6/1926, “Don Enrique Alió, por la Provincia de Buenos Aires, c. el Mar del Plata Golf Club, s/reivindicación”, Fallos 146:318 y 319.

En igual sentido se expidió la Corte en juicio similar seguido por la Provincia de Buenos Aires, contra la sociedad anónima Club Mar del Plata sobre reivindicación de otro terreno situado en el boulevard marítimo de la Ciudad de Mar del Plata. Así concluyó que “la imprescriptibilidad de los bienes privados del Estado, sin ley que autorice su enajenación, argumento que aduce también el actor en su alegato de bien probado, como defensa contra la excepción de prescripción, no es conciliable con lo dispuesto por el art. 3951 del Cód. Civil, que somete a los Estados a las mismas prescripciones que los particulares en cuanto a los bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada— y lo son todos aquellos que no están destinados al uso público,— debiendo tener en cuenta, por otra parte que sucesivas leyes y actos de la provincia desde 1819 a 1860, habían hecho salir estas tierras del dominio del Estado para incorporarlas a la vida del comercio” (81).

En estos importantes fallos la Corte trató el conflicto sobre la prescripción de bienes privados del Estado y ante la defensa planteada por la Provincia de Buenos Aires, con fundamento en que no existía autorización pública que colocara al bien en el comercio, la Corte no descartó el argumento sino que entendió cumplida la disposición del art. 2338 del Cód. Civil, ya que, de las pruebas documentales, surgía que sucesivas leyes y actos de la Provincia habían autorizados la enajenación de las tierras, incorporándolas al comercio.

Por último vale la pena comentar otro fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mismo año, también iniciado por la Provincia de Buenos Aires contra María Josefina Riglos de Álzaga sobre reivindicación de varias tierras comprendidas en la zona del litoral marítimo de Mar del Plata. En este caso la Corte admitió la prescripción adquisitiva de la demandada de unas tierras y no de otras. Al respecto sostuvo que aquella parte del terreno que ocupaba el antiguo Boulevard Marítimo se ha encontrado fuera del comercio y en el dominio público desde el 18 de junio de 1874 hasta el 1 de julio de 1897 y que las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de actos jurídicos ni son susceptibles de enajenación ni de prescripción (art. 953, 2337, 2338, 3951 y 3952 del Cód. Civil) y, por lo tanto, el terreno que se reivindica, afectado, por proposición expresa del Patricio Peralta Ramos y decisión expresa de la provincia, al uso público, no ha podido ser vendido ni po-

(81) CS, 28/6/1926, “Don Enrique Alió, por la Provincia de Buenos Aires, c. la sociedad anónima Club Mar del Plata, s/reivindicación”, Fallos 146:302.

seído a título de dueños por ninguna persona jurídica o visible desde el 18 de junio de 1874...” (82).

Posteriores sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresaron, en general, un criterio amplio a favor de reconocer la prescripción adquisitiva de particulares sobre bienes del dominio privado del Estado, y aplicaron un criterio restrictivo para definir el carácter de bien del dominio público. Así dijo la Corte “Si los terrenos cuestionados no fueron ‘indispensables’ para la construcción del Puerto de La Plata y de sus obras y accesorios, y nunca estuvieron realmente afectados al uso público, permaneciendo en el dominio privado de la Provincia de Buenos Aires, son susceptibles de ser adquiridos por prescripción. En consecuencia, estando acreditado que el demandado y sus antecesores poseyeron esos terrenos de modo público y pacífico durante un término mayor que el exigido por la ley para la prescripción ordinaria, corresponde rechazar la demanda por reivindicación instaurada por el Fisco Nacional. Además, señaló que si el inmueble no fue afectado real y efectivamente al uso o servicio público, él no se incorporó al dominio público del Estado aún cuando hubiera existido una anterior afectación formal a dicho uso o servicio” (83).

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la usucapión pretendida por el Estado Nacional respecto de unas tierras que la Provincia de Buenos Aires reclamaba y entendía como propias de su dominio privado, por aluvión, y en las cuales la Prefectura Nacional mantenía sus oficinas desde hacía más de treinta años. Aquí solo se analizaron las condiciones para adquirir el dominio por prescripción y la posibilidad de actos interruptivos (84).

Como se advierte, las soluciones son más difíciles y hay mayor inseguridad jurídica cuando no existe, como en estos casos, un régimen legal específico sobre los bienes del dominio privado del Estado.

Por otra parte, cabe destacar que han existido proyectos de ley que propusieron declarar imprescriptibles a los bienes privados del Estado o

(82) CS, 15/9/1026, “Enrique Alió, en representación de la Provincia de Buenos Aires, c. María Josefina Riglos de Alzaga, s/reivindicación”, Fallos 147:395.

(83) CS, 31/10/1958, “Nación Argentina c. Banco de Italia y Río de la Plata s/reivindicación”, Fallos 242:169; en igual sentido SC Mendoza, 4/11/1975, “Heredia de Chabón, Modesta A. c. Provincia de Mendoza”, JA 1976-III-82.

(84) CS, 27/9/2005, “Estado Nacional c. Provincia de Buenos Aires s/usucapión”.

bien plantearon nuevas normas que tutelén mejor los intereses del Estado Nacional, en los casos de prescripción adquisitiva de tales bienes (85).

Según el Informe del Observatorio de Políticas Públicas del año 2007, del Cuerpo de Administradores Gubernamentales de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, sobre “Administración de Bienes del Estado” la protección de los bienes del dominio privado del Estado frente a la prescripción adquisitiva sería consecuencia de la presunción de que esos bienes están afectados a un fin público o propio de la Administración, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad, como lo expresa el dec. 1023/2001 en relación con el objeto de las contrataciones públicas, y ese sería el fundamento para darles un especial resguardo o, en otros términos, someterlos a un régimen exorbitante del derecho privado (86). En el mismo informe se transcriben los argumentos del legislador Gerardo

(85) Expte. nro. 297/96 (S-96-0297, Fernández de Kirchner): Se propone la reforma de los arts. 3951 y 3952 del Cód. Civil en los siguientes términos: “Art. 3951: El Estado nacional o las provincias y sus entes autárquicos u organismos descentralizados que tengan personalidad jurídica propia, están sometidos a las mismas prescripciones que los particulares en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada. *Sin embargo, no están sujetos a la pérdida del derecho sobre sus bienes inmuebles por prescripción adquisitiva.* Pueden, igualmente oponer la prescripción ganada”; “Art. 3952: Pueden prescribirse todas las cosas cuyo dominio o posesión pueden ser objeto de una adquisición, *con excepción de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado nacional o las provincias y sus entes autárquicos u organismos descentralizados, que tengan personalidad jurídica propia*, a que alude el artículo anterior”; expte. nro. 613/07 (S-613/07, Jorge Capitanich), Art. 1º: Suspéndese por cinco (5) años: a) el plazo establecido en el art. 4015 del Cód. Civil para obtener la prescripción adquisitiva de los bienes del dominio privado del Estado Nacional; y b) el tratamiento en sede judicial de los juicios por prescripción adquisitiva de los bienes del dominio privado nacional. Art. 2º: Durante el periodo citado en el artículo anterior, la Autoridad de Aplicación arbitrará las acciones necesarias para reformular los mecanismos de información de los bienes del dominio privado del Estado Nacional y coordinará con los organismos de catastro y con los registros de la propiedad inmueble de los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de posibilitar la administración y el resguardo de los mismos; Art. 3º: El Organismo Nacional de Administración de Bienes (ONABE) dependiente de la Secretaría de obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, será la autoridad de aplicación de la presente ley; Art. 4º: Invítase a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la presente; Art. 5º: Comuníquese...; expte. nro. 589 (00589 S 05 Gerardo Morales). Este proyecto propone la modificación del art. 24 de la ley 14.159 para que los intereses públicos sean mejor defendidos en los juicios de usucapión promovidos por particulares contra el Estado (Proyectos de ley citados en el informe referido en nota siguiente nro. 157).

(86) RODRÍGUEZ, Ángel - RÍOS, Carlos - TOMASINO, Roberto - VALLINA, María Nilda, informe “Administración de Bienes del Estado”, Observatorio de Políticas Públicas del

Morales, quien justifica su proyecto de ley de modificación de los requisitos procesales para el trámite de usucapión previsto en la ley 14.159, comentando que los escasos requisitos de la ley actual dejan sin protección las tierras del Estado y en particular tierras de interés arqueológico y cultural, según los casos que cita en la Provincia de Jujuy.

El debate por la protección de la tierra fiscal y, en particular, de los bienes inmuebles del Estado impone encontrar un equilibrio entre los intereses en juego, intereses generales de la sociedad y del individuo, teniendo en cuenta que también la prescripción adquisitiva responde a un interés general, a fin de dar seguridad jurídica y paz social (87). Es este el objetivo de un régimen jurídico previsto en la ley.

IV.3. Embargo

Destaca Marienhoff que los bienes del dominio público son inembargables y que la doctrina y jurisprudencia están contestes en ello, con cita de autores y fallos (88). En efecto, también Villegas Basavilbaso explica que, si bien el embargo de un bien no significa su desapropio, por cuanto el bien embargado continúa siendo propiedad del ejecutado, mientras no se proceda a su enajenación judicial, no lo es menos que implica una sujeción potencial del bien a la ejecución, sujeción que lleva a la enajenación (89).

Cuerpo de Administradores Gubernamentales de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina, 2007, www.cag.jgm.gov.ar.

(87) Las leyes 20.396 (ADLA, B, 1582) de fecha 17/5/1973 y 21.477 (ADLS, XXXVII A, 7) del 17/12/1976 establecieron un régimen de adquisición e inscripción del dominio de inmuebles por el Estado Nacional y por las Provincias, respectivamente, cuando hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 4015 del Cód. Civil para considerar operada la prescripción adquisitiva. Conf. Edgardo (h) Scotti, quien sostiene que el sistema es inconstitucional por prescindir de la intervención del titular dominial afectado y sin actuación judicial convalidatoria (LL 1984-C-972/976). Por otra parte, ley 24.374, sancionada el 7/7/1994, estableció un régimen de regularización dominial en favor de ocupantes que acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante 3 años, con anterioridad al 1/1/1992, y su causa lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente; sin embargo, quedaron excluidos de dicha regularización las posesiones sobre los bienes privados del Estado, según observación efectuada por dec. 1661/1994 (BO 27/9/1994).

(88) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. V, p. 271; Ya en 1888 dijo la Corte: "El sitio y casa del Juzgado Federal, correo y aduana no son embargables" (CS, Fallos 33-116).

(89) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., p. 137.

Por su parte, Bielsa recuerda que el fundamento de ello es que la cosa esta destinada al uso público y que se halla fuera del comercio, mientras dure esa consagración. Por el contrario, si se trata de una cosa adquirida para librarla al uso público, más ello no se realiza aún, “el bien no se considera efectivamente de dominio público, y es, por consiguiente, embargable y ejecutable” (90).

Borda también sostiene que los bienes que están afectados directamente a un servicio público, como lo son las plazas de guerra, los ferrocarriles, los edificios públicos, no son embargables puesto que no podría concebirse la paralización de un servicio público en virtud de la ejecución del crédito de un particular. En cambio, los bienes que no están afectados a un servicio público y cuya utilidad general es solo mediata, como en el caso de las tierras sin dueño o los bienes vacantes o mostrencos, son bienes embargables (91).

Concordante con estas opiniones, el nuevo Cód. Civ. y Com. en el ya comentado art. 237 dispuso la inembargabilidad de los bienes públicos.

Lo que resulta decisivo, una vez más, es la función que cumple el bien o el destino de interés público que se persigue proteger, evitando el embargo o la ejecución del bien (92).

Por otra parte, también aquí entra en juego un equilibrio de intereses, que tenga en cuenta, por un lado, el interés general en la tutela del destino del bien y, por el otro, el interés individual y legítimo al cobro de una condena judicial Si bien debe contemplarse una mayor protección

(90) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 163.

(91) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil...*, cit., p. 58; conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil...*, cit., p. 216. La jurisprudencia también ha sostenido que “Las rentas del Estado nacional, provincial o municipal, en tanto bienes del dominio privado de dichos entes, puede, en principio, ser embargadas por los particulares, salvo que la afectación de fondos interrumpa la prestación de un servicio público, pues, tratándose de las personas jurídicas de existencias necesarias, en cuanto integran la organización política de la Nación, no pueden ser privadas por vía de embargo de los recursos indispensables (arts. 105 y 108 CN, 33, inc. 1º y 42 del Cód. Civil), extremos estos que en cada caso deberán ser apreciados por los jueces a través de la prueba aportada por el propio afectado, pues sobre el interesado pesa la pertinente carga probatoria (arts. 178, 219, 375 del Cód. Procesal)” (CCiv. y Com. La Plata, Buenos Aires, Cámara nro. 2, sala 1ª, sentencia del 12/6/1997, SAIJ W 0000366, plenario).

(92) PAZ, Jesús H., “Bienes del dominio público y del dominio privado del Estado desde el punto de vista de su embargabilidad”, JA 43, agosto-octubre 1933, Secc. Doctrina. El autor sostiene que la Corte Suprema ha consagrado en 1930 la buena tesis al declarar que son inembargables los bienes del Estado mientras se hallan al servicio público, por estar fuera del comercio (“Puebla c. Provincia de Mendoza”, JA 34-296).

a aquellos bienes destinados al uso o servicio público, en cambio, para los bienes privados del Estado, destinados a fines de interés público, la protección de embargo debería ceder a favor de quien tiene un derecho reconocido judicialmente al cobro de una deuda. En este caso, el Estado es deudor y ello no lo coloca en una posición favorable, todo lo contrario, si bien corresponderá contemplar la posibilidad de evitar obstaculizar el cumplimiento del fin del bien del dominio privado.

En principio, corresponde distinguir entre embargo y ejecución. En última instancia dependerá del propio Estado evitar la ejecución abonando la deuda.

Cabe recordar que las leyes 24.624 y 25.973 han reglamentado el pago de las deudas judiciales del Estado Nacional, Provincias y Ciudad de Buenos Aires. Al respecto se destacan algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso en el cual la Provincia de San Luis pidió se declare la inembargabilidad de sus bienes por aplicación de la ley 25.973, desestimó el reclamo sosteniendo que “el embargo constituye un trámite procesal insoslayable del procedimiento de ejecución de sentencia (art. 502 del Cód. Proc. Civ. y Com.; Fallos 318:2660, consid. 8º y su cita; 321:3508 y 323:2954)” y que “la previsión contenida en el art. 1º de la ley 25.973 no significa una suerte de autorización al Estado provincial para no cumplir las sentencias judiciales en tanto importaría colocarlo fuera del orden jurídico (arg. Fallos 322:1201 y 324:933 y causas: C.276.XXXIX, ‘Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c. Jujuy, Provincia de s/ejecución fiscal’, resoluciones de 8/11/2005)” (93).

En otro caso se expidió el Superior Tribunal de Justicia de Paraná, Entre Ríos, y expresó “De acuerdo a lo dispuesto por la ley 25.973, se declaró aplicable en beneficio de las provincias, de las municipalidades y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el régimen de inembargabilidad establecido por los arts. 19 y 20 de la ley 24.624. El mismo de ninguna manera constituye una prohibición de embargo, sino que condiciona la procedibilidad del mismo a las normas aludidas, impidiendo la aplicación oficiosa y automática de tales previsiones legales, sin entrar al análisis y consideración de los múltiples elementos y factores que podrían o no llegar a justificar una medida de tal carácter excepcional y de trascendente

(93) CS, 20/6/2006, “Asociación de Trabajadores del Estado c. San Luis, Provincia de s/cobro de cuota sindical”; conf. CS, 16/9/1999, “Giovagnoli César Augusto c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro s/cobro de pesos”; Fallos 322:2132.

importancia, toda vez que posibilitaría que determinados bienes del Estado, por estar asignados a funciones esenciales y vitales del mismo, pueden quedar marginados del derecho de los acreedores en orden a la satisfacción de aquellos créditos de carácter alimentario y reconocidos judicialmente por sentencia firme y consentida, debiendo admitirse, en consecuencia, el recurso deducido, revocar el pronunciamiento y hacer lugar a la traba del embargo interesado” (94).

Contrariamente a lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de San Salvador de Jujuy, Jujuy sostuvo que no puede disponerse medida cautelar alguna sobre los bienes o rentas del Estado, argumentando que la ley es clara, no ofrece dudas, ni da lugar a interpretaciones contradictorias. Aclaró que tampoco se configuró en el presente caso la excepción dispuesta en cuanto a bienes afectados especialmente... y que no debe perderse de vista el principio en virtud del cual la solvencia y responsabilidad económica del estado se presume (conf. Podetti, *Tratado de las medidas cautelares*, t. IV, p. 81), criterio este sentado por el Superior Tribunal de Justicia en el caso “Ortiz c. Estado Provincial (STJ LA, nro. 38, F. 697/698, nro. 285)” y causa “Banco de la Provincia de Jujuy c. Municipalidad de San Salvador de Jujuy (STJ LA, nro. 39, F. 311/313, nro. 124)” (95).

Otra cuestión interesante se plantea con los bienes afectados a un servicio público pero que son de titularidad privada. El tema lo explica bien Marienhoff y su análisis, con relación a la situación de estos bienes, es válido también para los bienes privados del Estado y aún los afectados al servicio público de titularidad estatal. En efecto, para este autor, la ejecución judicial de tales bienes en nada obsta a que estos bienes sigan cumpliendo los fines de su ocasional afectación o consagración, ya que el cambio de titularidad por la venta forzada podría admitirse bajo la condición de respetarse el destino del bien y el régimen del respectivo servicio público (96).

Como se advierte, de los temas aquí analizados y de las particularidades propias de los bienes del dominio privado del Estado, surge la necesidad de regular los modos y formas en que estos bienes pueden em-

(94) STJ Paraná, Entre Ríos, sala 1ª, 18/4/2005, autos “Fraccarolli Polonia Amelia c. CJPER s/acción de ejecución”, sent. 140.

(95) STJ San Salvador de Jujuy, Jujuy, 6/4/2004, autos “Gloria Subiza de Agostini y otros c. Banco de Acción Social s/recurso de inconstitucionalidad interpuesto en exp.te. nro. B-98448/03. Embargo preventivo”, sent. 1776/03.

(96) Conf. TAWIL, Guido, “Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público”, en *Jornadas sobre Organización Administrativa*, Universidad Austral, Buenos Aires, p. 536.

bargarse, ejecutarse y aún afectarse en garantía o ser objeto de negocios del derecho privado, para lo cual, entonces, resulta relevante el régimen legal propio que se establezca en las normas administrativas.

V. Conclusiones

El nuevo Cód. Civ. y Com. mantiene la clasificación de los bienes del Estado, estableciendo cuales son los del dominio público y cuáles los del dominio privado.

Mantener esta clasificación impone seguir analizando las diferencias entre estas dos categorías de bienes, ya que las nuevas disposiciones de este Código no han introducido ninguna modificación referida al régimen jurídico de los bienes del dominio privado.

El art. 237, que se ha comentado en reiterados puntos anteriores, solo parece referirse a los bienes del dominio público —si bien en la norma se mencionan a los “bienes públicos” y no “del dominio público”,— dejando aclarado que estos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, tal como era pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia.

Por lo tanto, sigue en debate el régimen jurídico de los bienes del dominio privado dado que al considerarse por una gran parte de la doctrina clásica que sobre estos bienes el Estado tiene un auténtico derecho de propiedad, se entendieron aplicables las normas de derecho privado, sin advertir que una cosa es la relación del Estado con sus bienes, que da fundamento al derecho de propiedad tanto en relación con los bienes del dominio privado como del dominio público, y otra cosa distinta es el régimen jurídico a que quedan sujetos los bienes.

A partir del estudio de las diferencias entre un tipo de bienes y otro, puede concluirse que la única diferencia de estos bienes reside en el alcance del destino al que sirven tales bienes, siendo, en todos los casos, un fin público con distinto grado de interés, lo cual determina una tutela jurídica de diferente intensidad.

Se trata en todos los casos de “bienes públicos”, regulados por normas administrativas tanto para los actos de disposición como de administración. Así, debió haberse establecido en el Cód. Civ. y Com. en el que se mantuvo una norma en similar sentido referida a las locaciones administrativas. En efecto en su art. 1193 se aclaró que “Si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por las normas administrativas y, en subsidio, por las de este Capítulo” —conf. 1502 anterior Cód. Civil—.

Resulta en definitiva que no son las normas civiles las que pueden regular la relación del Estado con terceros, sino las propias normas administrativas.

Una ley de bienes del Estado no solo cumpliría con el mandato de la Ley de Administración Financiera sino que por razones de seguridad jurídica, entre otras, resultaría conveniente para determinar el régimen jurídico integral de los bienes del dominio público y del dominio privado del Estado, eliminando, en especial, la indefinición del régimen jurídico de estos últimos.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA

APUNTES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA LEY 26.944

POR CARLOS JOSÉ LAPLACETTE

I. Fundamentos constitucionales de la prescripción

La vida en sociedad y el ordenamiento jurídico, más allá de su origen en la propia naturaleza humana y de su finalidad última en la búsqueda del bien común, persiguen antes una finalidad concreta, insuficiente pero irrenunciable, como lo es la de brindar seguridad a los individuos, a fin de que estos puedan desarrollar su plan de vida dentro de los límites de la convivencia con sus semejantes.

Sin un generoso marco de previsibilidad, los individuos nada pueden proyectar. Ningún plan de vida puede realizarse si no existe la creencia de que determinados derechos serán respetados. La pintura de un cuadro, la construcción de un edificio o la formación de una empresa comercial, solo se explican si quienes desean llevar adelante esas actividades tienen la seguridad de que el Estado u otro particular no se lo impedirán o arrebatarán en cualquier momento.

Desde nuestra óptica, la seguridad jurídica, a pesar de ser solo un valor instrumental, constituye un recaudo indispensable para la existencia de un orden jurídico que pueda ser valorado como justo. Más allá de sus diversos alcances, la idea de Estado de Derecho está compuesta por ciertos elementos indispensables, entre ellos, que tanto la ley como la conducta estatal sean razonablemente estables, con el fin de facili-

tar la planificación y coordinación de las actividades en el tiempo(1). En este sentido, la Corte Suprema, en una importante cantidad de precedentes ha sostenido que la seguridad jurídica posee raigambre constitucional(2).

Una de las manifestaciones de la seguridad jurídica es la prescripción. Tanto la prescripción liberatoria como la usucapión tienen un fundamento común: dar estabilidad a las relaciones jurídicas.

En la doctrina nacional se afirma que, para lograr seguridad, valor de importancia esencial en la búsqueda de la justicia, ordenamiento jurídico presta atención a la exteriorización o falta de exteriorización del derecho. En el ámbito de los derechos de crédito, cuando hay inactividad de las partes, es decir, cuando el derecho no se exterioriza, la ley priva de acción a esa relación jurídica. En el campo de los derechos reales, si alguien ejercita sobre una cosa facultades que corresponderían al titular del derecho (es decir, la usa, y de allí usucapión), y la posesión se prolonga durante los plazos previstos, ese hecho le permitirá consolidar su posesión y transformarse en verdadero titular del derecho. Pero, en ambos casos, se tiene en mira afianzar la seguridad jurídica, como vía para lograr que se haga efectiva la justicia(3).

Cazeaux y Trigo Represas lo exponían con gran solvencia, al indicar que “al derecho le interesa sobremanera liquidar las situaciones inestables y asegurar el orden y la paz social, y ello se logra impidiendo que determinadas situaciones de hecho puedan ser objeto de revisión después de pasado cierto tiempo: imposibilitando la utilización de la acción prescripta, se da certeza a los derechos y se aclara la situación de los patrimonios, que se ven descargados en su pasivo de las obligaciones prescriptas... acá el derecho atiende prevalentemente a los factores orden y seguridad jurídicos, ya que mucho más podría comprometerse la justicia en el conjunto de los casos, si se admitiera lo contrario: que el titular del derecho puede hacerlo valer cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y cuando es probable la destrucción de los documentos comprobatorios de la extinción

(1) FALLON, Richard H. Jr., “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, 97 Colum. L. Rev. 1 (1997).

(2) Fallos 254:62; 264:18; 271:388; 321:2933, 325:2875.

(3) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La prescripción adquisitiva o usucapión”, JA, Conmemoración de su 80 aniversario, 1918-1998, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1998, Vol. I, p. 320.

del derecho, o incluso ya ha fallecido el deudor y sus herederos desconocen todo lo relativo a la obligación, etcétera” (4).

En el ámbito del derecho público se afirma que el estudio de la prescripción y de la caducidad han estado guiados por la preocupación fundamental de introducir límites temporales al poder político frente a una inicial resistencia a los mismos, ofreciendo mayor seguridad jurídica al ciudadano destinatario de la acción administrativa. Así, la prescripción, junto a la caducidad, son mecanismos destinados a garantizar que el interés público perseguido por la administración se satisfaga en un tiempo determinado, evitando así situaciones de inseguridad jurídica a los ciudadanos (5).

No exageraban los franceses cuando afirmaban que, de todas las instituciones del derecho civil, la prescripción es la más necesaria para mantener el orden social (6).

La irrenunciabilidad de un determinado derecho o la condición de orden público que pueda tener la norma infringida, de ningún modo

(4) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, ps. 475-476.

(5) AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc, *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, ps. 17-19.

(6) Conf. BIGOT-PREAMÉNEU, citado por LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, 3ª ed., BC&Cie., París, 1878, t. XXXII, p. 15, nro. 6. Allí el autor expone las graves consecuencias que se derivarían de un ordenamiento jurídico en el cual las acciones no prescribieran: “Il faut dire que la société, de son côté, a plus qu'un intérêt, elle a aussi un droit à ce que les actions judiciaires soient limitées à un certain temps; ce temps est long, puisque c'est celui de la durée moyenne de la vie. Nous ne disons pas que celui qui reste pendant trente ans sans agir est censé renoncer à son droit, ou qu'il reconnait que son droit a été éteint par une cause légitime: celui contre lequel la prescription s'est accomplie pourrait répondre, le plus souvent, qu'il n'a jamais renoncé à son droit, et que s'il y a une cause légale d'extinction, c'est au débiteur à en faire la preuve. Mais y aurait-il une société possible, si les droites pouvaient être exercés sans limite aucune de temps? Que l'on se représente un instant l'état d'une société où l'on pourrait faire valoir des droits qui datent de dix mille ans! Ce serait une cause universelle de trouble et de perturbation dans l'état des fortunes; il n'y aurait pas une famille, pas une personne qui serait à l'abri d'une action par laquelle sa position sociale serait remise en question. Une incertitude permanente et universelle aurait pour suite un trouble général et incessant: comment les individus et la société pourraient-ils subsister dans une pareille anarchie? A celui qui se plaint est déchu d'un droit par la prescription, on peut répondre que cette même prescription le met à l'abri des obligations que lui ou ses ancêtres depuis des milliers d'années auraient contractées. Voilà la compensation de la déchéance qui frappe le créancier. Il y gagne la sécurité que le débiteur réclame contre lui” (ps. 15-16).

presuponen o implican imprescriptibilidad, tal como lo demuestra desde hace muchas décadas el derecho laboral. Aun cuando el sujeto no pueda renunciar a ejercer un derecho (7), nada impide que el ordenamiento jurídico, por razones de seguridad jurídica, impida el ejercicio de ese derecho luego de transcurrido un tiempo determinado.

Dejamos por ahora de lado el caso de la prescripción penal. Si bien se trata de un aspecto que merece un análisis mucho más profundo, advertimos un serio problema constitucional en establecer la imprescriptibilidad de la acción y de la pena frente a determinados delitos. Pero nótese bien; incluso en estos casos existen límites concretos, como lo son la vida de la persona y la intransmisibilidad de la pena (8).

En cambio, cuando de lo que se trata es de planteos vinculados con la validez de determinados actos jurídicos, como un acto administrativo o la compraventa de un inmueble, ya no existiría limitación temporal alguna, por lo que, por ejemplo, los sucesores de Juan Manuel de Rosas podrían reclamar —con razón o sin ella— la devolución de una amplia porción del barrio de Palermo, o que les indemnice su valor de mercado, si lo primero no fuera posible.

Dentro de ese marco, creemos necesario advertir la presencia de una muy estrecha relación entre la prescripción (adquisitiva o liberatoria), en especial esta última, y la Constitución Nacional. Vínculo que se construye a partir del principio de seguridad jurídica.

Esta última afirmación llevaría a cuestionar, muy seriamente, sobre bases constitucionales, algunos supuestos de imprescriptibilidad contemplados por la legislación y la doctrina, como ocurre con la nulidad absoluta. Pero no es este el lugar para ese análisis; en su lugar, nos concentraremos en efectuar un recorrido entre los aspectos conflictivos que se generan en la difícil relación que existe entre la responsabilidad estatal y las previsiones del Cód. Civ. y Com., en especial en materia de prescripción.

(7) Como, por ejemplo, no es posible renunciar por anticipado (o modificar) los plazos de prescripción (conf. arts. 2533 y 2535 Cód. Civ. y Com.).

(8) Eludo pronunciarme aquí sobre la reciente sentencia dictada por la sala II de la CFed. La Plata en la causa “Mazzocchi y otros”, ampliamente difundida en diversos medios por haber concluido en la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Solo diré que diferentes motivos me llevan a ser sumamente crítico de esa decisión y de las nefastas consecuencias que puede traer aparejado.

II. La prescripción en la responsabilidad del Estado y su regulación por normas de derecho público

II.1. Regulación local o nacional de la responsabilidad del Estado

El principio de división de poderes no se circunscribe a la división funcional y horizontal entre órganos legislativo, ejecutivo y judicial, sino que se completa con la división de los poderes a nivel territorial y vertical, en un órgano central y diversos órganos locales autónomos, a través del mecanismo del Estado Federal (9).

En este contexto, la “idea federal” se refiere a una concepción de la autoridad política capaz de mantener una división duradera entre distintos niveles de gobierno basada en disciplinas y materias. El núcleo de esta ideología federal es la creencia de que múltiples niveles de gobierno pueden legítimamente existir dentro de un único sistema de gobierno, y que esa organización no es un defecto a ser lamentado, sino una virtud para celebrar (10).

Nuestro sistema constitucional atribuye al Congreso de la Nación la competencia exclusiva para el dictado de los códigos de fondo en los arts. 75, inc. 12 y 126 de la Ley Fundamental. Entre esos códigos se encuentra el Cód. Civil, cuerpo normativo donde se sitúa la regulación de la responsabilidad por daños. Al mismo tiempo, las Provincias conservan todas las facultades no delegadas al Gobierno Nacional por la Constitución (art. 121, CN), entre las que se encuentra el derecho de darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (art. 122, CN). Durante muchos años se ha debatido en el derecho nacional si la regulación de la responsabilidad del Estado se encuentra entre las primeras o entre las segundas.

La idea de que la responsabilidad estatal puede ser regulada en el ámbito local no es nueva. Perrino señala que uno de los poderes atribuidos al Estado Nacional es el de establecer las regulaciones de las instituciones propias de su régimen administrativo local; y dentro del cúmulo de materias que las Provincias están habilitadas a legislar, se encuentra la responsabilidad estatal de derecho público. En consecuencia las legis-

(9) LINARES QUINTANA, Segundo V., “La garantía del principio federal”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Homenaje al Académico Doctor Segundo V. Linares Quintana*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 805.

(10) LACROIX, Alison L., *The Ideological Origins of American Federalism*, Harvard University Press, NY, 2011, p. 6.

laturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su órbita, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen (11).

Aun cuando no resultaba definitorio, era significativa la importancia que la Corte Suprema otorgaba al derecho público local en materia de responsabilidad de las Provincias para definir el concepto de “causa civil” a la hora de determinar su competencia originaria.

En la causa “Barreto, Alberto D. c. Provincia de Buenos Aires” (12) se señaló que quedan excluidos del concepto de causa civil “los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las Provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la CN”.

Agregó la Corte que “no obsta a tal conclusión la circunstancia de que... se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Cód. Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate... Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo”. Se concluyó, entonces, que “el desarrollo argumentativo expresado impone entender por ‘causa civil’ a los efectos de determinar la competencia originaria de este Tribunal... a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación

(11) PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el derecho argentino”, en la obra colectiva que recoge las conferencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, *Modernizando el Estado para un país mejor*, Palestra, Lima, 2010, ps. 445-446. Un desarrollo más amplio de su posición podemos encontrarlo en PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 4-40.

(12) Fallos 329:759.

y valuación del daño resarcible. De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación. Este concepto excluye... todos aquellos casos en que... quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos... por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales”.

Como vemos, existía ya antes de la sanción de la ley 26.944 una fuerte tendencia a considerar que una parte importante de los aspectos atinentes a la responsabilidad del Estado debe encontrar su cauce regulatorio en ámbito del derecho público. Sin embargo, y como ya alertamos, no se trata de una opinión pacífica, particularmente entre los autores que provienen del derecho privado.

En contra de esta posición, un importante sector de la doctrina brega por la existencia de una regulación unificada de la responsabilidad del Estado, en especial en materia de prescripción, sobre la base de las disposiciones del Cód. Civ. y Com.

En este sentido, señala Pizarro que “la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, comisiva u omisiva, se rige básicamente por un plexo normativo integrado por los arts. 1112, 1113, 1117 y concs. (del Cód. Civil) y, en su ámbito específico de aplicación por la ley de defensa del consumidor... el derecho público provincial no puede establecer normas que regulen la responsabilidad por daños del Estado, particularmente en materia extracontractual, sobre la base de parámetros resarcitorios más laxos que los establecidos en el derecho de fondo, *so riesgo* de incurrir en notoria inconstitucionalidad. Es una concepción que lleva a resultados intolerables... La ‘provincialización’ de la responsabilidad por daños del Estado conduciría a la anarquía jurídica, al desconcierto y terminaría convirtiendo a esta materia en algo absolutamente conflictivo” (13).

(13) CASSAGNE, Juan Carlos - LUQUI, Roberto E. - PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado”, LL 2011-C-1279. La publicación presenta un contrapunto muy interesante entre las distintas visiones.

Si bien la cuestión competencial presenta aspectos opinables, la “provincialización” de la materia no debería generar un significativo temor. Ello ocurre con todo el derecho público desde los comienzos de la vida institucional de nuestro país, y si bien es cierto que resultaría más cómodo contar con una misma normativa para todas las materias y en todas las jurisdicciones (v.gr., una sola Ley de Procedimientos Administrativos), esas son, precisamente, las “incomodidades” que deben ser celebradas, como creemos que debe serlo la decisión de adoptar una forma de Estado federal. En todo caso, la seguridad jurídica proclamada tiene mucho más que ver con la existencia de reglas estables y conocidas, que con la multiplicidad de ellas de acuerdo con la provincia o municipio que se trate.

Asimismo, se sostiene también con insistencia que el reconocimiento del derecho constitucional a la reparación impediría brindar un tratamiento diferenciado a la responsabilidad del Estado, ya que el mismo no modificaría sus límites cuantitativos, ni el ámbito de protección por el mero hecho de que el dañador sea un particular o el Estado, sin embargo, a renglón seguido se reconoce que las particularidades y los principios del derecho público pueden tener incidencia para modular la responsabilidad del Estado (14), por lo que la discusión parecería solo una cuestión de grados.

Como una prolongación de la discusión anterior, la presentación del proyecto de Ley de Responsabilidad del Estado de disparó críticas por la exclusión del Cód. Civ. y Com. a la responsabilidad del Estado.

Por ejemplo, se afirmó que con el proyecto se estaría modificando la Constitución, y que no se justificaría “distinguir entre derecho público o derecho privado, cuando de daños a las personas se refiere, debiéndose restaurar la justicia dando a cada uno lo que le corresponde y reparando los daños que se hayan ocurrido. La regla del art. 1113 del Cód. Civil, extensiva a la responsabilidad pública por daños causados por funcionarios, o el antiguo art. 1074 del Cód. Civil sobre la omisión dañina, o la falta de servicio del art. 1112 no pueden ser calificados como una ‘regla civil’, sino como una regla de derecho general que integra la unidad del derecho, en la protección de los derechos humanos” (15).

(14) Un amplio desarrollo de esta posición puede verse en PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 125-180.

(15) PUNTE, Roberto A., “La unidad del derecho y la responsabilidad del Estado y sus funcionarios”, *elDial* del 10/12/2013.

Sin que sea este el lugar para avanzar más en esta discusión, solo queremos indicar que la circunstancia de que exista un derecho constitucional a la reparación (16), no supone, de ningún modo, que ese derecho deba estar regulado en el Cód. Civil o que su regulación deba ser uniforme. En todo caso, se puede sostener que no cualquier regulación será jurídicamente admisible, pero nada nos dice la existencia del derecho, respecto de la autoridad encargada de regularla (17).

Los problemas que presenta la ley 26.944 se vinculan mucho más con los groseros límites a la reparación y otras reglas concretas que resultan incompatibles con derechos constitucionales. Pero ello no tiene relación con la unidad o multiplicidad de sistemas de reparación. El problema de las facultades para regular la materia es solo eso, una cuestión de competencias, y no de unidad o dualidad de sistemas. Que el Congreso de la Nación pueda establecer, como creemos, distintos sistemas y subsistemas de responsabilidad, no implica nada respecto de la existencia de una competencia similar por parte de las provincias en aquellos ámbitos cuya regulación le es propia.

Nótese que el art. 75 inc. 12 de la CN atribuye al Congreso, de modo exclusivo, la competencia para dictar los códigos de fondo, entre ellos el Cód. Civil, pero la Constitución no determina cuál es el alcance de esos Códigos y cuáles son las materias que quedarán excluidas de ellos. Me atrevo a sostener que, al menos en un pequeño ámbito de normas, determinar cuáles son los límites externos del Cód. Civil y, por lo tanto, cuáles son las materias cuya regulación será materia provincial, forma parte de la tarea que debe llevar a cabo el Congreso de la Nación.

Frente a una materia tan debatida, como es la prescripción de las obligaciones reguladas por el derecho público asumidas por provincias y municipios, la decisión del Congreso, incluyendo o excluyendo esta temática del Cód. Civil, no debe considerarse incompatible con el art. 75 inc. 12 de la CN.

(16) Premisa con la cual estamos de acuerdo. Remitimos sobre el tema a nuestra publicación "Derecho constitucional a la reparación de daños", LL 2012-E-1045.

(17) Derechos individuales como el derecho de defensa en juicio o el derecho a acceder a cargos públicos, se encuentran regulados por normas de derecho local, como los códigos de procedimientos o electorales. Asimismo, nada impide que la garantía del amparo tenga regulaciones distintas según las provincias o según el autor de la conducta sea un particular o un tercero. No hay, entonces, motivos para sostener que la regulación unificada del derecho de daños sea un imperativo constitucional.

II.2. La competencia para regular la prescripción liberatoria

Aceptando que al menos alguna parte de lo atinente a la responsabilidad estatal puede quedar librada a la decisión de cada provincia, no está del todo claro cuáles son los límites para las regulaciones locales.

En lo que hace al plazo de prescripción, un largo debate jurisprudencial tuvo lugar con motivo de los plazos de prescripción regulados por las provincias en materia tributaria, ya que mientras algunos consideraban que ello era una facultad propia de las legislaturas locales, otra posición sostenía que estas regulaciones eran incompatibles con lo dispuesto por los arts. 75 inc. 12 y 126 de la CN.

Un repaso de la jurisprudencia del Tribunal puede verse en Fallos 332:2250, donde la mayoría recordó que, en forma reiterada, se ha sostenido que “en los casos en que se persigue la repetición de sumas pagadas a una provincia por impuestos que se tachan de inconstitucionales, es de aplicación el plazo decenal de prescripción establecido por el art. 4023 del Cód. Civil (Fallos 180:96; 226:727; 276:401; 316:2182). Ello es así toda vez que... las normas locales deben adecuarse a las leyes sustantivas dictadas por el Congreso Nacional y no pueden derogarlas sin violentar las facultades exclusivas de la Nación en una materia como es, en general, los aspectos substanciales de las relaciones entre acreedores y deudores y, en especial, los diversos modos por los cuales, como en el caso de la prescripción liberatoria, se extinguen dichas relaciones creditorias le es privativa por estar reconocida en la categoría de legislación común que prevé el art. 75, inc. 12, de la CN. Así se ha sostenido en Fallos 183:143; 193:231; 202:516 y 320:1344, doctrina que el Tribunal fundamentó cuidadosamente en el tradicional precedente ‘Martínez y Esquivel’ (Fallos 269:373), cuyas consideraciones fueron reiteradas y profundizadas en la causa ‘Filcrosa SA’...”.

Hacia el año 2013 se mantenía en el Tribunal la posición disidente de Petracchi y Maqueda, quienes en “Filcrosa” habían sostenido que las obligaciones impositivas no están enteramente regidas por las leyes provinciales, ni tampoco lo están enteramente por las leyes nacionales; todo depende de qué aspecto de la relación jurídica se trate en cada caso. Para ellas valen los mismos principios que se aplican a las demás obligaciones nacidas de las leyes provinciales: cuando resulte admisible permitir al Estado un comportamiento distinto del de un sujeto privado (como claramente sucede con la creación de tributo, la determinación de los hechos imponibles, y las formalidades y procedimientos de percepción), rige el derecho público local. Pero, continúan afirmando los jueces, cuando la solución pueda encontrarse en el régimen común a todas las

provincias, porque este es idóneo para resolver el conflicto, la legislación nacional debe prevalecer.

Dentro de esa normativa nacional que podría prevalecer sobre los ordenamientos locales, encontramos el plazo de prescripción, sin que ello suponga una afectación a las autonomías locales (18). Pero en aquellos casos en que la Nación “altera el plazo común fijado en el Cód. Civil, modificándolo, no cabe admitir el argumento de que sean inválidas las leyes provinciales que fijan un plazo de prescripción igual para la extinción de las obligaciones de la misma índole” (19). Además de las disidencias de Petracchi y Maqueda, el voto concurrente de Argibay en Fallos 332:2250, dejaba abierta la posibilidad de una revisión del criterio mayoritario en “Filcrosa”.

En esa ocasión, la jueza mencionada destacó que “la línea de decisiones que viene siguiendo el Tribunal a partir del caso ‘Filcrosa’ no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a estas un significado erróneo. Tal circunstancia confiere plausibilidad a la interpretación de la legislación nacional que sirvió de fundamento a la decisión adoptada en dicho precedente, pese a las dificultades que

(18) “(13) Que, con particular referencia a la extinción de las obligaciones impositivas, no se advierte qué motivos, relacionados con la sustancia, subsistencia, o con la extensión de los poderes de los gobiernos de provincia, exigirían que se considere de manera diferente, a los efectos de la desidia del acreedor y a la consiguiente liberación del deudor por el transcurso del tiempo, a aquella con la cual se examinan las obligaciones de cualquier otra clase. Si la autonomía de las provincias quedara afectada por la mera circunstancia de que, al ser personas jurídicas de carácter público, están sujetas al régimen común de las obligaciones, habría que terminar concluyendo, necesariamente, que el art. 33 del Cód. Civil es inconstitucional porque subordina los poderes locales a un régimen jurídico heterónomo, imponiéndoles limitaciones que les impiden ensancharse según su arbitrio individual. Pero está muy claro que esa no es la doctrina de esta Corte (cfr. Fallos 320:1344; 322:2817 y sus citas)”.

(19) “Si la Nación ha entendido necesario modificar o precisar el plazo de prescripción previsto en los códigos de fondo, elementales razones de igualdad impiden exigir a los estados provinciales un comportamiento distinto. En tales condiciones, y siempre que las provincias, individualmente consideradas, no legislen en exceso del plazo previsto en las leyes nacionales; el propósito constitucional de subordinar las autonomías provinciales a una legislación nacional uniforme y, con ello, garantizar un derecho de fondo único (mediante el cual el concepto mismo de ‘obligación’ no dependa exclusivamente del arbitrio de los poderes públicos en cada parte del territorio nacional por la que atraviesa el deudor) puede considerarse cumplido, cuanto menos en su espíritu. Por lo que corresponde confirmar la sentencia apelada”.

encuentro para extraer del Cód. Civil, a partir de la argumentación utilizada en el fallo, el claro propósito legislativo de limitar el ejercicio de los poderes provinciales en el ámbito de sus materias reservadas”.

Tal era el estado de cosas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en forma previa a la sanción de la ley 26.944 y de la nuevo Cód. Civ. y Com.

III. La ley 26.944 y su limitada regulación de la prescripción liberatoria

III.1. Introducción

El art. 1º de la ley 26.944 fijó un punto de partida muy controvertible, al afirmar que “las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Se ha considerado, y compartimos tal posición, que el artículo resulta excesivo desde dos puntos de vista. Por un lado, porque no toda la actividad estatal está sujeta al derecho público, sino que también existen numerosos supuestos en los cuales ella se rige por el derecho privado, y en ellos su regulación es propia de los códigos de fondo. Por otro lado, la exclusión debió limitarse a la exclusión del capítulo referido a la responsabilidad civil de la legislación civil y comercial, tal como lo dispone el art. 1764 del Cód. Civ. y Com. (20).

En materia de prescripción, la ley 26.944 recoge el guante de la indicación efectuada por Argibay en el caso que recién hemos citado, e incorpora tres artículos. El art. 7º establece una prescripción de tres años para la responsabilidad extracontractual del Estado, el artículo siguiente admite que la demanda por la reparación de los daños y perjuicios se inicie luego del juicio de nulidad o inconstitucionalidad (21), y, finalmente, el art. 9º contempla un plazo de prescripción de tres años para que la víctima demande a funcionarios y agentes públicos, así como para la acción de repetición del Estado contra estos últimos (22).

(20) Conf. PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad...*, cit., p. 52.

(21) Este artículo es de una enorme importancia, por cuanto viene a poner fin a toda discusión acerca de la aplicación del recaudo de la subsidiariedad de las pretensiones declarativas contemplado en el art. 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. Sobre este aspecto, nos remitimos al análisis efectuado en: LAPLACETTE, Carlos J., *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, B de F, Buenos Aires, 2016, ps. 283-288.

(22) Pronunciándose de modo favorable a esta solución, Rosatti afirma que “desde un enfoque constitucionalista reivindicamos una vez más la competencia local en el tema regulado por el art. 7º. Ahora es el propio Congreso, aquel cuya competencia de-

Sin embargo, el legislador no ha regulado otros aspectos del instituto, como la suspensión, la interrupción o la dispensa de la prescripción corrida, por tal motivo, resultará necesario acudir por vía analógica a las disposiciones de la legislación civil para integrar dicho vacío normativo (23).

A partir de lo que dispone el art. 1º de la ley 26.944, así como a la jurisprudencia predominante en la materia, si bien es posible recurrir a normas del derecho civil para cubrir diversas lagunas que se presentan en esta materia, no existe una aplicación subsidiaria sino analógica de aquellas. Ello quiere decir que la aplicación se da con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho administrativo (24).

Precisamente una de las características del derecho administrativo actual, está dada por el abandono de la concepción clásica que miraba a esta rama del derecho como un derecho de excepción y exorbitante del derecho privado y no como una disciplina que se abastece de principios y normas que son peculiares de derecho público (25). Pero una vez que se reconoce que el derecho administrativo constituye el derecho común de la Administración, sus relaciones con el derecho civil se plantean en el ámbito de dos disciplinas sustantivas con similar autonomía científica (26).

cía defender la Corte para cuestionar las regulaciones locales, quien reconoce (al invitar a adherir al texto de la ley 26.944 a los gobiernos locales) que carece (y, en realidad, carecía, puesto que la Constitución no cambió en este tema) de legitimación constitucional para fijar el plazo de prescripción” (ROSATTI, Horacio, “Análisis exegético de la ley 26.944”, en AA.VV., ROSATTI [dir.], *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 597). En sentido contrario, Pizarro considera que “va de suyo que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus respectivos ámbitos, carecen de potestades para legislar sobre esta temática, salvo en cuanto al plazo de prescripción de tributos, esto último a tenor de lo dispuesto por el art. 2532 del Cód. Civil y Com.” (PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado...*, cit., t. 2, p. 536). Esta última afirmación se sustenta en la doctrina tradicional de la Corte Suprema, aunque queda sin explicar por qué motivo el Cód. Civil podría habilitar a las provincias a regular los plazos de prescripción en materia tributaria —art. 2532 Cód. Civ. y Com.— y no puede hacer lo propio con la prescripción de la responsabilidad del Estado.

(23) PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad...*, cit., p. 198.

(24) Fallos 190:142, 304:919, 310:1578, 321:174, etc.

(25) SILVA TAMAYO, Gustavo, “La analogía en el derecho administrativo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, nro. 3, diciembre 2012.

(26) CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires, 2016, p. 26.

Por tal motivo, no hay subsidiariedad del Cód. Civ. y Com. respecto del derecho administrativo. Lo que tenemos es, en todo caso, un recurso a la analogía, la cual no constituye un trasplante automático de una solución prevista en otro campo del derecho, en este caso en el derecho civil, sino más bien la elaboración de una norma, a partir de aplicar la misma *ratio iuris* con la cual se regula un caso parcialmente equivalente, pero siempre teniendo muy especialmente en cuenta las particularidades propias de la rama del derecho a la cual se intenta implantar la solución.

En este sentido, se enseña que no obstante el trascendente papel que cumple la analogía en el ámbito del derecho administrativo, ella debe ajustarse a los principios generales que rigen en el derecho público compatibilizado, en primer término, la aplicación de la norma similar o a fin con los principios que rigen cada institución y culminando con los principios básicos y fundamentales del ordenamiento administrativo, ya que reconozcan su origen en el derecho administrativo, ya sea que provengan del derecho positivo o natural (27). Como ejemplo de esta situación se ha mencionado el caso del principio general del derecho civil según el cual nadie puede alegar su propia torpeza, el cual cede frente al principio especial del derecho administrativo por el cual la Administración puede demandar la nulidad de sus propios actos (28).

De esta manera, una vez que la regulación de la responsabilidad estatal, como ha ocurrido con las nulidades del acto administrativo o la relación de empleo público, se afina en el ámbito del derecho público, no le son aplicables las disposiciones contenidas en el Cód. Civ. Com. Solo a partir de una cuidadosa utilización de la analogía, será posible utilizar aquí las soluciones previstas en el derecho privado (29).

A partir de la muy escueta e insuficiente regulación contenida en la ley 26.944, la prescripción en materia de responsabilidad del Estado presenta algunos problemas a la hora de su aplicación concreta, los cuales intentaremos reflejar de modo parcial en las próximas páginas.

(27) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

(28) Ídem. ant.

(29) Linares sostenía una posición diferente, al afirmar que “los códigos comunes en nuestro país, en casos no previstos por leyes administrativas, se aplican subsidiariamente, siempre que el sustrato de la conducta del caso en estudio y la valoración jurídica no hayan descartado tal proceder aplicatorio” (LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 90).

III.2. Algunos aspectos del plazo de prescripción

III.2.1. Extensión e inicio del cómputo

El art. 7º de la ley 26.944 fija un plazo de tres años para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual. Este plazo supuso una ampliación respecto del anteriormente vigente, es decir, el plazo bienal contemplado en el art. 4027 del Cód. Civil hoy derogado (30). La ley, en cambio, no previó el plazo de prescripción para los supuestos de responsabilidad contractual del Estado, si bien contempla, de modo general, su aplicación en forma subsidiaria (31). Frente a ello, se ha entendido que la solución sería la misma, ya sea que se aplique el art. 7º de la ley 26.944 de modo supletorio, o que se acuda por analogía a las disposiciones del Cód. Civ. y Com., cuya solución está contemplada en el art. 2561 (32).

En cuanto al momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo, el art. 7º de la ley 26.944 establece que los tres años se cuentan “a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”.

La redacción del artículo está muy lejos de ser la más adecuada; sin embargo, bien leída, su solución es razonable. Como principio, se puede afirmar que, si el daño no se ha verificado, el plazo no comienza a correr. Asimismo, aun cuando ya exista el daño, el plazo de prescripción no estará corriendo si encontramos determinados impedimentos para que el interesado promueva la demanda (la acción no está expedita).

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha destacado que el comienzo del cómputo de la prescripción tiene lugar a partir del momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer, lo que acontece como regla general, cuando sucede el hecho ilícito que origina la responsabilidad (33).

(30) En la jurisprudencia se sostenía como regla que el término para interponer la demanda originada en la responsabilidad extracontractual del Estado, ya se trate de una actividad lícita o ilícita, es de dos años, y su punto de partida debe computarse a partir del momento en que el demandante tomó conocimiento de los daños que reclama (Fallos 320:1081, 329:1862, etc.).

(31) Art. 10.— La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

(32) PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad...*, cit., p. 199.

(33) Fallos 333:802. En ese caso, donde se reclamaba la reparación de daños ocasionados por la actividad ilícita del personal policial durante el trámite de un sumario, la

En principio, el plazo de prescripción comienza a correr con la producción del daño (34), pues desde ese momento la víctima conocerá su existencia y podrá reclamar la reparación. Sin embargo, este principio cede en gran cantidad de ocasiones. Así, excepcionalmente la prescripción comienza a correr desde el conocimiento del daño, o de la causa del daño, como sería el caso de que se desconociera al autor material de un daño y fuera necesario realizar un proceso penal para identificarlo; o si la víctima recién conoce después de varios años que su mal ha sido causado, por ejemplo, por el componente de un producto elaborado. La razón de que en algunos casos la prescripción arranque desde la fecha del conocimiento y no desde la ocurrencia del daño, siempre que ese conocimiento tardío no sea inimputable al actor. Se entiende aquí que el tiempo transcurrido entre el hecho ilícito y el conocimiento no fue un tiempo útil para accionar (35).

En otras ocasiones, una parte del perjuicio ya se ha materializado, mientras que otra parte del daño aún no se ha producido, pero se conoce con certeza su ocurrencia en el futuro; en tales situaciones se debe considerar que el cómputo del plazo de prescripción comienza a correr desde que existe esa certeza. En este sentido, en Fallos 325:491, con remisión a Fallos 317:1437 y sus citas, se afirmó que punto de partida del plazo de prescripción debe computarse a partir del momento en que la demandante tomó conocimiento de los daños que reclama, sin que obste para ello la circunstancia de que los perjuicios pudieren presentar un proceso de duración prolongada o indefinida, pues el curso del plazo de la prescripción comienza cuando sea cierto y susceptible de apreciación el daño futuro. También se resolvió, de modo similar, que, a los fines del cómputo de la prescripción, debe partirse del momento en que los daños fueron conocidos por el reclamante y asumieron, por tanto, un carácter

Corte Suprema entendió que en tanto los hechos reputados ilícitos por los que reclaman presentan la característica de continuarse en el tiempo, el comienzo del curso de la prescripción bienal estará dado por el cese de los referidos hechos, momento en que se los tendrá por acaecidos.

(34) Por ejemplo, si se pretende la reparación de los daños causados por actos y hechos realizados por agentes de la policía, el cómputo de la prescripción comienza el día en que el personal dependiente de la policía provincial irrumpió en el inmueble (Fallos 327:1772). O, si se trata de daños causados por inundaciones, el cómputo debe partirse del momento en que los daños han sido conocidos por el reclamante y asumido, por tanto, un carácter cierto y susceptible de apreciación, y la circunstancia de que pudieran presentar un proceso de duración prolongada o indefinida no es inconveniente para ello (Fallos 308:337, 310:1545, 317:816).

(35) LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "La prescripción de la acción de daños en el nuevo Código Civil", RCyS 2015-IV-336.

cierto y susceptible de apreciación (36), por ejemplo, que en el caso en que se atribuye responsabilidad extracontractual a una provincia como consecuencia de la desaparición de un rodado secuestrado en un procedimiento policial, para el cómputo de la prescripción debe del momento en que el damnificado tomó conocimiento del hecho y de sus consecuencias dañosas (37).

El Cód. Civ. y Com. contiene una regla más simple, al disponer que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible. En el ámbito de la responsabilidad del Estado, podríamos afirmar que el plazo comienza a correr cuando la víctima toma conocimiento de que se encuentra en condiciones fácticas (el perjuicio se produjo) y jurídicas (la acción se encuentra expedita) de accionar (38). Una regla similar consagraba el Proyecto de Unificación de 1998 (39).

Así, por ejemplo, la demanda en la que se procura obtener la indemnización de los daños ocasionados por medidas cautelares que se consideran ilícitas y abusivas trabadas en un expediente judicial que concluyó con el rechazo de la demanda, el plazo comenzó a correr cuando el afectado se encontró en condiciones jurídicas de accionar y ello acontece al quedar demostrada por sentencia judicial la ilicitud de dichas medidas cautelares (40).

Compartimos aquí con Pizarro que cuando el art. 7º afirma que el plazo de prescripción corre “desde que la acción esté expedita”, debe ser entendida como comprensiva de los supuestos en los cuales el daño no se conoce, sin que pueda imputarse al acreedor negligencia alguna, o cuando se conoce el daño pero no su causa, o en aquellos casos en los cuales la acción solo pueda considerarse expedita a partir de la identi-

(36) Fallos 326:1420, con cita de Fallos 310:647 y 325:751.

(37) Fallos 316:2136. Asimismo, se entendió el plazo de prescripción comenzó a correr al consumarse la cirugía mutilante, pues, recién allí la víctima pudo tomar conocimiento cierto y efectivo del daño producido por la mala praxis médica que atribuye a la demandada, aun cuando la intervención u omisión de esta datara de una fecha anterior (Fallos 319:1960).

(38) El punto de partida de la prescripción es el momento en que el actor ha conocido que la acción indemnizatoria quedó expedita a su favor (Fallos 329:1881, con cita de Fallos 295:168; 303:851; 319:1960).

(39) Art. 2495.— Comienzo del curso. El curso de la prescripción se computa desde el día en que la acción puede ser ejercida.

(40) Fallos 335:1684.

ficación de los responsables, o cuando existan comportamientos del dañador que constituyan nuevas etapas del daño (41).

Además, la acción de responsabilidad puede ser promovida incluso después de la demanda de nulidad o inconstitucionalidad, lo cual extiende el plazo para la promoción de la acción mucho más a allá de los tres años que regula la ley 26.944 (42). Esta última es una posibilidad inexistente en el ámbito del derecho privado, el cual no admite una suspensión del curso de la prescripción de esa naturaleza.

Esta mayor extensión del plazo de prescripción, así como el hecho de que la acción de reparación pueda dissociarse de la declaración de inconstitucionalidad, son una muestra de la menor importancia que registra el instituto de la prescripción cuando el demandado es el propio Estado.

Esto también pone de manifiesto la diferencia que existe entre la prescripción aplicada a los particulares que respecto de la aplicada al Estado por los intereses que están en juego. En entre otros fines, el plazo de prescripción es una herramienta que procura, respecto de los particulares, brindar seguridad jurídica y permitir a cada uno desarrollar su plan de vida; ninguna de ellas son consideraciones que el Estado pueda esgrimir en su favor.

III.2.2. La interpelación fehaciente y el reclamo administrativo

El art. 2541 del Cód. Civ. y Com. contempla la posibilidad de suspender el plazo de prescripción, por una sola vez, “por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o el poseedor”. El mismo artículo aclara que esta suspensión solo tiene efecto durante seis meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción.

(41) PIZARRO, Ramón, *Responsabilidad del Estado...*, cit., t. 2, p. 543.

(42) Al explicar este punto, la mayoría de la Cámara de Diputados, en la sesión del 27/11/2013, en la que obtuvo media sanción la ley 26.944, a través de la diputada Conti, afirmó que “en cuanto a la prescripción de los plazos para demandar al Estado, modificamos el dictamen llevándola a tres años en todos los casos. Quiero recordar que el tiempo no es exiguo, porque cuando el reclamo es por actividad ilegítima, la demanda por daño patrimonial puede presentarse conjuntamente o luego de haber planteado la nulidad o inconstitucionalidad del acto administrativo para probar que la actividad es ilegítima y que produjo un daño. En ese sentido, hay que tener en cuenta que un juicio de nulidad de un acto administrativo o de inconstitucionalidad insume un tiempo prudencial, con lo cual no es corto el período de tres años que estamos fijando como plazo de prescripción”.

El Código Civil anterior, en el segundo párrafo del art. 3986, preveía que “la prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión solo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción”. Mientras tanto, la ley 26.944 no contiene una previsión semejante.

Bajo el Cód. Civil anterior, la Corte Suprema consideró que la remisión de cartas documento en las que se reclamó a la Provincia el resarcimiento de los daños y perjuicios constituye una interpelación auténtica que suspende el curso de la prescripción por un año (43). En sentido análogo, se consideró que la nota dirigida al director del Registro de la Propiedad, reclamándole la reparación de los daños y perjuicios que atribuyó al accionar de esa repartición, tiene efectos suspensivos de la prescripción de la acción contra el estado provincial, en los términos del art. 3986 del Cód. Civil (44).

En el marco de una demanda de repetición por pagos sin causa, realizados en el marco contratos tendientes a la construcción de un acueducto, ante la defensa de prescripción opuesta por el particular, la Corte Suprema afirmó que en tanto la provincia actora “envió dos cartas documento de idéntico tenor a sendos domicilios de la demandada —recibidas por esta los días 10 y 12 del mismo mes y año— en las que reclamaba el reintegro de los pagos efectuados a partir del 13 de agosto de 1982... Esa intimación constituyó una interpelación auténtica que suspendió el curso de la prescripción por un año (art. 3986, párr. 2º, del Código citado)” (45).

Se trata, como hemos indicado, de una suspensión del plazo de prescripción y no de una interrupción. La Corte Suprema resolvió hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por la provincia de Río Negro en la demanda de daños y perjuicios derivados de su presunta responsabilidad en la detención de un procesado, que estuvo privado de libertad durante algo más de un año, hasta que, el 26 de septiembre de 1990 se dictó su absolución. En ese momento cesaron los hechos que según el actor son ilegítimos, y, por lo tanto, la demanda presentada en abril de 1998 se encontraba largamente cumplida. Tal solución, afirma el Tribunal, no se ve conmovida por el hecho de que la carta documento que enviara al Gobernador el 17/12/1992, suspendiera el curso de la prescripción por un

(43) Fallos 325:751.

(44) Fallos 318:470.

(45) Fallos 322:817.

año —art. 3986, segundo párrafo del Cód. Civil—, pues ello solo desplazó el vencimiento de la prescripción al 18/12/1993, momento muy anterior a la interposición de la demanda (46).

En la actualidad, la imposibilidad de aplicar el Cód. Civ. y Com., enunciada de modo enfático por la propia la Ley 26.944, puede generar situaciones conflictivas. Muchas de ellas, al menos en el caso del Estado Nacional, podrán encauzarse a través de lo dispuesto en el art. 1º, e), 9) de la ley 19.549, según el cual “las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad”. Sin embargo, no se trata de una solución que abarca todos los supuestos (p. ej., no brinda respuestas fuera del ámbito de aplicación del dec.-ley 19.549), y tal como lo sostuvo en distintas ocasiones la Corte Suprema, a fin de que se le otorgue efectos interruptivos de la prescripción, los reclamos debían guardar coherencia con las demandas de daños y perjuicios promovidas luego en sede judicial (47).

En el caso “Wiater” (48) la Corte Suprema entendió que “el reclamo administrativo deducido ante el Ministerio de Economía... carece de efecto interruptivo (art. 1º, inc. e), apart. 7º, de la ley 19.549) o suspensivo (art. 1º, inc. e), apart. 9º, parte final de la ley citada) del curso de la prescripción. Ello es así, en primer lugar, porque no media coherencia entre lo solicitado ante la autoridad administrativa (derogación del dec. 1464/1973 —ver fs. 9—) y lo pretendido en sede judicial (pago de indemnización por daños y perjuicios). Por lo demás, la actora no ha probado que hubiera gestionado ante la demandada la reparación de los daños y perjuicios que dieron lugar al sub examine. Asimismo, por no tratarse de la presentación realizada por la recurrente de un recurso administrativo no corresponde asignarle efecto interruptivo en los términos del art. 1º, inc. e), apart. 7º, de la ley 19.549”.

(46) Fallos: 333:802. En este caso, Fayt, Petracchi y Zaffaroni consideraron, en disidencia, que en estos casos a los fines del punto de arranque del curso de la prescripción es necesario remover la apariencia de licitud del hecho, por lo cual la ilegitimidad de la conducta dañosa surge en un tercer momento, que es el dictado de la sentencia definitiva, ya que recién en el momento de ser sobreseídos, la situación jurídica de los procesados ya no puede revertirse ni volver a responsabilizarlos del delito que les fuera endilgado, por lo que a partir de que cobra firmeza el sobreseimiento es que debe computarse el inicio del plazo de prescripción.

(47) Fallos 320:2289, 322:496, Fallos 323:3351, entre otros.

(48) Fallos 320:2289.

Por otro lado, es necesario destacar que cuando esas actuaciones son llevadas a cabo por el Estado, las mismas deben encontrarse en conocimiento del particular (49).

En lo que respecta al art. 3982 bis del Cód. Civil, en el cual se establecía que “si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños”, la Corte Suprema ya había resuelto que esos efectos interruptivos no resultaban aplicables a la provincia, que, por no ser una persona física, no puede ser querrelada criminalmente (50).

III.2.3. Interrupción de la prescripción por el reconocimiento de deuda

De acuerdo con el art. 2544 del Cód. Civ. y Com., el curso de la prescripción se interrumpe “por reconocimiento de deuda que el deudor efectúa del derecho de aquel contra quien prescribe”.

Esta causal se explica a partir de considerar que aquel que acepta su condición de deudor no podría luego negar su obligación afirmando que ella está prescripta utilizando para ello el tiempo durante el cual aceptó su condición de deudor.

Si bien el reconocimiento puede ser expreso o tácito, el mismo debe ser claro, concluyente, y no una mera hipótesis (51). En aquellos casos en los cuales se trata de una prescripción ya cumplida, el reconocimiento adquiere las características de un acto de disposición, oneroso o gratuito (52), para el cual se requerirán las facultades correspondientes.

(49) “Cabe señalar que la notificación del acto como requisito para que se produzca la interrupción de procedimiento es consecuencia de la imposibilidad que la Administración pueda disponer libremente del régimen de producción de la prescripción y la caducidad que rige en el Derecho administrativo” (AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc, *Prescripción y caducidad...*, cit., p. 39).

(50) Fallos 323:3693, 324:2972.

(51) Conf. CS, doctrina del caso “Lucente, Víctor Hugo y Otros c. Estado Nacional Argentino - Ejército Argentino y otro s/ordinario”, 4/11/2014. En Fallos 295:973 consideró que si la provincia demandada intimó a la propietaria de un inmueble que recibiera los alquileres con apercibimiento de consignarlos, ello importa la interrupción de la prescripción del crédito de la actora, ya que significó reconocer la deuda.

(52) En contra, considerando que no puede ser entendido como una liberalidad, ver *mutatis* la cita formulada por MERTÉHIKIAN, Eduardo, “Algunas cuestiones de la prescripción para demandar al Estado por su responsabilidad extracontractual”, *Actualidad en Derecho Público*, nro. 13, ps. 117-118.

Aquí estamos, nuevamente, ante una situación que puede generar conflictos, ya que la ley 26.944 impide la aplicación directa o subsidiaria del Cód. Civ. y Com. y carece de una previsión semejante al art. 2544. Si bien creemos que el reconocimiento de deuda, en tanto sea explícito o razonablemente implícito, resultaría incompatible con una posterior alegación del transcurso del plazo de prescripción por parte de quien aceptó que existe la obligación, lo cierto es que, a fin de evitar conflictos, lo aconsejable no recurrir a esa solución y es evitar cualquier discusión al respecto.

III.2.4. Dispensa de los efectos de la prescripción cumplida

El art. 3980 del Cód. Civil preveía que “Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses. Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquella, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo”.

En forma similar, el Cód. Civ. y Com., en su art. 2550, dispone: “El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos. En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante. Esta disposición es aplicable a las sucesiones que permanecen vacantes sin curador, si el que es designado hace valer los derechos dentro de los seis meses de haber aceptado el cargo”.

La legislación argentina no ha receptado la pauta según la cual la prescripción no corre contra quien no puede reclamar (*contra non valentem agere non currit praescriptio*). En su lugar, se ha adoptado una solución especial, permitiendo (o más bien obligando) a los jueces a tener por no cumplida una prescripción ya operada, cuando el deudor se hubiera encontrado en las circunstancias de hecho contempladas en la disposición.

De modo similar a lo que ocurre con el reconocimiento de deuda, creemos que la dispensa de la prescripción es una norma plenamente aplicable al ámbito de la responsabilidad del Estado, pues más allá de

su inclusión en el Cód. Civ. y Com., ella recoge un principio general que se deriva de la equidad y de la situación de fuerza mayor en la cual se encuentra el acreedor. Si la prescripción opera como una consecuencia de la inacción del acreedor, en aquellos casos en los cuales esa inacción estuvo motivada en circunstancias extraordinarias, consideraciones de justicia imponen atemperar la decisión legislativa de entender que la prescripción de todos modos se encontraba corriendo.

III.3. Inicio de la vigencia del nuevo plazo de prescripción en la responsabilidad del Estado

La ley 26.944 fue promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, y comenzó a regir ocho días después, según lo establecía el art. 2º del Cód. Civil. Entre las reformas que introdujo esta nueva ley, se encuentra la ampliación al plazo de prescripción por responsabilidad extracontractual, el cual fue llevado a tres años, diferenciándose del tradicional plazo bienal previsto, hasta ese, entonces, por el art. 4027 del Cód. Civil.

Esta ampliación del plazo de prescripción puede generar dudas ante la inexistencia de una norma transitoria en la ley 26.944, por la cual se aclare cómo debe procederse con los plazos de prescripción que se encontraban corriendo al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Una primera alternativa podría ser la de recurrir al ordenamiento civil, ya sea al art. 4051 del Cód. Civil (53) o al actual art. 2537 del Cód. Civ. y Com. (54). De acuerdo con estas disposiciones, los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Esta solución ha sido propiciada por algunos autores, como, por ejemplo, López Herrera, quien al advertir que las modificaciones de ley 26.944 a los plazos de prescripción vigentes obliga a

(53) Art. 4051.— Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código.

(54) Art. 2537.— Modificación de los plazos por ley posterior. Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

realizar un análisis sobre las prescripciones en curso, utiliza de modo inmediato las soluciones previstas en el derecho civil y comercial (55). Sin embargo, creemos que no es esa la solución correcta. Por el contrario, entendemos que existen muy buenos motivos para sostener que el nuevo plazo de prescripción se aplica de forma inmediata a su entrada en vigencia.

Si comenzamos buscando la respuesta en el ámbito del derecho público, podremos advertir que no existe ninguna disposición constitucional ni ningún principio general del derecho que obligue a receptor una solución como la contenida en la norma civil y comercial. Por el contrario, debe repararse que la previsión del Cód. Civ. y Com. es una solución circunstancial y contingente incluso en el ámbito del derecho privado. En tal sentido, el Proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación del año 1998 contenía una solución contraria al art. 4051 del Cód. Civil y al art. 2537 del actual Cód. Civ. y Com. (56).

Esto pone en evidencia que la solución prevista en el derecho privado no es más que una posibilidad, una alternativa de la cual dispone el legislador, pero de ningún modo un imperativo que tenga fuente en normas constitucionales o en principios generales del derecho.

Desde otra óptica, también se puede destacar que lo establecido en el art. 2537 del Cód. Civ. y Com. es una excepción a un principio general en materia de vigencia de la ley, según el cual, salvo disposición en contrario, las nuevas leyes son de aplicación inmediata a las relaciones jurídicas vigentes al momento de su entrada en vigencia. Es esta una pauta general, relativa a la aplicación de la ley en el tiempo, que cuenta con un sólido respaldo constitucional. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes y reglamentaciones y la derogación de una norma por otra posterior no afecta derecho alguno emanado de la

(55) LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "La prescripción liberatoria en la reciente ley de responsabilidad del Estado", LL 2014-D-1063. En ese mismo trabajo, el autor afirma que las normas sobre prescripción liberatoria, contenidas en el Cód. Civil, se aplicarán de manera supletoria a todo lo que, sobre ese tema, no haya sido expresamente regulado en la ley de responsabilidad del Estado.

(56) Art. 2505. — *Modificación de los plazos de prescripción. Cuando las leyes cambian los plazos de prescripción, los nuevos se aplican a las prescripciones en cursos, de acuerdo con las siguientes reglas: a. Se aplica el nuevo plazo, si este es mayor que el fijado en la ley anterior. b. Si el nuevo plazo es más breve que el anterior, la prescripción se considera operada, cuando ocurre la primera de estas circunstancias: I. Vencimiento del plazo designado por la ley anterior, computado desde el comienzo de su curso. II. Vencimiento del nuevo plazo, computado desde la fecha de vigencia.*

Constitución Nacional (57), siendo que las nuevas normas se aplican a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes a partir del momento de su vigencia (58).

Se trata, en definitiva, del denominado principio o efecto de aplicación inmediata de las leyes, por el cual las nuevas leyes atrapan a todas las situaciones jurídicas en curso sin que ello vulnere en manera alguna el principio de irretroactividad, que solamente veda aplicar la nueva ley a situaciones jurídicas definitivamente constituidas (59). Al no existir en la ley 26.944 ninguna norma que plantee una solución igual a la del derecho privado, debemos recurrir a la solución que surge del principio general según el cual la nueva legislación es de aplicación inmediata, a menos que se disponga otra cosa en forma específica.

Es posible agregar que, conforme a una antigua regla interpretativa, las excepciones deben interpretarse de modo estricto y no admiten una interpretación análoga. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que las excepciones de los principios generales de la ley son obra exclusiva del legislador, y no pueden crearse por inducciones o extenderse mediante interpretación a casos no expresados en la disposición normativa que crea la excepción (60).

Insistimos en que no parece correcto traer al ámbito del derecho público una solución excepcional y contingente en derecho privado, que carece de justificación en materia de responsabilidad del Estado.

Las particularidades en materia de prescripción en el ámbito del derecho público son múltiples. Nótese que, por ejemplo, el plazo de prescripción difiere en materia de responsabilidad, siendo más extensa en el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado. Si el fundamento de la prescripción lo encontramos en la seguridad jurídica, la aplicación de estos principios al Estado, en especial al Estado Nacional, resulta sumamente opinable. Nótese que el concepto mismo de seguridad jurídica adquiere sentido como garantía de que los derechos de los particulares no serán asaltados por decisiones inestables, imprevisibles o irreflexivas de los funcionarios, pero pierde buena parte de su sentido si pretende-

(57) Fallos 308:885; 310:1080 y 1924; 313:1007 y 325:11, 330:2206 y 3565, entre muchísimos otros.

(58) Fallos 330:2206.

(59) TS Córdoba, 23/2/1996, "Velázquez, Teresa del Valle c. Ferreyra, Miguel A. y/u otros", LLC 1997-272.

(60) Fallos 2:26, 322:2890, 327:5503, C.1324.XL; RHE "Casas, Anastasio Marcelino c. Dirección General Impositiva", 14/8/2007, entre muchos otros.

mos aplicarlo para defender al Estado de sus propios cambios legislativos; estaríamos protegiendo de las modificaciones en el sistema jurídico, al propio encargado de encargados de realizarlas.

En este orden de ideas, siendo el fundamento de la prescripción liberatoria el brindar seguridad jurídica al deudor, el mismo no puede, de ningún modo, aplicar en forma inmediata al Estado, pues es él quien fija los plazos de prescripción y, como hemos visto, no se autoexcluyó de la aplicabilidad del nuevo régimen pudiendo haberlo hecho. Esto pone en evidencia una de las diferencias más significativas que existe en materia de regulación de la prescripción privada y en el derecho administrativa. Pues mientras entre particulares no existe ninguna posibilidad de modificar los plazos de prescripción, los cuales se consideran de orden público, en el caso de la responsabilidad del Estado, una de las partes, el deudor, es quien fija unilateralmente el plazo de prescripción.

Nótese que siendo el Estado quien fija los plazos de prescripción, bien pudo haber dispuesto la ultraactividad del régimen anterior, pero decidió no hacerlo. Al mismo tiempo que se autoexcluía de la aplicación directa o subsidiaria del Cód. Civil, no aceptó aquellos proyectos que, como el de la minoría, propugnaba una solución similar a la del art. 2537 Cód. Civ. y Com.

Precisamente desde esta óptica, merece destacarse la decisión del legislador de no incluir una cláusula transitoria como la que contiene el Cód. Civ. y Com. El dictamen en minoría en la Cámara de Diputados, suscripto por los diputados Mario R. Negri, Jorge L. Albarracín, Manuel Garrido, Juan P. Tunessi y Fabián Rogel, proponía la incorporación, como art. 16, de la siguiente previsión: *Cláusula transitoria. A los fines de los cómputos de la prescripción, las acciones de responsabilidad contra el Estado interpuestas hasta el 31 de diciembre de 2014 se regirán por las cláusulas de prescripción aplicables anteriores a la sanción de la presente ley.* El hecho de que esa disposición no haya sido aprobada por el legislador, a pesar de que excluía la aplicación del Cód. Civil, no carece en absoluto de significación. Por el contrario, pone de manifiesto que el tema no pasó desapercibido por el Congreso y que, sin embargo, se optó por no incluir una cláusula que previera la ultraactividad del régimen derogado.

Ante situaciones similares, la Corte Suprema ha resuelto que “prender la ultraactividad de un régimen jurídico que fue derogado por normas con aptitud formal para producir tal efecto, sin fundamento idóneo que descalifique esa continuidad jurídica, supone crear artificialmente una irregularidad, que se proyecta sobre los actos subsiguientes, distorsiona los términos del debate y lleva a decidir una controversia solo

aparente". Por tal motivo, entendemos que con la entrada en vigencia de la ley 26.944 el plazo de prescripción de tres años se aplica también a las obligaciones nacidas con anterioridad a la misma (61).

IV. A modo de cierre

El presente trabajo procuró analizar distintas alternativas que se presentan en materia de prescripción a partir del nuevo Cód. Civ. y Com. y de la decisión del legislador de excluir a la responsabilidad del Estado del este último.

La técnica legislativa utilizada por la ley 26.944 es sumamente deficiente, y genera una larga serie de graves problemas, en especial al combinar la exclusión de las normas del Cód. Civ. y Com. con el hecho de no haber contemplado soluciones específicas en materia de suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción.

La solución a estos nos exige comenzar a establecer las bases constitucionales de prescripción, para lo cual se deberán conjugar ciertos elementos tales como la razonabilidad, la protección de los derechos y la seguridad jurídica, entendida esta última como una garantía unidireccional, destinada a proteger al particular frente al Estado y no a este último (62).

(61) Fallos 321:1252. En otra ocasión se resolvió que no corresponde aplicar un régimen derogado, si "tal derogación no previó la ultraactividad de aquel régimen jurídico para las operaciones pendientes. Tampoco los fundamentos del mencionado decreto permiten inferir la existencia de intención alguna del Poder Ejecutivo en el indicado sentido ni, menos aún, respecto del mantenimiento del gravamen adicional que se discute en la presente causa" (Fallos 322:174).

(62) Conf. ÁVILA, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 223.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS LOCALES A PARTIR DE LA LEY 26.944

POR GABRIELA SEIJAS

*No hay clasificación del universo que no sea
arbitraria y conjetural.*

J. L. Borges

I. Introducción

Nuestra Constitución Nacional no contiene una norma que atribuya responsabilidad al Estado en términos generales. Solo hace referencia en su art. 15 a una ley, que nunca se dictó, que regularía las indemnizaciones a que diera lugar la liberación de esclavos.

El art. 17 establece el principio de inviolabilidad de la propiedad y los requisitos que deben cumplirse para que proceda su expropiación: declaración legal de utilidad pública e indemnización previa.

Por su parte, la Corte Suprema de justicia de la Nación señaló en el precedente “Santa Coloma” (1) que el principio del *alterum non laedere* tiene raíz constitucional, y lo ubicó en el art. 19 de la CN, regla reiterada en “Gunther” (2).

A la hora de fundar la responsabilidad por actividad lícita, la Corte ha recurrido a la doctrina del sacrificio especial y a la igualdad ante las cargas públicas, fundadas en los arts. 4º y 16 *in fine* de la CN.

II. Antecedentes. La jurisprudencia

El texto del art. 43 del Cód. Civil anterior a la sanción de la ley 17.711 impedía responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos y cuasi-

(1) Fallos 308:1160 (1986).

(2) Fallos 308:1118 (1986).

delitos de sus dependientes. “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”, afirmaba el Cód. Civil hasta 1968.

Por otro lado, antigua jurisprudencia consideraba que “para establecer las responsabilidades de la Nación, fuera de las relaciones contractuales, por actos de los empleados que la representan, es necesaria una disposición legal expresa que se las imponga” (3).

En viejos precedentes la Corte señaló que ello “no significa que los acreedores de la Nación no tuvieran medios de hacer valer sus derechos, porque pueden ocurrir al Congreso, quien por el inc. 6º, art. 67 de la CN, está facultado para arreglar el pago de la deuda pública, en cuya imparcialidad, ilustración y justicia, hallarán sus legítimos intereses, la misma protección y garantías que en los Tribunales de la Nación” (4).

A su vez, el Congreso podía disponer el pago de la indemnización o permitir que el damnificado llevase su reclamo ante el Poder Judicial, emitiendo una venia legislativa al efecto.

El 6 de octubre de 1900 se promulgó la ley 3952, que en su art. 1º estableció que “los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de este”.

En el año 1932, la ley 11.634 modificó este artículo, aclarando que la posibilidad de demandar se daba “ya sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público”.

La idea de irresponsabilidad y la necesidad de venia legislativa fueron lentamente superadas. Distintas sentencias admitieron la responsabilidad del Estado mucho antes de la modificación del art. 43 del Cód. Civil.

(3) “Teresa Tomasini c. GN”, Fallos 113:104 (1910); “Brown, Francisco c. Gobierno Nacional”, Fallos 130:62 (1919).

(4) “Gómez, Juan Carlos c. Nación”, Fallos 2:36 (1865).

Entre otras, se destacan “Tomás Devoto c. Gobierno Nacional” (5) y “Laplacette” (6).

La responsabilidad extracontractual por los actos y hechos ilegítimos del Estado que causan daños fue reconocido a partir del mencionado caso “Devoto”, suscripto por los jueces Repetto, Guido Lavalle, Sagarna y Linares, fundado enteramente en el derecho civil. En el caso la responsabilidad del Estado fue admitida como consecuencia del obrar negligente de un grupo de operarios del telégrafo. En el campo que alquilaba Tomás Devoto en la provincia de Entre Ríos ocurrió un gran incendio ocasionado con las chispas de un brasero utilizado por los empleados del Telégrafo nacional que trabajaban en la línea telegráfica que pasaba por el campo. El incendio ocasionó daños de considerable magnitud que llevaron a la sociedad perjudicada a entablar una demanda contra el Gobierno. La Corte resaltó que el brasero había sido usado en forma deficiente y sobre pastos secos.

Para reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado el tribunal elaboró una construcción sobre la base de una responsabilidad indirecta, basada en la idea de culpa, aplicando los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil.

Rodolfo Bullrich, examinando sus fuentes, sostenía (antes del dictado del caso “Devoto”) que el art. 43 del Cód. Civil aludía a delitos de derecho criminal (7). La Corte no lo explicita, pero esa interpretación, que era la sostenida por los tribunales inferiores, parece ser la seguida en el caso “Devoto” (8).

(5) Fallos 169:111 (1933).

(6) Fallos 195:66 (1943).

(7) BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, Jesús Méndez Editor, Buenos Aires, 1920, ps. 103 y ss.

(8) El texto original del art. 43 del Cód. Civil provocó una de las más importantes controversias doctrinarias y jurisprudenciales de su época. Una interpretación rigurosa y literal de la norma conducía a la irresponsabilidad total de la persona jurídica. La solución —reiterada en el art. 1720, dejando a salvo el enriquecimiento sin causa— era considerada como una consecuencia de la pureza conceptual de la teoría de la ficción: las personas jurídicas son creadas para “realizar el bien” y son ajenos a su especialidad los hechos ilícitos, que solo pueden ser imputados a la persona física que los realizó.

La necesidad de anteponer o eliminar las perceptibles injusticias y desigualdades que resultaban de la tesis de la irresponsabilidad —en concordancia con el descrédito de la teoría de la ficción— llevó a la adopción de variados criterios doctrinarios que oscilaban entre posturas que sostenían que había que pasar por alto la valla del art. 43 (a través de una interpretación “correctora” —Spota— o que requería tener la norma por “no escrita” —Borda—) hasta aquellas que a partir de la consideración básica que

Rafael Bielsa criticó la sentencia referida. Afirmó que la culpa del funcionario estaba contemplada en el art. 1112 del Cód. Civil, “pero la responsabilidad del funcionario no es, según el Código Civil, la de la Administración Pública. Cuando el funcionario cumple de manera irregular las funciones que le están impuestas, él es responsable y no la Administración Pública” (9).

En “Laplacette”, un juicio de daños ocasionados por una obra pública, la responsabilidad del Estado encontró fundamento en la protección del derecho de propiedad, incluso sin conducta culposa alguna de parte de los agentes estatales. Afirmó la Corte que “la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa, si bien con divergencias sobre los fundamentos jurídicos que la justifican, es aceptada por la doctrina general... La misma doctrina ha sido aplicada por los tribunales civiles de la Capital... Esta es la *única* solución equitativa y justa, la que conduce a la protección de la propiedad perjudicada por obras del Estado; equidad y justicia que debe guiar la interpretación de los principios generales, de la doctrina y de los textos legales, que así por analogía, son llevados a regir los casos no previstos expresamente pero que caben dentro del contexto general de los principios que los informan”.

En un caso de daños por errores registrales, “Vadell, Jorge c. Provincia de Buenos Aires” (10), la Corte reiteró lo afirmado en 1938 en “Ferro-

al intérprete le está vedado el recurso de la derogación legal, buscaban circunscribirla a un ámbito más estrecho o reducido que el que surgía de su tenor literal. José Tobías reseña que en líneas generales —en vísperas de la sanción de la ley 17711: a) nadie sostenía la tesis de la irresponsabilidad total de las personas jurídicas; b) se coincidía que la responsabilidad por el hecho de sus dependientes se regía por otra norma (art. 1113); c) la discrepancia subsistía en cuanto al alcance de la responsabilidad de los hechos de los directores y administradores: había quienes le atribuían plena responsabilidad (Borda, Spota); los que la atribuían solo en el caso de cuasi delitos civiles, fueran o no delitos de derecho criminal (Llambías) y los que excluían de ella solo a los delitos penales (Barcia López, Acuña Anzorena). TOBIÁS, José “Personas jurídicas. Responsabilidad extracontractual (artículos 43 y 1113 del Código Civil)”, LL 2003-421.

(9) BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, nota a fallo de la CS del 22/9/1933, “Tomás Devoto y Cía. c. Gobierno nacional”, JA, t. 43, agosto-octubre 1933. Sostenía Bielsa que el Estado debe reparar el daño causado que afecta de manera diferencial al damnificado. Pero no a título de responsable (destacaba que la responsabilidad presupone imputabilidad) sino de garantía legal, y para eso consideraba preciso que la ley estableciera la obligación de indemnizar, ver BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 5ª ed., Roque Depalma, editor, Buenos Aires, 1957, t. V, p. 64.

(10) Fallos 306:2030 (1984).

carril Oeste de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires” (11) y sostuvo: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o irregular ejecución”.

De este modo el tribunal fundó la responsabilidad en la *idea objetiva de falta de servicio*. Afirmó que para poner en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no se requiere “como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil al que han remitido desde antiguo, exclusiva o concurrentemente, sentencias de esta Corte en doctrina que sus actuales integrantes no comparten... En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los *órganos* o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de estas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas” (12).

Tales afirmaciones tienen que ser examinadas en su contexto histórico. En examen de los supuestos contemplados en el art. 1113 del Cód. Civil derogado no puede partir de una concepción anticuada(13). No debe olvidarse que en materia de responsabilidad civil la verdad de ayer no es la de hoy.

En esa época se desarrolla la procedencia de la responsabilidad estatal por acto lícito. Se afirmó que en virtud de lo dispuesto por los arts. 14

(11) Fallos 182:5 (1938).

(12) La Corte se inclinó de esta manera por la posición sostenida por Linares y luego desarrollada por Cassagne quienes encuentran el fundamento de la “falta de servicio” como factor de atribución de la responsabilidad estatal en el art. 1112 del Cód. Civil. Ver LINARES, Juan F., “En torno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, LL 153-601 y CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, ED 114-215 y “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL 2000 D-1219.

(13) La responsabilidad siempre es directa en el sentido de que opera un motivo propio que funda la obligación, el que funciona con autonomía, sin estar supeditada a la causalidad y factor de atribución que pueda aplicarse contra otro responsable simultáneo. También es directa en cuanto tiene un fundamento autónomo, aunque la conducta lesiva se impute fácticamente a otras personas. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Responsabilidad estatal por omisión frente a víctimas de violencia familiar”, LL 2014-E-276.

y 17 de la CN, que garantizan la inviolabilidad de la propiedad, cuando un derecho patrimonial cede por razón de un interés público frente al Estado, o sufre un daño por su actividad, ese daño debe ser indemnizado, tanto si la actividad que lo produce es ilícita o ilegítima cuanto si no lo es (14).

También se afianzó el reconocimiento de un derecho constitucional a la reparación de los daños, como un derecho individual, sin distinguir si quien ocasiona el daño es el Estado u otro particular. En el ya mencionado caso “Gunther” (15) se afirmó que “los arts. 1109 y 1113 del Código Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 de la CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Cód. Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”.

La jurisprudencia ha recorrido un largo camino.

Como se ha visto, en una primera etapa lo característico del poder público era imponerse sin compensación alguna cuando causaba daños en la esfera extracontractual. La soberanía era entendida como sinónimo de irresponsabilidad en el plano extracontractual. Por otro lado, la Constitución nacional había proclamado el principio de inviolabilidad de la propiedad y establecía que *ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley* (art. 17). Allí se cimentaba el ataque más claro a la idea de irresponsabilidad.

Una segunda etapa se caracterizó por la apertura parcial del sistema. Se reconoce el derecho de los damnificados a reclamar y de manera simultánea se otorgan prerrogativas procesales a favor de la Administración. La teoría de la responsabilidad civil o patrimonial elaborada por el derecho privado es recibida en el derecho público, incluso ampliada, a partir de la sustitución de la idea de culpa o negligencia por la de *falta de servicio* como factor de atribución central, aunque no excluyente, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

(14) Fallos 312:1656 (1989); 320:113 (1997).

(15) “Gunther, Fernando Raúl c. Nación Argentina”, Fallos 308:1118 (1986).

Esta recepción ha dado lugar a una evolución, restrictiva al principio, y claramente amplia en la actualidad:

a) Inicialmente se diferenció al Estado-poder (que se manifestaba a través de actos de autoridad) del Estado-persona privada (productor de actos de gestión);

b) En lo relativo a la responsabilidad del agente o funcionario causante del daño aparece la distinción fundamental entre *falta personal* y *falta de servicio*;

c) Finalmente, la responsabilidad del Estado es reconocida por la jurisprudencia primero como indirecta y luego como directa lo que unido a la responsabilidad por riesgo es la base del sistema.

III. La ley 26.944

Los redactores del anteproyecto del Cód. Civ. y Com. incluyeron los lineamientos básicos de la responsabilidad estatal dentro de la *sección de responsabilidad especial*, en los arts. 1764 a 1766.

El anteproyecto refería en su presentación que la responsabilidad civil era regulada como un “sistema” que admitía tres funciones: la preventiva, la disuasiva y la resarcitoria, y como tal, en el Libro Tercero referido a los derechos personales, luego de tratar las obligaciones y los contratos en general, en particular los de consumo, la compraventa, la permuta, el suministro, la locación, el *leasing*, el transporte, el mandato, entre otros, el Título V como otras fuentes de las obligaciones, dedicaba el Capítulo 1 a la responsabilidad civil y la Sección Décima a los “supuestos especiales de responsabilidad”.

Allí se encontraban los siguientes artículos: El art. 1764, titulado “Responsabilidad del Estado”, decía: “El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”; el art. 1765 “Responsabilidad del funcionario y del empleado público”, establecía que “El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes”, y por último, el art. 1766 “Responsabilidad del Estado por actividad lícita” disponía que “El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados

de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

Las tres disposiciones intentaban sintetizar buena parte de jurisprudencia emanada principalmente de la Corte Suprema Nacional, en torno a la interpretación de diversas normas del Cód. Civil que el tribunal había entendido aplicables a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, tanto en el ámbito nacional como del provincial o municipal (16).

El Poder Ejecutivo al remitir el proyecto de ley elaborado por la Comisión modificó los artículos referidos y los reemplazó por una disposición que impide la aplicación de las disposiciones del Capítulo 1, del Título V, del Cód. Civ. y Com. a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria (art. 1764), y por otras dos que remiten, para la regulación de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda (arts. 1765 y 1766 respectivamente).

Frente al avance introducido en el anteproyecto el Poder Ejecutivo dio una respuesta desmesurada, generado un vacío brusco e innecesario.

La modificación reseñada desembocó en el dictado de una nueva norma, la ley 26.944, sancionada el 2 julio de 2014, promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014, antes de la entrada en vigencia del Código, que reguló en 11 artículos lo atinente a la responsabilidad del Estado. Más allá de sus defectos técnicos, la ley pretende salvar para el Estado Nacional la laguna generada por el propio Congreso nacional en su rol de codificador.

Los problemas vinculados a la excesiva duración de los procesos, las dificultades y demoras para ejecutar una sentencia contra el Estado (17)

(16) ABALOS, María Gabriela, “Responsabilidad del Estado y principios constitucionales”, LL 2015-E-605.

(17) Particular interés reviste el caso “Furlan, Sebastián y familiares c. República Argentina”, dictado por la CIDH el 31/8/2012 en el que se condenó al Estado Argentino a pagar indemnizaciones por la violación de la garantía del plazo razonable en la tramitación de un juicio de reparación de daños sufridos por un menor edad (luego adulto discapacitado) y de las garantías de protección judicial y derecho de propiedad. En el caso, entre otras, el tribunal cuestionó severamente a la ley 23.982 de consolda-

y los privilegios procesales de la Administración no fueron abordados en la nueva ley.

La ley 26.944 (LRE) abordó por primera vez la regulación de la responsabilidad del Estado en el ámbito nacional.

Entre los motivos que acompañaron el proyecto que culminaría siendo aprobado como ley 26.944 se afirmó que “un sistema de responsabilidad estatal exhibe modulaciones con respecto al régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial consagrada en el derecho privado” y que “mientras en el derecho civil la responsabilidad focaliza su mirada en la víctima del daño, en el derecho público se tienen en cuenta los intereses de la víctima en armonía con los intereses públicos. Va de suyo que el régimen de la responsabilidad estatal atiende a la relación equilibrada de la persona en su relación con la comunidad”.

El tema de la responsabilidad del Estado es abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. En la clásica fórmula liberal la responsabilidad del Estado aparece, junto con el control judicial, como uno de los pilares del derecho administrativo concebido como un derecho garantizador frente a las posibles extralimitaciones del poder. La responsabilidad protege al individuo frente a los daños causados por el Estado como consecuencia de la amplia actividad que desarrolla.

Frente a un derecho de daños que pone, en primer lugar, a la víctima, la mención a la “armonización” de sus intereses con los intereses públicos resulta un tanto perturbadora.

Por otra parte, el genérico carácter objetivo establecido en la ley 26.944 puede tener una amplitud desmesurada. Propiciar la reparación integral en un sistema de responsabilidad objetiva puede resultar insostenible en términos económicos.

ción de deudas del Estado, que había conducido a que finalmente, cobrados los bonos y pagadas las costas, el actor recibiera concretamente un tercio de indemnización fijada en la sentencia A tal fin resaltó la interpretación amplia que debía darse al art. 21 de la Convención acerca del derecho de propiedad; es decir, que debía entenderse que comprendía la reparación integral a la víctima. También es interesante la relación que hizo entre el derecho a la reparación y el derecho a la protección judicial efectiva. “Si el objetivo primordial para el cual se interpuso una demanda en el fuero civil, era obtener un resarcimiento por daños, el lapso correspondiente a la etapa de ejecución de la sentencia judicial con el fin de realizar el cobro de la indemnización, es parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable”. Publicado en RCyS 2013-II-276.

Por otro lado, el texto que acompañó el proyecto que sirvió de antecedente a la ley sobre responsabilidad del Estado afirmó que la norma consagra la jurisprudencia de la Corte Suprema, si bien es posible poner en duda esa afirmación (18).

(18) La ley tomó posición en un aspecto muy debatido, como es la exclusión del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad por actividad lícita. El art. 5° señala que “en ningún caso procede la reparación del lucro cesante”, y párrafo seguido aclara que “la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

Esa disposición se aparta de la jurisprudencia de la Corte Suprema que en materia de extensión del resarcimiento ha atendido las características particulares de cada situación. El criterio mayoritario de la Corte Suprema en su reciente integración postula que el alcance de la indemnización de los perjuicios en supuestos de actuación estatal lícita comprende el lucro cesante, siempre, claro está, sujeto a la prueba producida en el proceso.

De allí que en un caso en el que se revocó una licencia de radiodifusión, entendió que no hay, como principio, fundamento para limitar el resarcimiento al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (“El Jacarandá SA c. Estado Nacional s/juicios de conocimiento”, 28/7/2005, Fallos 328:2654, con disidencia de Highton).

En forma similar había resuelto en los casos “Jucalan Forestal Agraria SCA” (Fallos 312:2266) y “Cachau” (Fallos 316:1335). Tiempo antes en “Sánchez Granel” (Fallos 306:1409), señaló que “la resolución unilateral del contrato no lo releva de la obligación de resarcir los daños que de aquel se hubiesen derivado, que no puede limitarse al daño emergente con exclusión de la de hacerse cargo del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas”. En “Zonas Francas Santa Cruz” (Fallos 332:1367), la mayoría rechazó por falta de pruebas una indemnización por lucro cesante, mientras que solo Highton, haciendo aplicación analógica de la ley de expropiaciones, consideró que el lucro cesante no es indemnizable en tales supuestos.

Finalmente en el caso “Malma Trading SRL c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/proceso de conocimiento” (Fallos 337:548) la mayoría de la Corte, si bien rechazó el reclamo indemnizatorio de lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio impropio en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, al igual que en relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Highton de Nolasco reiteró su criterio opuesto desarrollada en su voto en la causa “El jacaranda”.

Este es posiblemente uno de los aspectos más controversiales de la ley y en el que la doctrina plantea su posible inconstitucionalidad. Martín Galli Basualdo refiriéndose al proyecto de ley de responsabilidad del Estado finalmente aprobado ha expresado que la limitación al resarcimiento es susceptible de ser reputada inconstitucional

En numerosos aspectos la ley se aleja decididamente de la jurisprudencia de la Corte y rompe con el sistema general del Cód. Civ. y Com., privando a los jueces de su tradicional sustento normativo.

El nuevo esquema pretende impedir a los magistrados que acudan a las disposiciones del Cód. Civ. y Com. y ciñan sus decisiones al derecho público local, pretendiendo desconocer que el derecho público desde los inicios de la organización constitucional hasta nuestros días no se ha ocupado de manera sistemática del asunto.

“Las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” afirma de manera más contundente que reflexiva el art. 1º la ley 26.944.

Más allá de los debates teóricos, la norma pone de manifiesto cierta desconfianza al poder judicial. Por otra parte, ya no se trata de tachar un capítulo de un título del Código sino el Código entero. Tales palabras parecen seguir el criterio del Tribunal de Conflictos francés en el conocido caso “Blanco” de 1873 (19), fundamental en la historia del derecho administrativo, pero desatendiendo su coyuntura histórica, y sobre todo que si el *arrêt* “Blanco” afirmó la autonomía de la responsabilidad administrativa lo hizo con un sentido restrictivo (20).

Tal y como ha sido legislado, entonces, la solución a los casos debería buscarse en el derecho local.

Pero en la mayoría de las hipótesis, será muy difícil construir una sentencia con ese método ¿A qué normas acudir en un accidente en que

porque la eventual indemnización resultará ínfima y “se producirá un claro despojo de un cuántum excesivamente considerable de la sustancia del derecho de propiedad del justiciable” (GALLI BASUALDO, Martín, “El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, LL 2014-B-672). Ver también ABERASTURY, Pedro, “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado —26.944—”, PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 165, entre otros comentarios a la ley.

En determinados casos será correcto excluir el lucro cesante, ya que el valor del bien refleja la expectativa de ganancia. Por ejemplo, ante una ley que prohíbe una actividad comercial, indemnizar el valor de una empresa y luego las ganancias que esa empresa deja de percibir podría implicar una duplicidad de montos.

(19) La doctrina que surge del caso “Blanco” se resume en: a) criterio estricto (la responsabilidad no es ni general ni absoluta), b) reglas especiales, c) no resulta aplicable el Cód. Civil.

(20) GARRIDO FALLA, Fernando, “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de la Administración Pública*, nro. 119, Madrid, mayo-agosto de 1989, p. 18.

interviene un vehículo de propiedad provincial? ¿Existen reglas locales que prevean la solución aplicable a un caso de mala praxis en un hospital público provincial? ¿Cuál es el margen con que cuentan las legislaciones provinciales para hacer distinciones en esas materias?

Hasta el momento, en las legislaciones provinciales no se han dictado normas que se ocupen de cuestiones técnicas imprescindibles en cualquier problema de responsabilidad: concepto y clases de daños resarcibles (arts. 1737 y ss. del Cód. Civ. y Com. y ss.), responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (art. 1757 Cód. Civ. y Com. y ss.) legitimación de damnificados y transmisión de la acción resarcitoria (art. 1741 Cód. Civ. y Com.), prejudicialidad penal (art. 1774 del Cód. Civ. y Com. y ss.) y tantos otros (21). Ni siquiera lo relativo a la personalidad jurídica, o a la capacidad de las personas merecería una aplicación directa del Cód. Civ. y Com. en los términos de la ley. Cabría preguntarse si es posible que las provincias lo regulen (22). Por otro lado, no cabe desatender que nada hay de nuevo en la utilización de normas y principios contenidos en el Cód. Civil para resolver cuestiones de derecho público (23).

¿Tiene sentido, entonces, huir del Código Civil y Comercial?

La pregunta se vincula a otra muy simple: más allá de la desmesura de la ley ¿podríamos admitir que determinados daños pueden recibir un tratamiento distinto según que el causante fuera un particular o un ente estatal?

En 1920, Bullrich se preguntó si fuera de las normas constitucionales que son fuente de la obligación de indemnizar a cargo del Estado cabe la aplicación de principios del derecho privado, y respondió afirmativamente. Indicó, siguiendo a Michoud, que “no es posible comprender por qué un coche o un automóvil que circula por cuenta del Estado sería sometido a reglas distintas que un coche o un automóvil que circula por cuenta de un industrial siempre que se trate de actos de gestión

(21) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad del Estado estará afuera del nuevo Código Civil”, *Revista Jurídica de Daños*, nro. 3, julio 2012, IJ- LXV-243.

(22) Como una manifestación de la autonomía del derecho tributario nuestra legislación instituye sujetos de derechos que carecen de personalidad según el derecho privado (GIULIANI FONROUGE, Carlos - NAVARRINE, Susana C., *Procedimiento tributario y de la seguridad social*, 7ª ed., Depalma, Buenos Aires, p. 112). Sin embargo, en materia de derecho administrativo el legislador no ha incursionado en tales materias.

(23) HAURIOU, André, “La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado”, LL, 1936-4-1 a 5. LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto. Ensayos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1976.

aun cuando sea de los que se ejecutan en la intendencia de los servicios públicos” (24).

¿Tiene sentido utilizar distintos parámetros para evaluar el daño sufrido por un alumno de acuerdo con si ocurre en un establecimiento educativo privado o público?

Alejandro Pérez Hualde señaló que no es posible un tratamiento distinto a un mismo fenómeno por quién sea el dueño del hospital o el propietario del vehículo que colisionó (25). Y aclara que cuando propicia que a las situaciones de responsabilidad del Estado por las cosas de que se sirve o de los hechos irregulares de sus agentes dependientes, o de la falta de servicio de sus agentes y funcionarios, o por sus omisiones de deberes expresos y concretos, les sean aplicadas las normas del derecho ordinario, del Cód. Civ. y Com., no está enviando la situación a la solución del derecho “privado” sino a la que aportan desde ese cuerpo normativo todas aquellas normas que ese complejo jurídico ha incorporado con ponderación pública, y que rigen y han regido con eficiencia las relaciones civiles y comerciales. Añade que es altamente impreciso e inconveniente emplear la discutida clasificación de derecho “público” y derecho “privado”, ya que el derecho es uno solo y un esquema que pretendiera simplificar la atribución del derecho privado al Gobierno Federal y el público a las provincias resultaría errado. El art. 121 CN reserva a las provincias “el poder no delegado” sin distinguir si refiere al derecho público o privado.

Nótese el carácter contradictorio de la defensa al federalismo implementado por la norma. Por un lado, no admite que las provincias deleguen una materia al Congreso al incluir el tratamiento de la responsabilidad del Estado en el Cód. Civ. y Com. Por otro lado, pretende instruir a los jueces provinciales en cuanto a sus propios sistemas de fuentes y los métodos admisibles de integración normativa.

IV. La competencia para regular la materia

Entre las atribuciones del Congreso, la Constitución señala: dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales

(24) BULLRICH, Rodolfo, *La responsabilidad del Estado*, cit., ps. 191-192.

(25) PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Consideraciones constitucionales sobre la regulación de la responsabilidad en los estados provinciales”, LL Gran Cuyo 2015 (octubre), p. 927.

federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

La disposición delimita un doble orden de competencias. En primer lugar, la legislación que corresponde dictar al Congreso: *la normativa común u ordinaria*, de las leyes federales o especiales. En segundo término, distingue la atribución legislativa, a cargo del Poder legislativo federal, de la atribución jurisdiccional, al cuidado de los estados locales.

Para los Códigos o *materia común* (26), la Constitución establece la competencia jurisdiccional de los estados locales, si las cosas o las personas recayeran bajo su jurisdicción. En otras palabras, las controversias y conflictos en esos casos son resueltas por el Poder Judicial local, excepto que por razón de la persona o del lugar correspondiese a la competencia federal.

Pero como se señaló, el art. 75, inc. 12, diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal, a cargo del Poder Legislativo nacional, de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de las materias, a cargo, en principio, de los estados locales. Este artículo tiene su origen en la primera reforma constitucional, la de 1860, y tiene un claro matiz federalizador en el marco constitucional argentino (27).

(26) Sobre qué se entiende por derecho común ver IBARLUCÍA, Emilio A., "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?", LL 2014-D-739.

(27) El 11 de noviembre de 1859 se ratificó por los gobiernos de la Confederación y del Estado de Buenos Ayres, el Pacto de Unión Nacional firmado en San José de Flores, el día anterior, por el que se manifestaban decididos a "poner término a la deplorable desunión en que ha permanecido la República Argentina desde 1852, y a resolver definitivamente la cuestión que ha mantenido a la Provincia de Buenos Aires separada del gremio de las demás que constituyeron y constituyen la República Argentina, las cuales unidas por el vínculo federal reconocen por ley fundamental la Constitución sancionada por el Congreso Constituyente en 1º de Mayo de 1853" (RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, 1937, t. VI, 2ª parte, p. 567). Buenos Aires debía nombrar una Convención encargada de examinar la Constitución de 1853, la que declarararía si la aceptaba lisa y llanamente o si tenía reformas que proponer, en cuyo caso el Gobierno Nacional convocaría una Convención *ad hoc* para tratarlas. El 5 de enero de 1860 se instaló la Convención del Estado de Buenos Ayres y en la sesión del 12 de mayo de 1860 dio término a su labor, proponiendo 25 reformas, tres artículos nuevos y la sustitución del título de Confederación Argentina por el de Provincias Unidas del Río de la Plata. La Convención Nacional se reunió en Santa Fe el 14 de septiembre y en la primera sesión ordinaria se designó una comisión compuesta por José Mármol, Juan Francisco Seguú, Rufino de Elizalde, José B. Gorostiaga, Dalmacio Vélez Sarsfield,

Entonces, a partir del juego armónico de los arts. 5º, 75, inc. 12, 116, 122 y 129 de la CN, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires se reservan la aplicación de la *ley común* por sus respectivos tribunales locales.

Por otro lado, la Constitución atribuye al Congreso Nacional la competencia exclusiva para el dictado de los *códigos de fondo* (art. 75, inc. 12, y 126, CN), entre ellos el Cód. Civil, dentro del que se regula lo relativo a la responsabilidad por daños.

Al mismo tiempo, las provincias conservan todas las facultades no delegadas al Gobierno Nacional a través de la Constitución (art. 121, CN), entre ellas el derecho de darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas (art. 122, CN).

Así, los códigos de fondo son dictados por el Congreso Nacional y se aplican en todo el país por los tribunales federales o locales, "según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

La ley 26.944 encomienda a los ámbitos provinciales la potestad de regular la materia atinente a la responsabilidad de los estados, partiendo de que debido a la autonomía del derecho administrativo lo atinente a la cuestión no debe ser incluido en el Cód. Civil.

Antes de la reforma del Cód. Civil la importancia de la cuestión era relativa. Pese a los diferentes criterios de la doctrina acerca de la existencia o no de una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado y sus alcances, los jueces nacionales y provinciales han resuelto con normalidad, tomando como fuente principal los principios constitucionales y las normas del Cód. Civil, los casos que se fueron planteando, llegando a una concepción equilibrada de la responsabilidad estatal.

Luis Cáceres y Salvador María del Carril, encargada de examinar las propuestas, la que se expidió al día siguiente aconsejando su aceptación con algunas modificaciones de forma. La Convención aprobó el dictamen por aclamación. En la sesión del 23 de septiembre de 1860 fue aprobado el texto de la Constitución concordada (ver SECO VILLALBA, José A., *Fuentes de la Constitución argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, ps. 131 y ss.; y CARRANZA, Arturo, "La cuestión de la capital de la República", Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1927, t. II, ps. 149 y ss.). Señala Natalio Botana que la opinión predominante en la Convención de Buenos Aires, que propuso las reformas de 1860, buscó amparo en la tradición autonomista del federalismo clásico y procuró acercar aún más la Constitución, en contra de la intención de Alberdi, al modelo norteamericano que despertaba la admiración de Sarmiento (BOTANA, Natalio, "La lucha por la capital", en ROMERO, José L. - ROMERO, Luis A. [dirs.], *Historia de cuatro siglos*, Abril, Buenos Aires, 1983, p. 313).

Dicho de otro modo, las disputas doctrinarias en torno a la autonomía de la teoría de la responsabilidad del Estado y la falta de disposiciones locales específicas no han obstaculizado el avance de la jurisprudencia que sin mayores prejuicios recurrió a las normas del Cód. Civil en cuanto lo consideró pertinente.

La idea de que la responsabilidad estatal pueda ser regulada en el ámbito local no es nueva en la doctrina nacional. Perrino señaló que uno de los poderes no delegados en las provincias concierne a la facultad de establecer las regulaciones de las instituciones propias de su régimen administrativo local, “y dentro del cúmulo de esas materias que las Provincias están habilitadas a legislar está, claramente, la responsabilidad estatal de derecho público. En consecuencia las legislaturas provinciales y el Congreso de la Nación, cada uno en su *órbita*, están facultados para dictar leyes sobre la cuestión bajo examen” (28).

Sobre este aspecto existe un mayoritario consenso entre los autores del derecho administrativo.

Sin embargo, existe un fuerte sector en la doctrina privatista que defiende la aplicación del Cód. Civil (29).

(28) PERRINO, Pablo, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actividad ilícita en el derecho argentino*, en AAVV., *Modernizando al Estado para un país mejor*, Palestra, Lima, 2010, ps. 445-446. GAMBIER, Beltrán - PERRINO, Pablo, “¿Pueden las provincias dictar normas en materia de responsabilidad del Estado?”, JA 1996-IV-795.

(29) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad del Estado (Una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad)”, en GOYENA COPELLO, Héctor R. (coord.), *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, La Ley, Buenos Aires, 1985, vol. 1, ps. 211 a 233; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. X y “Visión *jusprivatista* de la responsabilidad del Estado”, obra colectiva, STIGLITZ, Gabriel (dir.), *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 17-33; ALTERINI, Jorge H. - LLOVERAS, Héctor, “Responsabilidad civil por inexactitudes registrales”, ED 62-548; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos, “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial”, obra colectiva, MOSSET ITURRASPE - KEMELMAJER DE CARLUCCI - PARELLADA, *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 101; PARELLADA, Carlos A., “La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos”, LL 2013-E-840; PIZARRO, Ramón, “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincial”, LLC 2011 (diciembre), p. 1159 y “La responsabilidad del Estado y de los empleados y funcionarios públicos en el Anteproyecto y en el Proyecto de Código Civil de 2012”, LL 2013-E-855; *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Astrea, Buenos Aires, 2013. Entre los administrativistas que sostienen esta posición, CUADROS, Oscar Á., *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; y del mismo autor, “¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimo-

Merece destacarse la posición del profesor Juan Carlos Cassagne, quien, si bien ha sostenido que la regulación de la responsabilidad del Estado y los funcionarios y empleados públicos por faltas de servicio pertenece al derecho público, como también la responsabilidad del Estado por actividad legítima, no ve obstáculo para que la materia fuera abordada por el Cód. Civ. y Com., en virtud de razones de coherencia y unidad del sistema jurídico (30).

V. Constitucionalización del derecho civil

El postulado de la constitucionalización del derecho privado argentino subyace de modo explícito e implícito en el Cód. Civ. y Com.

En torno al fenómeno el Anteproyecto expuso que “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

Como resultado de este movimiento quedaron incorporados los tratados de derechos humanos al cuerpo del Cód. Civ. y Com., según lo detallan principalmente los arts. 1º y 2º, cuando respectivamente expresan: Fuentes y aplicación: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos,

nial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto unificado Civil y Comercial”; DJ del 13/2/2013; LL Gran Cuyo 2013 (febrero), p. 1.

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, “El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o leyes administrativas”, LL 2014-C-885, y “La aplicación de las normas del Código Civil y comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con especial referencia a la responsabilidad del Estado)”; ED, Derecho Administrativo, del 26/4/2016.

prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho” (art. 1º); interpretación: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2º).

Tal categorización impone coordinar el ordenamiento nacional que emerge del Cód. Civ. y Com. y los sistemas jurídicos provinciales o locales, según una interpretación coherente y armónica proveniente de los textos de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos (31).

VI. Causa civil

La Corte Suprema otorgó significativa importancia al derecho público local en materia de responsabilidad de las provincias a la hora de definir el concepto de “*causa civil*” con un objetivo preciso: reducir los casos en que intervenía de manera originaria.

En la causa “Barreto, Alberto D. c. Provincia de Buenos Aires” (32) se señaló que quedan dentro del concepto de causa civil “los casos en los que su decisión hace sustancialmente aplicables disposiciones de derecho común, entendiendo como tal el que se relaciona con el régimen de legislación contenido en la facultad del art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. Por el contrario, quedan excluidos de tal concepto los supuestos en los que, a pesar de demandarse restituciones, compensaciones o indemnizaciones de carácter civil, se requiere para su solución la aplicación de normas de derecho público provincial o el examen o revisión, en sentido estricto, de actos administrativos, legislativos o judiciales de las Provincias en los que estas procedieron dentro de las facultades propias reconocidas por los arts. 121 y ss. de la CN”.

Agregó la Corte que “no obsta a tal conclusión la circunstancia de que... se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Cód. Civil, pues todos los principios jurídicos entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas,

(31) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El Código Civil y el federalismo”, LL 2015-C-662.

(32) Fallos 329:759 (2006).

aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate... Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo”.

Añadió que “el desarrollo argumentativo expresado impone entender por ‘causa civil’ a los efectos de determinar la competencia originaria... a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible. De igual modo al que esta Corte declina su competencia originaria para conocer de aquellos asuntos, cuando es parte una provincia, en que pese a estar en tela de juicio de modo predominante una cuestión federal la decisión del caso también impone el tratamiento de puntos del derecho público local, tampoco tomará intervención en esta sede cuando el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación. Este concepto excluye... todos aquellos casos en que... quiera hacerse responsable patrimonialmente a una provincia por los daños y perjuicios que crean sufrir los ciudadanos... por la actuación o por la omisión de los órganos estatales en el ejercicio de sus funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales”.

Puede advertirse una tendencia a considerar que una parte importante de los aspectos atinentes a la responsabilidad del Estado debe ser regulada en el ámbito del derecho público.

A otra solución arribó la Corte a la hora de delimitar la competencia para resolver lo relativo a *accidentes de tránsito*. Según surge del relato contenido en el dictamen de la Procuración General en el caso “Escaris”, resuelto el 12 de abril de 2016, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil admitió la excepción de incompetencia deducida por el Órgano de Control de Concesiones Viales y dispuso la remisión de las actuaciones a la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal con fundamento en que la disputa giraba en tomo a un aspecto de la responsabilidad del Estado y para su solución se deberán aplicar, en lo sustan-

cial, principios de derecho público y *ratione personae*, correspondía al fuero federal entender en la controversia, al haber argüido el Estado su condición de aforado.

La Corte, con remisión al precedente “Villca Mora de Coria Sandi, Emeteria c. Ferrocarriles Argentinos” (33) revocó la sentencia y resolvió que las causas iniciadas en la Ciudad de Buenos Aires que versen sobre acciones civiles o comerciales, concernientes a la responsabilidad contractual o extracontractual, aunque la Nación, sus empresas o entidades autárquicas sean parte, siempre que se deriven de accidentes de tránsito, aun ferroviarios, corresponden a la competencia de la justicia nacional en lo civil (con cita de Fallos 313:1670, 328:293) (34).

Precisamente en “Villca” la Corte afirmó que “Si la relación jurídica que liga a las partes está básicamente regida por normas comunes civiles y comerciales, la aplicabilidad, en algunos aspectos, de las prescripciones de los reglamentos ferroviarios no altera la competencia de la justicia ordinaria para conocer del caso”.

El alto tribunal ha sido muy claro: lo relativo a un accidente de tránsito se resuelve básicamente por aplicación de normas comunes, civiles y comerciales.

La modificación normativa impacta también en lo relativo a la responsabilidad de establecimientos educativos, regulada de manera genérica por el Cód. Civil.

Si se considera que los establecimientos públicos están excluidos del art. 1767, los colegios estatales no tendrían la obligación de tomar un seguro de responsabilidad civil, salvo que las autoridades locales competentes lo decidieran. Sin embargo, aun admitiendo que no se puede aplicar subsidiariamente las normas del Cód. Civ. y Com., ¿sería posible una aplicación analógica de la norma, ante la ausencia de disposiciones administrativas?

Por su parte, también es importante lo señalado por la Corte Suprema en el caso “Castelucci” (35).

En este pronunciamiento la Corte afirmó que a partir de “Barreto” no eran de su jurisdicción originaria las causas donde se reclamaban

(33) Fallos 306:1872 (1984).

(34) “Escaris, Sergio Roberto c. EN - DNV - OCCOVI y otros s/daños y perjuicios”, del 12/4/2016.

(35) Fallos 332:1528 (2009).

indemnizaciones por daños ocasionados en ejercicio del poder público provincial, pero que no obstaba a ello que para resolverlas se invocaran o se aplicaran disposiciones del Cód. Civil, pues —reiterando lo dicho en “Barreto”— todos los principios jurídicos, entre los que se encontraban el de responsabilidad y el de resarcimiento de daños, aunque estuvieran contenidos en ese cuerpo legal, no eran patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica.

Este fallo vino a ratificar lo señalado por Pablo G. Tonelli y Martín Oyhanarte (h) (36) en lo referido a que el holding de “Barreto” solo comprende la cuestión de la competencia originaria, sin resolver nada sobre el fondo del asunto, ya que no tuvo como eje central la cuestión acerca de si resultaba o no constitucionalmente válido tratar los presupuestos generales de la responsabilidad del Estado como derecho común. Por el contrario, a juicio de estos autores se deriva del fallo que para la Corte es constitucionalmente posible establecer en el Cód. Civil los principios generales del derecho y los estándares básicos, mínimos y esenciales que determinan que el Estado debe responder de manera objetiva y con coherencia normativa en todo el país. De ninguna manera la Corte ha declarado inconstitucional la aplicación del art. 1112 del Cód. Civil a un caso de responsabilidad de un Estado provincial.

En otras palabras, a la causa “Barreto” no debería dársele un alcance mayor que el que surge expresamente de sus considerandos: restringir el alcance del concepto de “causa civil” a los efectos de determinar la competencia originaria de la Corte, para que el tribunal pueda abocarse a su misión constitucional más importante, que es la que se origina en el recurso extraordinario federal (37).

VII. La prescripción: tributos locales, plazos provinciales y de la CABA

La regulación de la prescripción liberatoria y adquisitiva en el Cód. Civ. y Com. presenta importantes modificaciones respecto al Cód. Civil anterior, pues deja librado a las legislaciones locales la regulación de los plazos de los tributos (art. 2532) y el establecimiento de un plazo genérico distinto al precisado por el art. 2560.

(36) TONELLI, Pablo G. - OYHANARTE, Martín (h), “Cuestión de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios en el Proyecto de Código”, LL 2013-B-809.

(37) IBARLUCÍA, Emilio, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial?”, LL 2014-D-739.

Dispone el art. 2532 del Cód. Civ. y Com. que “En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”. Esta última parte, altera la solución seguida por la Corte Suprema desde el caso “Filcrosa” (38).

Respecto a la potestad legislativa de las provincias en materia tributaria, la CS indicó que “De acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75), razón por la cual, no es objetable la facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 108 —hoy art. 126— de la Constitución, siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, del resorte propio de las provincias, porque entre los derechos que hacen a la autonomía de ellas es primordial el de imponer contribuciones y percibir las sin intervención de autoridad extraña” (39).

Pese a tal reconocimiento la Corte entendía que las leyes impositivas locales, no podían establecer plazos de prescripción que modificaran el sistema federal ni los preceptos de los códigos de fondo.

De ahí que, con relación a normas tributarias provinciales y municipales, en especial aquellas referidas a plazos de prescripción diferentes, la nueva previsión del art. 2532 del Cód. Civ. y Com. conduce a superar la doctrina de la CS expuesta en el citado caso “Filcrosa”, donde a la par de reconocerse la autonomía provincial en materia tributaria se resolvió la invalidez de las disposiciones locales que establecían normas que importaban apartarse del régimen del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, incluso, aquellas referidas al derecho público local (40).

(38) Fallos 326:3899 (2004).

(39) Fallos 331:1412 (2008).

(40) Un repaso de la jurisprudencia puede verse en Fallos 332:2250, en el que la mayoría sostuvo que “el Tribunal ha establecido reiteradamente que en los casos en que se persigue la repetición de sumas pagadas a una provincia por impuestos que se tachan de inconstitucionales, es de aplicación el plazo decenal de prescripción establecido por el art. 4023 del Cód. Civil (Fallos 180:96; 226:727; 276:401; 316:2182). Ello es así toda vez que, como se ha dicho, las normas locales deben adecuarse a las leyes sustantivas dictadas por el Congreso Nacional y no pueden derogarlas sin violentar las facultades exclusivas de la Nación en una materia como es, en general, los aspectos

Esta posición ha sido desautorizada expresamente por el art. 2532 del Cód. Civ. y Com., al señalar que las legislaciones locales podrán regular específicamente el plazo de prescripción de sus tributos (41).

Con tal cometido, en el Cód. Civ. y Com. se han instrumentado disposiciones acordes al dictado de leyes locales que prevean plazos de prescripción de los tributos locales (art. 2532). En tal caso, es posible deducir que el Congreso ha considerado que ese aspecto integra el cúmulo de facultades no delegadas por las provincias.

Lo concerniente al plazo prescriptivo de las indicadas gabelas locales queda, al igual que las demás regulaciones impositivas, a cargo de las respectivas provincias y de la CABA, quienes han dictado sucesivas leyes en tales materias.

Así el art. 2532 importa reafirmar la competencia para legislar en materia tributaria local.

sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores y, en especial, los diversos modos por los cuales, como en el caso de la prescripción liberatoria, se extinguen dichas relaciones creditorias le es privativa por estar reconocida en la categoría de legislación común que prevé el art. 75, inc. 12, de la CN. Así se ha sostenido en Fallos 183:143; 193:231; 202:516 y 320:1344, doctrina que el Tribunal fundamentó cuidadosamente en el tradicional precedente ‘Martínez y Esquivel’ (Fallos 269:373), cuyas consideraciones fueron reiteradas y profundizadas en la causa ‘Filcrosa SA’ (Fallos 326:3899, voto de la mayoría, voto concurrente de los jueces Belluscio y Boggiano, y voto disidente de los jueces Petracchi y Maqueda, consids. 4 a 13)”. Además de las disidencias de Petracchi y Maqueda, el voto concurrente de Argibay dejó abierta la posibilidad de una revisión de este criterio, al afirmar que “la línea de decisiones que viene siguiendo el Tribunal a partir del caso ‘Filcrosa’ no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a estas un significado erróneo. Tal circunstancia confiere plausibilidad a la interpretación de la legislación nacional que sirvió de fundamento a la decisión adoptada en dicho precedente, pese a las dificultades que encuentro para extraer del Cód. Civil, a partir de la argumentación utilizada en el fallo, el claro propósito legislativo de limitar el ejercicio de los poderes provinciales en el ámbito de sus materias reservadas”.

(41) En “Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c. GCBA s/otras demandas contra la aut. administrativa s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, del 23/10/2015, el TSJ CABA afirmó que “Dado que el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por el órgano competente para fijar el alcance y contenido del derecho común, determinó la autonomía local para reglar el plazo de prescripción de los tributos de la jurisdicción, existen suficientes razones para apartarse de la jurisprudencia anterior sentada por la CS, ‘Filcrosa’, LL 2015-F-359”.

VIII. El plazo genérico diferente en la legislación local (art. 2560 Cód. Civ. y Com.). Legislación de derecho público local y responsabilidad del Estado

Establece el art. 2560 del Cód. Civ. y Com.: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

El reconocimiento de la posibilidad de que las administraciones locales fijen un plazo de prescripción particular implica que, a criterio del legislador nacional, ese tópico queda enmarcado en las facultades originarias y no delegadas por las provincias.

De acuerdo con el Cód. Civ. y Com. el establecimiento de plazos de prescripción para obligaciones fundadas en normas locales no se encuentra vedado ni tampoco está comprendida en materia delegada (art. 126). Por ello, puede enmarcarse en la conservación “de todo el poder no delegado” a que se refiere el art. 121.

La ley 26.944, que como vimos excluye del régimen civil y comercial unificado lo concerniente a la responsabilidad de manera directa o subsidiaria del Estado. Luego *invita* a las provincias y a la CABA a adherirse. Establece en su art. 7º que “El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita”. Si bien la norma no distingue ni califica dicho plazo, es dable entender que se trata de un plazo de prescripción.

Dicho lapso coincide con el plazo especial de prescripción emergente del art. 2561 del Cód. Civ. y Com. en cuanto dispone que “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

De acuerdo con el régimen legal las provincias quedan facultadas para establecer plazos genéricos de prescripción en la materia.

Frente a la falta de adhesión y de regulación específica, será menester determinar cuál es el plazo de prescripción aplicable en las jurisdicciones locales.

IX. Conclusiones

El nuevo Código intenta autoexcluirse de asuntos vinculados a la responsabilidad estatal, para postular luego un régimen que, frente a los

vacíos existentes en las jurisdicciones locales, no tendrá más opción que volver a las reglas excluidas.

Por otra parte, al prohibir la aplicación supletoria del Código la ley se opone a la pretendida previsibilidad jurídica. Más allá de la contundencia de la norma, es posible conjeturar que los jueces recurrirán a las normas del Cód. Civ. y Com., tal vez elevándolas al rango de principios generales para justificar su aplicación en los aspectos que consideren pertinentes.

No se trata de una discusión teórica sin consecuencias. No es lo mismo aplicar normas jurídicas subsidiariamente que hacerlo por analogía porque el arbitrio del juez en el segundo es mucho mayor que en el primero. El valor seguridad jurídica y el principio de legalidad fuerzan a utilizar la extensión interpretativa como ultima ratio pues en un estado de derecho el principio de legalidad es contrario a todo lo que sea gobierno de los hombres y no de la ley, y esto excluye también al juez actuando como legislador (42).

Tanto los tribunales provinciales como la Corte han aplicado pacífica y sistemáticamente las normas del Cód. Civil para regular la cuestión en un sinnúmero de cuestiones.

Más allá de la discusión acerca del “verdadero” alcance del art. 75 inc. 12 de la CN, es necesario preguntarse si es conveniente dar una orden a cada provincia para que legisle sobre esta materia.

El art. 1764 del Cód. Civ. y Com. establece que “las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

A su vez, el art. 1766 (en reemplazo al art. 1112 del Cód. de Vélez) dispone que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

Es posible preguntarse cuál ha sido la razón del dictado de tales exclusiones.

Tal vez obedezca a la difusión de ideas autoritarias, dirigidas a poner al Estado y a los funcionarios a salvo de intereses privados que se juzgan

(42) LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto...*, cit., p. 125.

egoístas. “Si se estudiara atentamente lo que ha sucedido en el mundo desde que los hombres conservan el recuerdo de los acontecimientos, se descubriría sin esfuerzo que, en todos los países civilizados, junto a un déspota que manda se encuentra casi siempre un jurista que legaliza y sistematiza las voluntades arbitrarias e incoherentes de aquel”, afirmó Tocqueville en un texto que no pierde actualidad (43).

Ese autoritarismo se ha puesto en evidencia en el art. 1764 del Cód. Civ. y Com. y de manera más evidente y brusca en el art. 1º de la ley 26.944 al afirmar que *las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria*.

Prohibir a los jueces aplicar tal o cual norma lejos está de ser respetuoso de la labor judicial. Prohibir a los jueces locales aplicar tal o cual norma o criterio de interpretación no parece ajustarse a reglas básicas del federalismo.

En ese sentido el legislador ha omitido considerar normas provinciales que postulaban la solución inversa. Por ejemplo, el art. 18 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe establece que “En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de estos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”.

El federalismo no es puesto en juego cuando se aplican las normas que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas al Estado nacional o provincial (44).

Vedel sostuvo que si se suprimiesen de un plumazo todas las leyes administrativas la parte esencial del derecho administrativo sobreviviría, ya que la jurisprudencia ha elaborado sus reglas fundamentales sin referencia a textos legislativos (45). Esa apreciación no resulta trasladable a nuestras jurisdicciones donde la aplicación de reglas conteni-

(43) TOCQUEVILLE, Alexis de, *Discursos y escritos políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 33.

(44) CUADROS, Oscar, “¿Pueden las provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto unificado civil y comercial”, DJ del 13/2/2013; LL Gran Cuyo 2013 (febrero), p. 1.

(45) VEDEL, Georges, *Droit administratif*, deuxième édition refondue, Thémis, París, 1961, p. 51.

das en el Cód. Civil ha sido el camino utilizado para llegar a un Estado responsable.

Por otra parte, no debe olvidarse que entre “Barreto” y “Blanco” pasaron 120 años y que en Francia la división de funciones y control entre los poderes difiere notablemente de nuestro sistema constitucional. Es más, la solución de “Blanco” hoy se regiría en Francia por normas de derecho privado (46) y tramitaría en jurisdicción judicial, y “Barreto”, más allá de sus pretensiones, no es más que un caso que tiende a limitar la competencia originaria de la Corte.

La ley parece tener una confianza mayor en su previsibilidad que en la *cambiante* interpretación llevada adelante por los jueces. En el texto que acompañó el proyecto de ley suscripto por Amado Boudou, Juan M. Abal Medina, y Julio C. Alak se afirma que la consagración de un régimen específico aventará los riesgos de la cambiante interpretación sobre cuál es el alcance de la responsabilidad estatal regida por el derecho público. El proyecto busca, según el informe, dotar de mayor previsibilidad jurídica a las relaciones de las autoridades públicas con los particulares.

La limitada regulación contenida en la LRE como, por ejemplo, en materia de factores de atribución de la responsabilidad estatal, al regularse solo la falta de servicio y el sacrificio especial, basta para evidenciar la insuficiencia de la nueva legislación y su desmesurada pretensión de excluir la aplicación del Cód. Civ. y Com. No puede pasarse por alto que es el propio Código el que define a las personas, al dominio, a la capacidad y a cada uno de los institutos básicos de la responsabilidad.

Acerca de la existencia de aspectos de la responsabilidad patrimonial del Estado cuya regulación pudiera ser resuelta por aplicación del Cód. Civ. y Com. el debate no está cerrado.

María Angélica Gelli ha destacado que no existe impedimento para que las normas sustantivas, desde la perspectiva de la reparación del daño a la persona, emanen de una legislación uniforme para todo el país, sin que, por ello, dejen de constituir en su criterio un capítulo específico del derecho de daños (47).

(46) Por ley 57-1424, del 31/12/1957 es competencia de la justicia decidir sobre las acciones por daños y perjuicios causados por cualquier vehículo, dirigidos contra una persona de derecho público. El art. 1º de la ley establece que “Cette action sera jugée conformément aux règles du droit civil”.

(47) GELLI, María Angélica, “Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado”, LL 2014-E-659.

Es aquí donde la ley parece haber ido demasiado lejos. No se trata de regular aspectos generales de la materia en un cuerpo separado sino que la ley pretende que ni siquiera supletoriamente pueda acudir al Cód. Civ. y Com. *Eso es lisa y llanamente una imposibilidad jurídica* (48).

Finalmente, no puede desatenderse que el Cód. Civ. y Com. contiene una regulación que ha evolucionado en materia de responsabilidad civil. La reafirmación del *alterum non laedere* vino de la mano del expreso reconocimiento de un deber general de prevención del daño. No parece que el Estado nacional o las provincias deban quedar afuera de tales avances (49).

El derecho público no puede quedar al margen de la unidad general del derecho. Una visión de conjunto llevaría a armonizar las ramas del derecho como capítulos de un mismo fenómeno, como segmentos diferentes de la lucha del hombre por los mismos ideales (50).

Es recomendable desconfiar de las generalizaciones, ya sea de quienes se lamentan de que todo se convierta en derecho público como de quienes pretendan negar su existencia.

Si ponemos el acento del sistema de responsabilidad en la víctima, en el daño y en su adecuada reparación, la división entre derecho público y privado lleva a una serie de preguntas de difícil solución.

Modificar la ley 26.944 y los arts. 1764, 1765 y 1766, y resolver los problemas del derecho público sin desconocer el camino hecho por la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones, sus fuentes, y los avances operados en otras ramas del derecho, sería una manera de avanzar en el largo recorrido desplegado por los jueces, incorporando los avances contenidos en el nuevo Cód. Civ. y Com.

La globalización jurídica, la fragmentación del proceso político y la dimensión preventiva del derecho de daños no son factores que puedan ser desatendidos.

(48) CARNOTA, Walter F., "Código Civil y responsabilidad del Estado: una relación inestable", *elDial.com*, 16/12/2013.

(49) TAWIL, Guido S., "Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño", *LL del 21/10/2015*, p. 1, AR/DOC/3280/15.

(50) GUIBOURG, Ricardo, "La filosofía del derecho y las ramas del derecho", en *Investigación y docencia*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, Santa Fe, vol. 40, ps. 141 a 143.

No son las categorías formales sino los problemas reales quienes deben guiar la búsqueda de la solución a las cuestiones jurídicas. Lo decisivo no es el orden abstracto de las competencias sino que sigan perfeccionándose garantías jurídicas eficaces de la libertad frente al poder, y también que se configuren de modo estable instituciones capaces de proporcionar servicios en beneficio de todos. También es decisivo que los individuos estén en condiciones de participar de modo eficaz en el debate de las políticas públicas.

Si el Congreso Nacional contribuye a ello, no lo hará como expresión de una soberanía exclusiva o superior, sino en el marco de una estructura plural y compleja que requiere modificar la manera unilateral e inconsulta en que se proyectan e implementan las normas que hacen a los principios básicos del sistema republicano y federal.

La teoría debe confrontarse no con el apego a categorías o clasificaciones sino con la legitimación del poder a partir de la soberanía popular, la libertad y la igualdad, así como con su organización mediante la determinación de los correspondientes sujetos, objetos y procedimientos en términos que favorezcan la reparación y eviten la producción de daños.

Con una perspectiva distinta a la de las normas mencionadas cabe sugerir que Estado y derecho público son dos realidades que coinciden solo en parte.

La pregunta es si puede el Estado excluirse de la aplicación del derecho de daños tal como es regulado por el Cód. Civ. y Com. y lo que es más importante aún, si esa exclusión persigue una finalidad loable.

¿RESULTA EXIGIBLE FRENTE AL ESTADO EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL DAÑO PREVISTO EN EL ART. 1710 DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL?

POR GUIDO SANTIAGO TAWIL

Un importante sector de la doctrina especializada ha recibido con preocupación la sanción de la ley 26.944 de responsabilidad estatal por considerar que, al amparo de una discusión técnica de larga data como aquella vinculada a la pertinencia de que ciertas materias sean objeto de regulación por el derecho local o por el derecho común (en el caso el nuevo Cód. Civ. y Com.) (1), el referido régimen ha introducido limitaciones indebidas al reconocimiento de la responsabilidad estatal.

Entre las soluciones impuestas por la ley 26.944 que mayores reservas nos genera cabe señalar, entre otras:

(i) el hecho de que para considerar presente una falta de servicio en el caso de actividad e inactividad ilegítima se requiera verificar “la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (art. 3º inc. d] de la LRE). Como consecuencia de ello, los daños producidos por actuaciones u omisiones que no resulten consecuencia de una conducta atribuida específicamente como un deber de obrar no serían objeto de reparación a pesar de resultar en muchos casos evidente la responsabilidad estatal, tal como si se tratara de un delito penal que requiere tipificación previa (2);

(1) Ver al respecto, IBARLUCÍA, Emilio A., “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial”, LL del 7/7/2014 y GAMBIER, Beltrán - PERRINO, Pablo, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, JA 1996-IV-798, entre muchos otros.

(2) En este aspecto la norma parece haber extendido ciertas restricciones impuestas por la jurisprudencia en los supuestos excepcionales de omisiones en la obligación de

(ii) las limitaciones que impone al reconocimiento del daño moral y de otras consecuencias no patrimoniales —a diferencia de lo que acontece en el art. 1741 del CCCI— al establecerse que tanto en el supuesto de responsabilidad por actividad ilegítima como legítima el daño debe ser mensurable en dinero (arts. 3º inc. a) y 4º inc. a) de la LRE);

prestar seguridad a la generalidad de los casos, lo que podría dar lugar a situaciones preocupantes. Como es sabido, nuestra Corte ha mostrado una visión crecientemente restrictiva en el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado por omisiones antijurídicas en casos vinculados con el deber de seguridad en los conocidos casos Zacarías (Fallos 321:1125), “Mosca” (Fallos 330:556) y la muy polémica decisión en “Carballo de Pochat” del 8/10/2013 —en la que rechazó la responsabilidad estatal por no haber solicitado la víctima una custodia policial “que hubiera generado un deber jurídico determinado a cargo del Estado Nacional basado en una obligación preexistente” — distinguiendo entre (a) las omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho (en los que podría identificarse una clara falta del servicio) y (b) las omisiones en los casos en que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado, al considerar que en los supuestos de existencia de un deber genérico la mirada debe ser “motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”. Deducir de esos precedentes —asentados muy probablemente en la asunción de que las políticas y recursos del Estado no son suficientes para soportar el número de hechos delictivos y los reclamos que en ellos se fundan— para sostener que para responsabilizar al Estado debe existir siempre “un deber normativo de actuación expreso y determinado” nos parece exagerado. Si bien en el Estado de Derecho la competencia debe ser conferida por mandato legal (y nunca como consecuencia de una laguna o vacío normativo), la competencia puede ser (y es con frecuencia) también atribuida (y su ejercicio será obligatorio) a través de marcos generales de referencia o normas generales de atribución. Basta recordar al respecto las doctrinas de la especialidad, de la permisión amplia, de la permisión implícita ó inclusive la atribución de competencias generales. Como ejemplo, la ley 24.065 atribuye al ENRE la competencia residual de “en general, realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley y su reglamentación”. Dependiendo de las circunstancias del caso no puede descartarse *a priori* que el cumplimiento defectuoso o inclusive la omisión en el cumplimiento de cargas derivadas de competencias generales puedan generar responsabilidad. El criterio de apreciación puede no ser el mismo pero negar de plano la posibilidad de responsabilizar como lo hace la norma introduce un requisito adicional al reconocimiento de la responsabilidad estatal como el de tipificación de la conducta debida que carece de todo sustento constitucional. Similar previsión incorpora el art. 14 de la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado al establecer que “Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, solo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada;...”

(iii) la restricción a la reparación del daño cierto *e inminente* (al limitar su reconocimiento únicamente al daño cierto y actual) en el caso de la responsabilidad por actividad legítima (art. 4º inc. a) de la LRE);

(iv) la limitación general a la reparación del lucro cesante en la responsabilidad por actividad legítima, apartándose de los criterios modernos de reparación tanto en el derecho comparado como en materia de responsabilidad internacional de los Estados (3) que propugnan mayoritariamente la restauración a la condición original (*restitutio in integrum*) y cuando ello no es posible la reparación plena (como bien recoge el art. 1740 del Cód. Civ. y Com.);

(v) el desconocimiento de la responsabilidad del Estado en los supuestos de actividad judicial lícita (art. 5º de la LRE), como si en su actuación judicial el Estado no pudiera causar daño que deba ser reparado cuando quien lo recibe no tiene el deber jurídico de soportarlo sea en supuestos de responsabilidad *in iudicando* o *in procedendo* (4);

(vi) la limitación de responsabilidad, aun subsidiaria, por los perjuicios causados por concesionarios o contratistas de servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6º de la LRE), limitando responsabilidades que le son propias en supuestos claros de responsabilidad subsidiaria, como acontece con la *culpa in vigilando* (5);

(vii) la exclusión genérica del Cód. Civil (hoy el Cód. Civ. y Com.) a la responsabilidad estatal de manera directa o subsidiaria (art. 1º de la

(3) En función de ello y en la medida en que la responsabilidad estatal tiene raigambre constitucional directa en los arts. 14, 16, 17, 19, 28, 29, 33 y 116 de la CN, la restricción a la reparación plena solo encontraría justificación en supuestos excepcionales como podría acontecer en el caso del instituto expropiatorio previsto en el art. 17 de la CN.

(4) Típico supuesto de daño que debería ser resarcido es aquel causado como consecuencia de una diligencia judicial. Por ejemplo, el daño producido a terceros por la rotura de una puerta en un allanamiento judicial, daños a inmuebles vecinos como consecuencia de obras ordenadas judicialmente, etc. La actividad judicial es lícita pero al proyectarse frente a terceros no obligados a soportar el daño, él debería ser resarcido.

(5) En este aspecto, aún cuando adhiere en lo demás a la ley 26.944, la ley 3396 de la provincia de Santa Cruz (BO del 27/11/2014) se aparta de la norma nacional al establecer en su art. 2º que “El Estado Provincial será responsable por los daños ocasionados por los Concesionarios de Servicios Públicos o Contratistas del Estado, cuando fuesen consecuencia directa del ejercicio irregular del poder de ordenación, regulación o control sobre el servicio”.

LRE), ampliando la limitación introducida en el art del art. 1764 del Cód. Civ. y Com. al Título V, Capítulo I en materia de responsabilidad civil y dando lugar a vacíos interpretativos relevantes en la construcción de las conductas relacionadas y normas aplicables al acto generador de la responsabilidad estatal, tanto de origen contractual como extracontractual;

(viii) la ausencia de toda previsión de supuestos típicos de responsabilidad como los vinculados con la responsabilidad por el riesgo y vicio de las cosas (art. 1757 del Cód. Civ. y Com.) que, sumada a la exclusión mencionada en (vii) y otras construcciones podría tener por efecto una limitación indebida de la responsabilidad estatal en este ámbito; y

(ix) la remisión en materia de responsabilidad contractual del Estado a normas específicas que no siempre existen o a la aplicación supletoria de la ley (art. 10 de la LRE) en materias que ella no trata, obligando a los especialistas a preguntarse qué normas se aplican en esos supuestos, especialmente cuando el origen constitucional directo de la responsabilidad estatal solo fija un marco general y la interpretación supletoria o analógica puede no siempre resultar suficiente (6).

La preocupación generada por la sanción de la LRE se ha visto agravada por el divorcio que expresan los dos cuerpos normativos en examen, sancionados —a pesar de sus fuentes y visiones opuestas— por la misma legislatura y prácticamente en forma simultánea. Mientras que el nuevo Cód. Civ. y Com. expresa una visión más moderna de la responsabilidad, unificando las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad civil y los criterios aplicables a ella (en materia de acción, antijuridicidad, daño, relación causal, criterio legal de imputación, prescripción, extensión del resarcimiento, etc.), la ley 26.944 ha optado por una dirección claramente diferente.

Entre las múltiples innovaciones que introduce el Cód. Civ. y Com. se encuentra la consagración legislativa del deber de prevención del daño —reconocido ya anteriormente por la doctrina y jurisprudencia— en los arts. 1710 a 1715 del nuevo ordenamiento. De ese modo, a la función resarcitoria (*ex post*) de la responsabilidad estatal, el legislador ha sumado con acierto el reconocimiento expreso de su función preventiva (*ex ante*), expresado en tres deberes exigibles a “toda persona” como son los de (a) evitar causar un daño no justificado; (b) adoptar, de buena fe y conforme

(6) Ver, al respecto, MAIRAL, Héctor A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, ED del 26/11/2014.

a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuya su magnitud y (c) no agravar el daño, si él ya se produjo.

En tanto la ley 26.944 nada dice respecto a este deber de prevención, *cabe preguntarse si semejante deber es exigible respecto al Estado y, en consecuencia, si los particulares cuentan con la posibilidad de hacer uso de la acción preventiva prevista en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. contra el Estado, sus entes descentralizados y funcionarios.*

No resultaría difícil ensayar rápidamente una respuesta negativa en la medida en que el art. 1º de la ley 26.944 establece que “las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”; el art. 1764 del Cód. Civ. y Com. —introducido por el Ministerio de Justicia apartándose del criterio sentado en el Anteproyecto— señala que “las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” y tanto el deber de prevención del daño contemplado en el art. 1710 como la acción preventiva resultante a la que se refiere el art. 1711 se encuentran en el Código y Capítulo excluidos.

Entendemos, sin embargo, que varias razones permiten sostener la posición contraria, es decir, que el deber de prevención del daño resulta también exigible frente al Estado, sus entes descentralizados y funcionarios.

En primer lugar, pues como señaló la Corte en el conocido caso “Gunther” (7), la obligación de abstenerse de ejercer conductas prohibidas por las leyes y causar daños injustos e innecesarios —traducida en el principio del *alterum non laedere*— tiene raíz constitucional y se pro-

(7) Fallos 308:1118, consid. 14 “...la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil, solo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la CN que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Cód. Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el art. 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa...”. En el mismo sentido, Fallos 308:1160, consid. 7º, entre otros. Si bien la Corte refiere en relación al principio del *alterum non laedere* al art. 19 de la CN, también avalan su reconocimiento —en nuestra opinión— los arts. 17, 28 e, inclusive, 29 de la CN y las previsiones concordantes de diversos tratados internacionales.

yecta también frente al Estado, en tanto expresa un principio general del derecho común a todas las disciplinas jurídicas.

Segundo, toda vez que ante la ausencia de toda previsión en la ley 26.944 —centrada en el deber de reparación— respecto al deber de prevención y la consecuente obligación de mitigación y la aparente contraposición entre lo dispuesto en los arts. 1º de la LRE y 1764 del Cód. Civ. y Com. antes citados y la extensión otorgada en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. en relación con quienes se encuentran sujetos al deber de prevención del daño (“toda persona”) (8), se impone la necesidad de interpretar ambos conceptos de modo armónico, en concordancia entre sí y, especialmente, con los principios y garantías constitucionales (9). Más aún cuando, como se ha explicado en sede legislativa, la limitación a la aplicación directa o subsidiaria de las disposiciones del Cód. Civ. y Com. no importa negar su aplicación analógica (10).

En consecuencia, en la medida en que el deber de prevención traduce un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente —incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho (11) como en materia de responsabilidad in-

(8) Extensión análoga a la realizada por la Corte en Gunther al referirse a los “hombres”.

(9) Fallos 296:22, entre otros.

(10) Ver, así, la exposición del representante del Ministerio de Justicia en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del 17/6/2014, versión taquigráfica, p. 3 “...la responsabilidad del Estado se va a regir básicamente por esta ley y (que) no serán aplicables de manera directa ni subsidiaria las normas del Cód. Civil. *Pero eso no significa que no sea aplicable el Cód. Civil en supuestos en que se requiera justamente una aplicación analógica, es decir, frente a un ordenamiento normativo lagunoso. Cuando surjan algunas cuestiones que no están previstas en la ley, habrá que remitir al Cód. Civil y se aplicará analógicamente*”. En ese entendimiento, habiendo sido reemplazado el Cód. Civil por el nuevo Cód. Civ. y Com., resulta razonable concluir que el deber de prevención del daño previsto en este último y ausente en la ley 26.944 resulta de aplicación, cuando menos, en forma analógica.

(11) Ver, así, lo expuesto por la Corte en la causa “Santa Coloma” (Fallos 308:1160, consid. 7º) (“...al renunciar en forma apriorística a mitigar de alguna manera —por imperfecta que sea— el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del *alterum nom laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19, de la Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el Tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna”).

ternacional de los Estados (12)— debemos concluir que el referido deber resulta también exigible frente al Estado, sus entes y funcionarios.

Ese reconocimiento genera inmediatamente nuevos interrogantes. ¿Cómo debe materializarse? ¿Ante quién? ¿Podría efectuarse la petición directamente en sede judicial o debe intentarse primero en sede administrativa? ¿Sería aplicable únicamente ante un acción u omisión ilícita —como parece indicarlo el art— 1711 del Cód. Civ. y Com. (13)— o también ante una acción u omisión lícita? ¿Bastaría la legitimación a que se refiere el art. 1712 del Cód. Civ. y Com. (“acreditar un interés razonable en la prevención del daño”) o sería exigible una legitimación diferente? ¿Quién sería el juez competente? ¿Tendría el juez las facultades previstas en el art. 1713 (14) o tendría él alguna limitación en función de los intereses en juego?

Si bien no es posible dar respuesta hoy a todos esos interrogantes, si podemos intentar una primera aproximación.

A falta de otra regulación en la materia (15), un particular bien podría promover una acción de prevención/mitigación con base en las previsiones constitucionales y los arts. 1710 y ss. del Cód. Civ. y Com., con el objeto de que no se produzca un daño, su continuación o agravamiento. Podría hacerlo como acción autónoma con base en esas normas o bajo la forma de una acción de amparo (16).

(12) Respecto a la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente erróneos, ver CRAWFORD, James, “The International Law Commission’s Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries”, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

(13) Art. 1711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(14) Art. 1713. Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

(15) Que solo sería válida en la medida en que regule razonablemente su ejercicio, no que lo impida.

(16) Según las circunstancias del caso, el particular podría también exigir su cumplimiento por vía incidental en un proceso ya en curso o como medida cautelar autónoma a un proceso a iniciarse. En el caso del amparo, los principales inconvenientes que enfrentaría el requirente estarán vinculados a la exigüidad de los plazos y los efectos de la apelación que interponga el Estado. Si bien la medida cautelar aparece

Aun cuando el Cód. Civ. y Com. contempla en principio su procedencia únicamente en los supuestos de obrar u omisión ilegítimos (17), el reconocimiento que la responsabilidad estatal en el campo de la actividad lícita ha tenido desde antaño en nuestro país, la estrecha vinculación de ese instituto con el deber de prevención y mitigación del daño y el reconocimiento que de ambos institutos ha efectuado nuestra jurisprudencia con base en disposiciones constitucionales, aconseja reconocer el derecho a accionar con sustento en el deber de prevención y mitigación tanto en el ámbito de la actuación u omisión lícitos como ilícitos en la medida en que se persiga evitar o mitigar un daño no justificado o que el particular no se encuentre obligado a soportar.

Si bien parece razonable que el particular acuda previamente ante la Administración, nada obsta a que se presente directamente en sede judicial si las circunstancias del caso así lo imponen. La solicitud previa a la Administración —en caso de que ello resulte materialmente posible sin que dé lugar a que el daño a prevenir se produzca o agrave— encuentra mayor justificación en una razón de eficacia (en la medida en que la Administración pueda y esté interesada en evitar el daño) que en un problema de agotamiento o habilitación de la instancia. Si la naturaleza del daño a prevenir o mitigar o la falta de respuesta útil no lo permiten o aconsejan, el particular debería poder acceder sin más al auxilio judicial (18).

El juez competente sería a nuestro entender aquel llamado a conocer eventualmente en la acción de reparación por lo que dependerá en definitiva de la naturaleza de la responsabilidad en juego y las normas de preponderante aplicación al caso (derecho administrativo o civil y comercial). En la medida en que la prevención solicitada se caracterizará en la mayor parte de los supuestos por su urgencia, las medidas preven-

en teoría como una vía apta, ella podría exponer al particular a diversas dificultades, como se explica en la nota 19.

(17) En la medida en que el reconocimiento de la responsabilidad por obrar u omisión lícitas es en general extraño al derecho privado y a la regulación del Cód. Civ. y Com.

(18) Más aún, si el juez considerara que esa urgencia no se verifica debería, en lugar de rechazar la acción por falta de agotamiento, dar intervención a la Administración en el propio expediente judicial y dejar latente su tramitación a la espera de verificar que acciones adoptó el Estado como consecuencia de esa petición. De no observarse una actuación administrativa material y temporalmente útil el juez podría en cualquier momento intervenir y adoptar las medidas pertinentes en función del deber de prevención alegado. Si el particular intenta la prevención o mitigación por vía cautelar debe tener en cuenta la limitación introducida en el art. 13 inc. 2º de la ley 26.854 a la que hacemos referencia en la nota siguiente y solicitar eventualmente la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

tivas que el caso requiera deberían poder ser dictadas aún por un juez incompetente. Sin embargo, si la medida es solicitada por vía cautelar —no como acción ordinaria o autónoma— contra el Estado Nacional o sus entes descentralizados el particular deberá superar las restricciones introducidas recientemente —en línea con la LRE— por la ley 26.854 de medidas cautelares contra el Estado (19).

Las cuestiones vinculadas con la legitimación exigible y los poderes del juez son probablemente aquellos de respuesta más compleja. Si bien es cierto que la fórmula del art. 1712 del Cód. Civ. y Com. aparece en principio como muy amplia (20), ello dependerá de la naturaleza del interés en juego y del daño que se persiga evitar en el caso concreto. Lo mismo ocurrirá con los poderes de los que dispondrá el juez (21).

No puede dejar de observarse que la acción preventiva en cuestión así como las pautas básicas que regulan su ejercicio y los poderes del juez al respecto han sido incorporadas a la legislación de fondo (el Cód. Civ. y

(19) En efecto, la 26.854 introduce limitaciones relevantes a la prevención o mitigación si se pretende llevarla adelante mediante una medida cautelar. Así y en una tónica similar a la LRE, la LMCE establece (i) la ineficacia de la medida dictada por juez incompetente, salvo que se trate de determinados sectores vulnerables o derechos (art. 2); (ii) que los jueces no podrán dictar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino o de cualquier forma perturbe los bienes o recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias (art. 9°); (iii) el efecto suspensivo de la apelación si la medida requiere la suspensión de los efectos de un acto o reglamento, salvo que se trate de los sectores o derechos antes mencionados (art. 13, inc. 3°); (iv) que el pedido de suspensión judicial de un reglamento o de un acto general o particular, mientras está pendiente el agotamiento de la vía administrativa, solo será admisible si el particular demuestra que ha solicitado la suspensión de los efectos del acto ante la Administración y que la decisión de esta fue adversa a su petición, o que han transcurrido cinco (5) días desde la presentación de la solicitud sin que esta hubiera sido respondida (art. 13, inc. 2°); (v) que se acredite la “Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada” (con idéntico lenguaje que el art. 3°, inc. d] de la LRE), y “perjuicios graves de imposible reparación ulterior” para el caso de medidas positivas (art. 14); y (vi) si la medida es de no innovar, también debe acreditarse que la actividad material cuya abstención se pretende ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior (art. 15).

(20) Art. 1712. Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

(21) Si bien ello dependerá de su recepción y evolución jurisprudencial, es muy probable que sobre la base de este instituto se promuevan amparos colectivos en ámbitos donde la acción de prevención o mitigación del daño cuentan con un campo de desarrollo relevante como son los ambientales, de salubridad, de seguridad o de consumo. La prudencia con que se invoque y aplique este instituto en ámbitos como los mencionados será crucial en su desarrollo y éxito en el mediano y largo plazo.

Com.) y no a un ordenamiento procesal. Podrá o no compartirse ese encuadramiento pero él denota la particular importancia que el legislador ha atribuido a la acción en cuestión en la prevención del daño y responsabilidad consiguiente.

Esa visión —expresada ya hace tiempo por nuestro alto tribunal en casos como “Gunther” o “Santa Coloma”, propios justamente de la responsabilidad estatal— es la que debería primar en la construcción de este instituto, sea que ella sea efectuada por la jurisprudencia o el legislador (22).

Tenemos la convicción personal de que la asimetría que evidencian en la actualidad los dos cuerpos normativos recientemente sancionados —el Cód. Civ. y Com. y la ley 26.944— no perdurará en el tiempo. Mientras que los civilistas reciben en materia de responsabilidad con algarabía su nuevo ordenamiento, los publicistas no muestran similar entusiasmo y magistrados llamados a pronunciarse en algún momento respecto a la constitucionalidad de sus previsiones ya comienzan a expresar en doctrina el reparo que muchas de ellas les merecen.

La doctrina argentina ha evolucionado notablemente desde que —a partir de las enseñanzas de Bullrich y Bielsa— nuestra universidad abandonara el método exegético y diera sus primeros pasos hacia lo que constituye el derecho administrativo moderno, en el que la responsabilidad estatal ha constituido invariablemente uno de los objetos centrales de estudio. No menos relevante ha sido el avance de nuestra jurisprudencia desde que se aceptara en “Devoto” (23) la responsabilidad aquiliana del Estado por sus actos *iure imperii*.

Sea porque las nuevas autoridades reintroduzcan en una próxima reforma del Cód. Civ. y Com. —necesaria ante ciertas inconsistencias y omisiones en materias diversas— las previsiones del anteproyecto eliminadas en materia de responsabilidad estatal; porque la ley 26.944 sea derogada; porque ella no sume una adhesión generalizada en el ámbito provincial o porque los propios jueces vayan superando sus limitaciones al declarar la inconstitucionalidad de varias de sus previsiones o la in-

(22) Más allá de los conocidos argumentos en favor de la certeza, previsibilidad y seguridad jurídica, lo cierto es que la experiencia en la regulación de instituciones esculpidas originalmente por la jurisprudencia no ha sido en general positiva. Basta advertir lo ocurrido con la ley 16.986 en materia de amparo o por la ley 26.944 en materia de responsabilidad del Estado. En ambos casos, bajo pretexto de reglamentar su ejercicio se ha intentado claramente limitar el alcance de tales institutos.

(23) Fallos 160:11.

terpreten de modo tal de eludir sus consecuencias negativas, probablemente no nos equivoquemos al aventurar que de acá a unos años nuestro sistema de responsabilidad estatal se asemejará en importante medida al contemplado en el Título V, Capítulo I del Cód. Civ. y Com. del que la ley 26.944 ha intentado apartarlo.

El principal problema no será, en ese caso, lo que ocurra de acá a dos o más décadas sino el daño que deberán soportar innecesariamente quienes sufran sus consecuencias hasta que se consolide esa nueva jurisprudencia. En ese momento, miraremos hacia atrás y lamentaremos los daños que en ese proceso se han causado a quienes solicitaron reparaciones lógicas y se han visto impedidos de acceder a ellas por limitaciones como las señaladas.

El referido proceso llevará cierto tiempo pero ello no impide que comencemos a examinar en forma crítica el panorama actual y, en esa transición, adaptemos el régimen establecido por la ley 26.944 a la nueva realidad. En ese camino, el reconocimiento del deber de prevención del daño y la acción a ejercer frente al Estado, sus entes y funcionarios probablemente constituya uno de los primeros ejemplos de esa inevitable confluencia.

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

POR PEDRO ABERASTURY

I. Introducción

El análisis de las normas vigentes en el procedimiento administrativo, tanto nacionales como provinciales, nos revelan la interacción del derecho público con el derecho común y su complementación, más que en otras disciplinas del derecho público.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (1), en adelante Cód. Civ. y Com., ha traído una mayor influencia del derecho público sobre las relaciones del derecho privado, conforme se señala en la presentación al mismo en cuanto el Presidente de la Comisión Redactora, Ricardo Lorenzetti ha afirmado que “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre derecho público y privado. En este Proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en numerosos casos” (2).

Algunas de sus normas han previsto su aplicación en forma expresa al derecho público y también su inaplicabilidad, tal cual se advierte en la redacción de los arts. 1764 a 1766, en cuanto a la no aplicación del Capítulo sobre daños a la responsabilidad del Estado, afectando su sistematización (3).

(1) Ley 26.994 dispuso la puesta en vigencia, a partir del 1/8/2015 y la derogación de la ley 340, 1869, que aprobó el Código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

(2) Presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación enviado por Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación, p. 4.

(3) ABERASTURY, Pedro, “El Código Civil y Comercial de la Nación y la Responsabilidad del Estado”, en DALLA VIA, Alberto - GARCÍA LEMA, Alberto (dirs.), *Estudios cons-*

Más allá de su examen, nos ocuparemos en señalar aquellas normas que influyen, ya sea mediante una directa aplicación de la normativa del derecho común o en forma indirecta sobre las normas del procedimiento administrativo. Haremos una especial referencia a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario (4), en adelante LNPA y RLNPA respectivamente, a los efectos de delimitar el alcance del presente trabajo pero ello no implica que en los restantes cuerpos normativos, tanto provinciales como los de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las conclusiones no puedan ser aplicables.

Hemos expuesto y continuamos sosteniendo que el sistema jurídico de un país es un todo y como tal debe ser tratado pero también tenemos conciencia que la separación entre el derecho público y el derecho privado se realiza en tanto la finalidad tutiva responde a intereses distintos (5).

La referida separación entre el derecho público y privado, que no fuera obra de la Comisión Redactora sino de anónimos dependientes del Gobierno de ese tiempo, es la razón de la supuesta inaplicabilidad, en forma contradictoria a otra serie de normas obrantes en el Cód. Civ. y Com. que delegan en las autoridades públicas la complementación de los principios en él desarrollados (6) o, directamente, cuando asume materias propias del derecho administrativo (7), incurriendo en una contradicción sistémica (8).

titucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 311.

(4) Ley 19.549 y dec. 1759/1972, t.o. por dec. 1883/1991.

(5) ABERASTURY, Pedro, "El Código Civil y Comercial de la Nación y la Responsabilidad del Estado", cit., p. 311.

(6) Tal el caso de la regulación de los bienes sujetos al dominio público, art. 235, la clasificación de las personas jurídicas públicas o privadas, art. 145 o la prohibición del contrato de arbitraje, art. 1651. O el art. 2560 que posibilita la delegación, en materia de prescripción, a las legislaturas locales, con lo cual la prescripción liberatoria quedará sujeta a lo que el legislador provincial considere conveniente alejándose del principio de uniformidad que ha regido sobre esta institución jurídica. Asimismo, todo lo referido a las limitaciones al dominio privado, conforme los arts. 1970 y ss., a los conjuntos inmobiliarios, arts. 2073 y ss., cementerios privados, arts. 2103 y ss. y/o a la mención a los contratos administrativos y contratos de la administración, conforme el art. 1193, donde se prevé la aplicación subsidiaria del nuevo Código, entre otros.

(7) Ver la regulación de los bienes sujetos al dominio público, art. 235, la clasificación de las personas jurídicas públicas o privadas, art. 145 o la prohibición del contrato de arbitraje, art. 1651.

(8) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado el carácter sistémico al destacar que la interpretación de las leyes y preceptos constitucionales debe hacerse

El desarrollo, por tanto, de la influencia del nuevo Cód. Civ. y Com. en el procedimiento administrativo debe ser analizado teniendo en cuenta el contexto señalado para llegar a una interpretación armónica y razonable de las instituciones involucradas (9).

II. Unidad normativa

Nuestros constituyentes tuvieron en miras, tanto en 1853 como en 1860, la unidad normativa del derecho de fondo para lograr un mejor desarrollo de nuestro País y, como hemos afirmado, no puede ser soslayado el alcance de las facultades delegadas por las Provincias a la Legislatura Nacional para el dictado de los Códigos de fondo en miras a la separación entre lo público y lo privado, afectando el principio de la unidad legislativa, establecido por nuestros constituyentes para asegurar la unidad de la República y convalidado por la invariable jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (10).

Dicha pauta interpretativa es el camino que debe seguirse para dar coherencia al sistema jurídico argentino. La reforma introducida por el Cód. Civ. y Com. posibilita el reconocimiento de las potestades provinciales pero, en la medida en que altere esa unidad sistémica, lo torna inviable.

Los autores que sostengan la independencia del derecho público por sobre el derecho común se encuentran obligados a reconocer que ciertas instituciones del derecho público no pueden ser tratadas sin tener en cuenta al derecho común; a título de ejemplo señalamos la modalidad de representación, las distintas categorías de personas, humanas y jurí-

siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297; 277:213; 279:123, 281:179; 296:372, entre muchos otros).

(9) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 298.

(10) La propuesta de Alberdi fue objetada por Zavalía y, finalmente, Gorostiaga instó a una posición conciliadora. Cfr. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898*, Talleres Peuser, Buenos Aires, 1973, t. IV, ps. 528-529. En 1860 fue adoptado el texto que ameritó la posición de Gorostiaga a la aplicación de las normas procedimentales como una forma de reconocer el sistema federal y las potestades provinciales Cfr. GARCÍA LEMA, Alberto M., "Antecedentes de la codificación del derecho de fondo y sus vínculos con nuestro sistema constitucional", en DALLA VÍA, Ricardo A. - GARCÍA LEMA, Alberto M. (dirs.), *Estudios constitucionales...*, t. I, p. 21.

dicas, en cuanto la posibilidad de desempeñarse en un procedimiento administrativo y el cómputo de los plazos. En todos estos casos es necesario acudir a la normativa del derecho común de fondo que se encontraba regulada en el Cód. Civil de Vélez Sarsfield y, actualmente, en el Cód. Civ. y Com. (11).

Si bien pueden existir una serie de regulaciones propias del derecho público que podrían “alterar” las normas del derecho común aplicables, estas deben ser interpretadas de manera *coherente* y conforme el ordenamiento jurídico, considerado en su totalidad, y manteniendo como guía los principios generales del derecho, ya que el Preámbulo de la Constitución así lo determina (12).

Un claro ejemplo lo hemos puesto de manifiesto hace ya algunos años. Se trataba del caso de un menor que realizaría un viaje de instrucción al exterior del país, siendo alumno de un instituto militar: se planteó si era suficiente la autorización del superior jerárquico para salir del país o era necesaria la autorización de quien ejercía la patria potestad en ese entonces (13), hoy deberíamos decir la autorización emanada de la responsabilidad parental. La decisión fue por la negativa y la contradicción fue que podría haber sido enviado a prestar servicios en una zona de guerra, dentro del territorio argentino, arriesgando su vida, como su-

(11) Se ha sostenido: “Si las leyes aplicables tienen que ser conformes a la Constitución Nacional, el diálogo entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado debe ser permanente. En otros términos, los cambios, desarrollo y avances que sucedan en el primero repercuten de manera directa en el segundo. De allí que el Cód. Civil —tanto en lo relativo a sus fuentes como a su aplicación— se encuentre interpelado de manera constante y continua por la perspectiva constitucional-convencional”. CERRO, María Marta, “El nuevo Código Civil: fin de un debate histórico”, en DALLA VÍA, Ricardo A. - GARCÍA LEMA, Alberto M. (dirs.), *Estudios constitucionales...*, t. I, p. 79.

(12) Se ha sostenido: “En el caso, debe entenderse al Código Civil y Comercial como una ley reglamentaria de la Constitución y, muy especialmente, del capítulo de los *Nuevos derechos y garantías* que aquí comentamos y que forman parte del núcleo constitucional a reglamentar por el Código en los términos del carácter de legislación general o legislación común que establece el art. 75, inc. 12 de la Norma Fundamental”. DALLA VÍA, Alberto R., “Sobre la constitucionalización del derecho privado”, en DALLA VÍA, Ricardo A. - GARCÍA LEMA, Alberto M. (dirs.), *Estudios constitucionales...*, t. I, p. 41.

(13) Así expresamos que la salida del país de un menor ingresado en un instituto militar se encuentra supeditada a la autorización expresa de sus padres, la que no podrá ser suplida por la del Comando respectivo, conforme Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación 132/92; 201:159. Cfr. ABERASTURY, Pedro (h) - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 65.

cedió en 1982, pero no podía salir de excursión al exterior sin la autorización de sus padres. Esta interacción entre ambos cuerpos normativos debe propender a su armonización de tal forma que no se puede aceptar, sin más, la superioridad jerárquica de un derecho sobre el otro.

A ello se suma la denominada constitucionalización del Cód. Civ. y Com. en cuanto su art. 1º establece que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

En una primera lectura, la redacción de la norma podría sugerir que, con anterioridad, la independencia de los sistemas jurídicos público y privado eran totales pero, actualmente, se debe dar cabida a lo establecido en la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos. Al respecto, el art. 31 de la CN establece una relación jerárquica normativa, alterada por la integración de las normas de los Tratados de Derechos Humanos, prevista en el art. 75 inc. 22, sin ley previa autorizante que lo permitiera.

Sin perjuicio de esta situación, que los constituyentes de 1994 prefirieron omitir, lo cierto es que la discusión respecto del lugar jerárquico donde se encuentran los Tratados, a partir de lo dispuesto en el art. 31 de la CN que establece que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación” generó interpretaciones sobre el nivel jerárquico de los Tratados, discusión que ha quedado zanjada y resuelta con dicha reforma.

Por otra parte, la integración de los sistemas normativos se encuentra alcanzada en la medida que cualquier interpretación debe ser realizada conforme la Constitución Nacional y esta no establece alteración jerárquica alguna entre las normas de derecho público y privado (14). Nótese que el art. 75 al establecer las funciones del Congreso, en realidad lo que informa son ámbitos de competencia que las Provincias no pueden atribuirse pero no se plantea una cuestión de jerarquía normativa sino, en realidad, de prohibiciones al ejercicio normativo que alcanzan

(14) TREACY, Guillermo F., “El Estado en el nuevo Código Civil y Comercial: proyección del nuevo código en las relaciones jurídicas de carácter público”, en DALLA VÍA, Ricardo A. - GARCÍA LEMA, Alberto M. (dirs.), *Estudios constitucionales...*, t. I, p. 145.

tanto al derecho público como al privado. Es necesario, por tanto, recordar, que el art. 31 dispone, en su segundo párrafo, “las autoridades de cada Provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”.

Esta directiva de interpretación es directamente aplicable al sistema del art. 75 y, especialmente, a su inc. 12 en cuanto le impone “Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”; y su lectura en conjunto con lo dispuesto en el art. 121 en cuanto “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

El análisis del problema, sobre el alcance de competencias delegadas, se da a partir del art. 123 en cuanto reza que “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

El aseguramiento de la autonomía municipal y el reglar el alcance y contenido en el orden administrativo permiten sostener, en un principio, que el derecho público como orden local podría ser totalmente autónomo pero la limitación se encuentra explicitada en el art. 5º de la CN y en el análisis de competencias delegadas y no delegadas ya comentado. Sin embargo, la interpretación debe atender a la finalidad que se encuentra prevista en el Preámbulo en cuanto la Constitución tiene por fin propender a la Unión Nacional (15).

En nuestra historia vemos que una de las pautas en que se fundamentó, precisamente, la Unión Nacional fue en la uniformidad de los regímenes legales de fondo y dicha finalidad no puede ser vulnerada con base en pretendidas medidas de autodeterminación que la alteren, ya que ello significa forzar y destruir la sistemática de nuestro orden jurídico.

(15) BESALÚ PARKINSON, Aurora, “La Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación: consideraciones en torno al régimen de responsabilidad civil”, en DALLA VÍA, Ricardo A. - GARCÍA LEMA, Alberto M. (dirs.), *Estudios constitucionales...*, t. I, p. 230.

Con base en lo expuesto, las pautas interpretativas que describe el legislador en el art. 2º del Cód. Civ. y Com., en cuanto expone que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” son aplicables al derecho público, ya que se encuentra conjugada con el art. 1º que nos enseña que la interpretación debe ser coherente lo cual implica que debe existir conexidad entre las interpretaciones que conformen una unificación de los principios.

A los efectos del presente trabajo se analizan los institutos del procedimiento administrativo que permiten demostrar la argumentación hasta aquí desarrollada en cuanto ambos sistemas deben ser interpretados en forma integrada.

III. Las normas procedimentales condicionadas

III.1. Los plazos

El Título Preliminar y, especialmente, los Capítulos 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. son plenamente aplicables al derecho público pues exceden el ámbito del derecho común y van más allá del cuerpo jurídico de donde emanan en tanto se expanden a todo el sistema jurídico (16). Así, cualquier código de fondo no necesita repetir estos principios y ninguna norma lo desconoce.

A los efectos de la interpretación de las normas no existe óbice para seguir estas pautas que, por otra parte, son razonables y dan coherencia a todo el sistema jurídico, tanto nacional, federal, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto al procedimiento administrativo, la LNPA prescribe que “los actos, actuaciones y diligencias se practicarán en días y horas hábiles administrativos, pero de oficio o a petición de parte podrán habilitarse aquellos que no lo fueren, por las autoridades que deban dictarlos o producirlas”, conforme surge del art. 1º inc. d) de la LNPA. Asimismo, su inc. e) establece que los plazos: “2) Se contarán por días hábiles administrativos salvo disposición legal en contrario o habilitación resuelta de oficio o a petición de parte”.

(16) CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 301.

Cabe mencionar que el Cód. Proc. Civ. y Com. contiene una norma similar en cuanto a los plazos procesales, ya que establece el cómputo en días hábiles judiciales. Sin embargo, en ambos casos, la manera de computar el comienzo del plazo se encuentra directamente relacionado con lo que refiere el Cód. Civ. y Com. y, anteriormente, en el Código de Vélez en los arts. 23 a 29, situación que ha sido reescrita en el art. 6° del Cód. Civ. y Com., que ahora establece: “El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. *Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo*”.

En el caso de las leyes de procedimiento, tanto administrativas como judiciales, el cómputo del plazo se efectúa “de otro modo”, lo cual significa que el Cód. Civ. y Com. ha aclarado y previsto la posibilidad de computar de un modo diferente los plazos y que, en lugar de tomar días corridos, como ocurre en los plazos civiles, se tomen los días hábiles administrativos o judiciales pero respetando la modalidad del cómputo en cuanto excluye el día de notificación y en cuanto a la conclusión, pues vence en el último momento hábil administrativo correspondiente, es decir, al momento del horario de cierre de la Mesa de Entradas donde se debería haber recepcionado la presentación, sin perjuicio de la vigencia del plazo de gracia, aplicable de acuerdo con las normas procedimentales respectivas que se computará en las dos primeras horas de apertura de la Mesa de Entradas del organismo de que se trate del día hábil subsiguiente (17).

En efecto, la doctrina ha considerado que los referidos días hábiles administrativos son aquellos que se encuentran en vigencia en el lugar donde se deba realizar la presentación, esto es, si se trata de una oficina

(17) HALPERIN, David A., “Análisis y comentarios al art. 1° de la LNPA”, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN, David A. - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 133. CS, “Fundación Universidad de Belgrano”, Fallos 300:1070.

de la administración en la medida que ella se encuentre operativa, lo cual puede generar algunas sensibles diferencias, caso de los días hábiles para el sistema financiero, que pueden ser diferentes en el caso que se disponga un feriado bancario, o cuando se debe realizar una presentación en una universidad nacional, cuando se dispone el receso de verano o de invierno, durante el cual el plazo hábil administrativo se encuentra suspendido.

Es con base en el lugar de recepción que debió modificarse el art. 25 de la LNPA pues, en su primera versión, no se efectuaba aclaración alguna y, teniendo en cuenta que se refiere a una presentación judicial, luego de transitar la vía administrativa, su reforma aclaró que la vía impugnatoria judicial se computa en días hábiles judiciales y no en días hábiles administrativos(18).

La LNPA, en el inc. e), apart. 3, del art. 1º, establece en cuanto a los plazos que “Se computarán a partir del día siguiente al de la notificación. Si se tratare de plazos relativos a actos que deban ser publicados regirá lo dispuesto por el art. 2º del Cód. Civil”, lo cual significa que la norma ha quedado sustituida, en forma directa, a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com. por el art. 5º en cuanto dispone: “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen”.

Nótese que la modalidad de cómputo sigue una relación razonable con la establecida en el Cód. Civ. y Com., lo cual permite una interpretación integrativa entre ambos sistemas jurídicos que no revela contradicciones.

Por último, la LNPA, en el inc. e), apart. 7º del art. 1º ha establecido la interrupción de los plazos por la articulación de recursos administrativos. Así, expresa que interrumpirá el curso de los plazos, aunque aquellos hubieren sido mal calificados, adolezcan de defectos formales insustanciales o fueren deducidos ante órgano incompetente por error excusable;”. A ello se agrega el apart. 9º en cuanto dispone que “Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción, los que se reiniciarán a partir de la fecha en que quedare firme el auto declarativo de caducidad”.

El RLNPA, en su art. 76, al reiterar las citadas reglas, dispone que la mera presentación de un pedido de vista suspende el plazo para recurrir

(18) Cfr. art. 1º de la ley 21.686.

durante el tiempo que se le conceda al efecto (19), ya se trate de plazos hábiles administrativos o judiciales pero no se aclara qué debe entenderse por suspensión o interrupción, por lo que la interpretación coherente nos indica que debemos acudir en forma directa al significado que le otorga el Cód. Civ. y Com., en el Título I del Libro VI. Este dispone, conforme el art. 2544, que “El efecto de la interrupción de la prescripción es tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo” mientras que el art. 2539 nos enseña que “La suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó”. Asimismo, sus efectos y modalidades contenidos en la normativa del derecho común serán de plena aplicación al procedimiento administrativo salvo que una *ley formal* determine otra forma de aplicar alguna de sus modalidades.

De lo expuesto se desprende que, sin perjuicio de mantener lo sostenido en cuanto a que la presentación de un recurso administrativo interrumpe y suspende el cómputo del plazo de prescripción (20), el plexo normativo del derecho común, en esta materia, es directamente aplicable al procedimiento administrativo (21).

III.2. La acreditación de la representación

Con relación a la representación de las personas jurídicas, observamos que el Cód. Civ. y Com. regula las mismas disponiendo, en el art. 145, que solo existen dos clases de personas jurídicas, las públicas y las privadas, y con base en el art. 147 “Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.

Consideramos que la aplicación por vía de la analogía no es procedente y que esta normativa se aplica al derecho público en forma directa, a pesar de encontrarse en un cuerpo normativo del derecho de fondo.

Asimismo, en relación con las personas jurídicas privadas, en razón de haber uniformado los códigos civiles y comerciales y donde se realiza

(19) CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Astrea - RAP, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., p. 304.

(20) ABERASTURY, Pedro (h.) - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 97.

(21) HALPERIN, David A., “Análisis y comentarios al art. 1º de la LNPA”, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN, David A. - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, cit., t. III, p. 140.

una enumeración de estas, en lo que aquí respecta, cabe señalar que el art. 150 dispone que “Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:

”a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

”b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

”c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título”.

Por lo tanto su representación es orgánica y la representación surge de los instrumentos que les dieron origen (arts. 150, 157 y 158 Cód. Civ. y Com.).

Hechas estas aclaraciones preliminares, vemos que el RLNPA contiene diversas normas que refieren a la representación de las personas jurídicas (22). Debemos mencionar que en el código de Vélez no se encontraba clara la delimitación entre mandato y representación lo cual ha sido esclarecido en el Cód. Civ. y Com., al establecer una distinción entre ambas figuras, conforme el art. 1320.

Asimismo, en los arts. 362 y ss. del Cód. Civ. y Com. se regula la representación voluntaria y los límites de otorgamiento de los poderes, distinguiéndola de la representación legal, que se encuentra determinada en los arts. 26, 32, 100, 101, 104, 106, 107 y 109 Cód. Civ. y Com., Se aplica usualmente en el caso de las personas humanas para los tutores y curadores debiendo tenerse en cuenta que no se trata de un representante *strictu sensu* pues, en realidad, en estos casos la representación legal sustituye a la voluntad de la persona representada.

Las formalidades de acreditación y cese de la representación las encontramos en los arts. 31 a 35 de la RLNPA y es conveniente señalar que se debe acompañar la documentación que acredite tal calidad. Más adelante se refiere a que la misma se acredita con el instrumento público correspondiente o con copia extendida de la manera que dispone el art. 32.

(22) Cfr. JUAN LIMA, Fernando E., “Análisis y comentarios al art. 31 del RLNPA”, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN, David A. - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, cit., t. III, p. 949.

Al no hacer referencia a cuáles son estos documentos, la remisión a la normativa del código de fondo ya no es facultativa sino obligatoria por la que la interrelación de ambos cuerpos normativos es integral.

Sin embargo, se utilizan indistintamente como sinónimos mandato y representación como es el caso de los arts. 32 y 35, mientras que el Cód. Civ. y Com. ha establecido que el mandato se trata de un contrato distinguiéndolo de la representación.

Por lo tanto, una interpretación coherente de ambos textos nos permite concluir que será de plena aplicación lo dispuesto en los arts. 363 y ss. y, especialmente, lo normado en el art 375 del Cód. Civ. y Com.

En cuanto a la cesación de la representación debe observarse lo expuesto en el art. 380, que amplía los supuestos contemplados en el art. 34 del RLNPA.

III.3. Menores e incapaces

En el caso de los menores e incapaces se deben tener en cuenta las regulaciones del Cód. Civ. y Com. (23), pues su sistema configura una reglamentación directa del art. 19 de la CN (24).

Nótese que la categoría “menor adulto” ha sido abandonada por lo que rige lo dispuesto en el Libro Primero, Título I, esencialmente, del Cód. Civ. y Com. debiéndose considerar que esta categoría se encuentra derogada por el nuevo cuerpo legal.

Cuando se realiza la distinción en cuanto a la capacidad en el Cód. Civ. y Com., a partir del art. 22, el art. 24 distingue a los incapaces de ejercicio conforme a lo siguiente:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial.

(23) CANOSA, Armando N., *Procedimiento administrativo...*, cit., p. 258 y *Los recursos administrativos*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.

(24) DALLA VÍA, Alberto R., “La relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal con especial referencia al derecho de familia”, en DALLA VÍA, Ricardo A. - GARCÍA LEMA, Alberto M. (dirs.), *Estudios constitucionales...*, cit., t. I, p. 257.

Posteriormente, se hace una distinción ente el menor de edad y el adolescente, en el art. 25, estableciendo que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años.

Por lo tanto, los derechos del menor de edad son ejercidos por sus representantes legales sin perjuicio de la mayor autonomía del menor, establecida en el art. 26 y el caso de la emancipación prevista en el art. 27.

Cuando este último establece que “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”, una interpretación coherente nos indica que en el procedimiento administrativo es necesario reconocer que debe dársele la posibilidad de intervención, conforme el art. 26, párr. 3º, art. 613, *in fine*, art. 639, inc. c) Cód. Civ. y Com., entre otros.

Se considera directa y plenamente aplicable a los referidos artículos y, en especial, el requerimiento del consentimiento de ambos progenitores en el caso de que el menor tenga doble vínculo filial, conforme el art. 645, en los siguientes casos que referimos que, por su trascendencia y la competencia de quien la ejerce, son aplicables a la Administración. En efecto:

a) autorización a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio: Directamente aplicable a la administración en cuanto el matrimonio civil se encuentra a su cargo;

b) autorización para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad: Directamente aplicable a la administración en el caso de las dos últimas;

c) autorización o para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero: directamente aplicable a la Dirección Nacional de Migraciones;

d) autorización para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí: Se considera, como hemos referido, que esta norma es aplicable plenamente al procedimiento administrativo cuando se trata de la afectación del derecho de un menor (25).

(25) En su momento expresamos: “Como la norma tiene una finalidad de protección de los derechos del menor, la autoridad administrativa deberá ponderar si el procedimiento tiende o persigue la imposición de una sanción o la defensa de un derecho que podría generar un desmedro patrimonial para el menor o que signifique la reali-

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar debiéndose tener en cuenta que en el caso de que el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

La excepción se configura en el art. 30 cuando se trata de una persona menor de edad que “ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella”. Se trata de una regla plenamente aplicable a las universidades, ya que no se requiere consentimiento para el otorgamiento del respectivo título.

En el caso del menor de edad, el Cód. Civ. y Com. ha alterado la condición del anteriormente denominado “menor adulto”, en aspectos relacionados con la misma o con la actividad administrativa que pueda afectar sus derechos por lo que es necesario su estudio teniendo en cuenta las fórmulas propuestas (26). Consideramos que la actuación de un menor de edad se encuentra sujeto a las limitaciones referidas y, si bien se ha bajado la edad del adulto a 18 años, ello no implica que su aplicación sea clara.

Así, no se puede sostener el dictado de normas propias del derecho público, para los menores de edad, que no respeten la nueva normativa y tampoco se pueden dictar actos administrativos o reglamentos que las alteren.

Asimismo, la situación no ha cambiado para el caso de aquellas personas que tienen capacidad limitada, “salvo que se encuentren inhabili-

zación de un acto de administración de sus bienes, a los efectos de solicitar la concurrencia de ambos padres o la autorización judicial para estar en el procedimiento administrativo”, Se considera que esta argumentación se encuentra totalmente vigente. Cfr. ABERASTURY, Pedro (h.) - CILURZO, María Rosa, *Curso de procedimiento administrativo*, cit., p. 67.

(26) Se ha reconocido la extensión de capacidad a los menores que fueren: a) funcionario público; b) sujeto a cargo público como el servicio militar obligatorio; c) ejerciere profesión o industria; d) tuviere título habilitante; e) emancipado por matrimonio o habilitación (conf. GORDILLO, Agustín A., *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, t. 4.1, ps. 1.5 y ss., ídem. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Recursos administrativos y económico-administrativos*, Civitas, Madrid, 1975, p. 57; ídem. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, t. I, ps. 686 y ss., entre otros.

tados judicialmente, en cuyo caso deberá acreditarse la representación legal correspondiente, la administración deberá remitirse a las normas del Cód. Civil para tenerlas como parte interesada en el procedimiento administrativo”.

III.4. La retroactividad del acto administrativo

Un caso interesante es lo referido en el art. 13 de la LNPA en cuanto dispone que “El acto administrativo podrá tener efectos retroactivos —siempre que no se lesionaren derechos adquiridos— cuando se dictare en sustitución de otro revocado o cuando favoreciere al administrado”.

El art. 7º del Cód. Civ. y Com. establece en la parte pertinente que “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Esencialmente, ambos cuerpos jurídicos contienen medidas similares lo que ha sido receptado por la doctrina (27), aunque, en el caso del Cód. Civ. y Com., se establece una preeminencia de la necesidad de la existencia de una ley formal autorizante para otorgar efectos retroactivos por lo que, a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com., se torna invariable, sin ley previa autorizante, el dictado de un acto administrativo con efectos retroactivos que afecte “derechos amparados por garantías constitucionales”.

Por tanto, debe entenderse que la ley que sancionó el Cód. Civ. y Com. ha modificado, en la especie, la norma procedimental en comentario pues, de lo contrario, se alterará el contenido de la ley de fondo.

A ello se agrega que la acepción “derechos amparados por garantías constitucionales” es más amplia que la contenida en el art. 13 de la LNPA “derecho adquirido” (28) debiendo, de ahora en más, interpretarse esta

(27) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 290; CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos...*, cit., p. 301. GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. 3, ps. II-36; COMADIRA, Julio R. - MONTI, Laura (colab.), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 272.

(28) MARIENHOFF, Miguel S., “‘Derecho adquirido’ y ‘derecho ejercido’: pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica”, LL 1989-B-776. POZO GOWLAND, Héctor, “Análisis y comentarios al art. 13 de la LNPA”, en POZO GOWLAND, Héctor - HALPERIN, David A. - AGUILAR VALDEZ, Oscar - JUAN LIMA, Fernando - CANOSA, Armando (dirs.), *Procedimiento administrativo*, cit., t. III, p. 375.

última en forma más amplia y aplicándola no solo a los derechos cumplidos y/o agotados sino al otorgado, independientemente de si se ha ejecutado, argumentación que se extiende al condicionamiento del art. 17 de la LNPA, en cuanto allí se establece la estabilidad del acto irregular en la medida, entre otros requisitos, que se trate de derechos subjetivos que se estén cumpliendo.

No será necesario acreditar que el derecho acordado tuvo un principio de ejecución sino, únicamente que el derecho se encuentra amparado por garantías constitucionales.

IV. Conclusiones

La competencia de dictar normas de procedimiento administrativo es de resorte exclusivo local por tratarse de una competencia no delegada por las Provincias al Congreso Nacional.

Es plenamente aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que las legislaturas provinciales tienen una facultad exclusiva en cuanto al ejercicio de los poderes que no han delegado a la Nación y, por tanto, cuando incurren en un ejercicio de estos en contradicción con el poder delegado, cabe descalificarla. Lo que refiere la Corte más que un ejercicio contradictorio, es la existencia de una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos (29).

De acuerdo con lo expuesto, por una parte nos encontramos con un ámbito de competencia exclusiva y, por el otro, esa competencia no puede afectar las competencias delegadas de tal forma que, en nuestro sistema jurídico, una ley local no puede derogar leyes sustantivas dictadas por el Congreso porque ello importa un avance sobre facultades exclusivas de la Nación (30).

Lo que hemos venido sosteniendo es que las facultades delegadas, tal cual se trata el dictado de un código de fondo, se encuentran sometidas a las reglas de competencia de tal forma que la competencia legislativa provincial no puede modificar, alterar y/o derogarla, debiendo prevalecer las leyes del Congreso Nacional y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (31).

(29) Fallos 3:131; 302:1181; 320:619.

(30) Fallos 176:115, consid. 5º, 183:143; 193:231; 200:444; 202:516; 203:274.

(31) Fallos 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344.

Esto no implica la existencia de modulaciones propias del derecho público pero, en tanto se trate de una normativa de fondo que regula el ámbito de autonomía de la persona, el derecho público no puede alterarlas y tampoco el intérprete podrá ir más allá imponiendo potestades públicas en contra del contexto y sistema de la Constitución Nacional.

Al regular el régimen de las personas jurídicas públicas y privadas y de las personas humanas mediante el dictado de un código de fondo por parte del Congreso Nacional, esta normativa no puede ser alterada por ninguna norma local y, por el contrario, la competencia legislativa local se encuentra sometida a ella, conforme el razonamiento seguido en el caso “Filcrosa” (32) por nuestro más Alto Tribunal (33).

No se trata, entonces, de considerar la existencia de una determinada prevalencia del derecho público por sobre el derecho común (34), sino que el derecho público no se encuentra al margen de la unidad general del derecho (35) y del sistema establecido constitucionalmente y solo puede prevalecer en aquellos supuestos en los que se admita que se “efectúan las discriminaciones que resulten impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia del derecho público” (36).

En la medida en que no se intente alterar el derecho de fondo por normas imperativas de derecho público y que su aplicación se realice en la razón de ser del instituto, observamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo admite por lo que reiteramos que el art. 1º del Cód. Civ. y Com. dispone que los casos contemplados en su normativa deben ser resueltos conforme la ley aplicable y de acuerdo con la directiva de interpretación contenida en el art. 2º del Cód. Civ. y Com.

(32) “Filcrosa SA s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellana”, Fallos 326:3899.

(33) ABERASTURY, Pedro, “El plazo de caducidad”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 601 y ss.

(34) Es la argumentación sustentada en LUQUI, Roberto, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 2, p. 239.

(35) Así en el caso que comentamos se realizó la cita de Fallos 313:1366, en el consid. 17, señalando que “esta Corte ha admitido la aplicación de la legislación civil al ámbito del derecho administrativo”, Fallos 190:98 y 321:174.

(36) “Filcrosa SA”. Fallos 326:3899, consid. 17. SÁENZ, Jorge A., “Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad ‘contractual’) en el derecho administrativo argentino”, en ROSATTI, Horacio (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., p. 401.

Para concluir, la normativa del Cód. Civ. y Com. condiciona las potestades atribuidas a las administraciones, ya que las normas procedimentales no pueden apartarse del sistema establecido en la normativa de fondo, teniendo en cuenta las limitaciones arriba señaladas, y conforman un círculo de protección de los derechos reconocidos a las personas que no debe ser afectado.

LA RESCISIÓN POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO DE CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO ARGENTINO

POR PABLO ESTEBAN PERRINO

I. Contratos para el desarrollo de infraestructura de interés público y riesgos

En este trabajo examinaremos el tratamiento que se confiere en la Ley Nacional de Contratos de Participación Público Privada (1) 27.328 a la facultad del Estado de extinguir anticipadamente el vínculo contractual por la invocación de razones de interés público (2).

Como es evidente, se trata de una cuestión de suma importancia para cualquier interesado en contratar con el Estado o intervenir en el rol del financiamiento de un proyecto para la generación de infraestruc-

(1) La expresión "Participación Público-Privada" proviene de la traducción de la expresión anglosajona Public Private Partnership.

(2) Ello puede plasmarse, según el tipo de contrato, a través de las figuras de la resolución, rescisión o revocación (como comúnmente se la denomina en Argentina) por inoportunidad, mérito o conveniencia y del rescate. La diferencia fundamental entre la resolución, rescisión o revocación y el rescate radica en que esta última figura, cuyo ámbito de actuación se circunscribe a los contratos de gestión de servicios públicos y concesión de obra pública (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, p. 485), no provoca la extinción del servicio o de la obra concesionada, pues la Administración asume la ejecución del objeto del contrato que le había encomendado al contratista (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed. actual., t. III-A, p. 575; PRITZ, Osvaldo A. E., "El rescate", AA.VV., GONZÁLEZ DE AGUIRRE, Marta (coord.), *Los servicios públicos*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 181 y ss.).

tura de interés público por lo que, de no estar razonablemente regulada, puede aumentar considerablemente la exposición a riesgos (3) y llegar al punto de encarecer el proyecto e, incluso tornarlo inviable (4).

Si bien la asunción de riesgos es inherente al ejercicio de cualquier actividad empresarial, cuando esta tiene por objeto el desarrollo de proyectos de infraestructura de interés público, debido a la cuantía y a los largos períodos de maduración de las inversiones, los riesgos son sumamente altos y diversos (riesgos comerciales, de desarrollo del proyecto, de operación, financieros, regulatorios y políticos y derivados de situaciones de fuerza mayor) y pueden afectar la ecuación económica financiera del contrato (5).

(3) En tal sentido ha señalado Cassagne: Como condición básica para la implementación del financiamiento privado de obras públicas, el Estado precisa un alto estándar de seguridad jurídica, a través de regulaciones razonables y, sobre todo, estables, destinadas a perdurar en el tiempo, no solo porque este es un factor preponderante para atraer la participación misma del sector privado en emprendimientos públicos, sino también, como lo ha reconocido el propio Estado, porque el riesgo derivado de la falta de seguridad jurídica es un elemento que indudablemente encarece las obras” (CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., ps. 274-275).

(4) Financiamiento privado de infraestructuras. Estudio de alternativas y experiencias en proyectos de participación público-privada para América del Sur. Sector transporte”, Corporación Andina de Fomento, 2008, p. 198, <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01701.pdf>.

(5) El principio del mantenimiento de la ecuación económica financiera propio de la contratación pública no puede ser entendido como una suerte de seguro para el contratista frente a los eventuales déficit o malos resultados de la gestión contractual, pues este debe soportar, como regla, los riesgos previsibles que deriven del alea normal del negocio (conf. sala III de la CNFed. Cont. Adm., causa “Vector Ingeniería Soc. Colectiva c. Obras Sanitarias de la Nación”, sent. del 31/3/1999, LL 2000-C-159 la sala IV de la mencionada Cámara de Apelaciones, causa “Compañía Misionera de Construcciones SA c. Dirección Nac. de Vialidad”, sent. del 27/4/1998, LL 1999-A-162), mas no los que provienen de aleas administrativas o económicas imprevisibles, ajenas a su voluntad y susceptibles de afectar en su perjuicio las condiciones económicas pactadas al momento de celebración del contrato (conf. RODRÍGUEZ, Libardo R., *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Temis, Bogotá, 2012, 2ª ed., ps. 25-27 y ps. 32-37). En este sentido se ha escrito: “el derecho al mantenimiento del equilibrio de la concesión de servicio público, no puede ser identificado con el aseguramiento total y absoluto del beneficio industrial del concesionario (...) El mantenimiento del equilibrio económico no puede utilizarse para enmascarar la negligencia o la impericia gestora del concesionario, por lo que el adjudicatario deberá soportar las consecuencias derivadas de su propia torpeza empresarial” (BLANQUER CRIADO, David, *Las concesiones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ps. 1279).

En tal sentido, han puesto de resalto Levy y Spiller (6) que la principal diferencia entre los activos de infraestructura y otros tipos de capital está dada por el gran número de imperfecciones de mercado que caracteriza el sector de la infraestructura, lo que hace que la acumulación y operación de estos activos hagan necesario contar con normas que regulen la interacción de las partes y, por tanto, una amplia intervención del Estado. Entre las imperfecciones de mercado que estos autores identifican en la provisión de servicios de infraestructura se encuentran la presencia de activos hundidos (con altos capitales invertidos), que no pueden ser desmontados una vez instalados, tecnologías con importantes economías de escala y el carácter de consumo masivo que tienen los servicios prestados que los hace muy sensibles a las decisiones políticas. Este último punto alienta a la implementación de distintas regulaciones y controles por parte de los gobiernos, no solo para solucionar imperfecciones y externalidades sino como instrumento de política económica (p. ej., para redistribuir el ingreso).

II. La extinción de contratos administrativos por razones de interés público en el derecho argentino

Uno de los riesgos más importantes a los que se ven expuestos los contratistas y financiadores, y también difícil de atenuar, es el denominado “riesgo político” (7), esto es, el que deriva de aquellas medidas que pueden adoptar las autoridades públicas del país receptor de la inversión privada adversas al desarrollo del proyecto objeto del contrato (8).

(6) LEVY, Brian - SPILLER, Pablo T., “A framework for resolving the regulatory problem”, in LEVY, B. - SPILLER, P. (eds.), *Regulations, Institutions, and Commitment: Comparative Studies of Telecommunications (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, ps. 1 y ss.

(7) Conf. ver: “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 42, (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

(8) Los riesgos políticos suelen ser divididos en tres grandes categorías: a) riesgos políticos “tradicionales” (p. ej., nacionalización, expropiación de los bienes de la sociedad del proyecto o aumento de la carga fiscal que hagan peligrar la amortización de la deuda de la sociedad del proyecto o la recuperación del capital invertido); b) riesgos regulatorios (p. ej.: introducción de normas más severas para la prestación del servicio, cambios de reglas de juego, decisiones regulatorias influidas por el clima político y social, etc.); y c) riesgos de incumplimiento o cuasi comerciales (p. ej., incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad) (ver: “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre

Un ejemplo muy claro de este tipo de riesgo es el que tiene su causa en la facultad de las autoridades administrativas de extinguir en forma anticipada el contrato con fundamento en motivos de interés público o mérito, oportunidad o conveniencia (9). Se trata de supuestos de resolución unilateral, sin culpa de las partes y por una razón ajena al contratista como es “la existencia de causas sobrevinientes a la celebración del contrato que lo tornan inadecuado para cumplir sus fines” (10).

En el derecho argentino esta potestad estatal está expresamente consagrada en el régimen de contrataciones nacional en el art. 12, inc. b), párr. 2º, del dec. 1023/2001 (11), cuyo ámbito de aplicación es sumamente amplio, ya que alcanza a la generalidad de los contratos que cele-

proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 44, (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>) y FERRO, Gustavo, “Riesgo político y riesgo regulatorio: problemas en la concesión de sectores de infraestructura”, ps. 7-8, Serie de Textos de Discusión 25, CEER/UADE. 03/2001.

(9) Bien se ha dicho que “en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que ha de servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación” (RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, AF-DUDC, 12, 2008, 795).

(10) BERÇAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1980, 2ª ed., p. 500. Refiriéndose al rescate Aguilar Valdez escribe: “el mismo únicamente resultaría viable si el interés público invocado se fundase en las necesidades del servicio —v.gr. su reorganización, ulterior despublicación o desmonopolización, etc.— pero no en finalidades de índole fiscal o si lo que se pretendiese es confiar el servicio en iguales condiciones a otros prestadores privados; supuestos estos últimos que harían del rescate un acto viciado de desviación de poder” (AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos”, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Servicio público y policía*, El Derecho, Universitas, Buenos Aires, 2006, ps. 187 y ss.).

(11) El art. 12, inc. b), párr. 2º, del dec. 1023/2001 dispone “La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”. El art. 18 del dec.-ley 19.549, de procedimientos administrativos también contempla la facultad de la Administración Pública de revocar, modificar o sustituir actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados.

bra la Administración Pública (12) y también en el art. 95 de su dec. regl. 1030/2016 (13).

En el derecho argentino el ejercicio de esta prerrogativa administrativa está sujeto a escasas exigencias y puede ser empleada en cualquier momento durante la ejecución del contrato. Los tres únicos recaudos que debe reunirse son los siguientes:

a) el cumplimiento del debido procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo rescisorio, lo cual conlleva asegurar el derecho constitucional a ser oído previamente (14) (integrante de la tutela administrativa efectiva (15)) del contratista;

b) el deber de motivar (16) debidamente el acto administrativo rescisorio, explicitando las razones concretas de interés público que justifiquen una decisión tan gravosa (17);

c) indemnizar los perjuicios resultantes de la rescisión puesto las razones en que se sustenta no son imputables al contratista y se afecta su patrimonio. De lo contrario se lesionaría su derecho de propiedad

(12) El art. 4º del dec. 1023/2001 establece: "Contratos comprendidos. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias".

(13) El art. 95 del dec. 1030/2016 dispone: "Revocación, modificación o sustitución. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado".

(14) Art. 1º, inc. f), apart. 1º, dec.-ley 19.549.

(15) Ver PERRINO, Pablo E., "El derecho a la tutela administrativa efectiva", en AA.VV., *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75.

(16) Art. 7º, inc. d), dec.-ley 19.549.

(17) COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P. (coord., colab. y actualizador), *Curso de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 893 y BALBÍN, Carlos E., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, ps. 132-133. En tal sentido Marienhoff rotundamente afirma: "Tratándose de un acto que 'extingue' un derecho, la motivación del mismo es de 'principio'" (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, 2ª ed., t. III-A, p. 580).

(arts. 14 y 17 de la CN) e igualdad ante las cargas públicas (art. 16 de la CN), en virtud del sacrificio especial ocasionado y respecto del cual no tiene el deber jurídico de soportar.

III. Alcance de la indemnización

Si bien la doctrina argentina no es pacífica (18) acerca de cuál debe ser la extensión de la indemnización que el contratista tiene derecho a

(18) Para una posición, de carácter restrictiva, solo corresponde indemnizar el daño emergente. Quienes se enrolan en ella consideran que la revocación por inoportunidad se sustenta en principios similares a la expropiación por lo que, al igual que ocurre en materia de expropiación (art. 10, ley 21.499), se debe excluir el resarcimiento del lucro cesante. Asimismo, señalan que en la Constitución Nacional no existe ninguna disposición que consagre el principio de integralidad del resarcimiento (conf. MARIENHOFF, Miguel S., "El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", ED 114-949; "Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado"; COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. act. y ampl., ps. 381 y ss.; y HUTCHINSON, Tomás, "La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público", AAVV., *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 535 y ss.).

Otros autores entienden que cuando la Administración extingue un contrato por razones de oportunidad corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios comprensivo del lucro cesante, pues el contratista tiene al momento de celebrar el contrato una expectativa de lucro que integra su derecho de propiedad que la Constitución garantiza (arts. 14 y 17). Asimismo, afirman que más allá de los puntos en común que existen entre la expropiación y la revocación por inoportunidad, la primera está rodeada de un conjunto de garantías (tales como la intervención previa del legislador, el pago de la indemnización al tiempo de la privación de la propiedad, la imposibilidad pagar la indemnización mediante la entrega de bonos de consolidación, etc.) que están ausentes en la segunda, por lo que no es correcta asimilar sus consecuencias jurídicas (BERCAITZ, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 502-503; CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. II, ps. 483 y 486-487; BARRA, Rodolfo C., "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED 122-861; BIANCHI, Alberto B., "Nuevos alcances en la extensión en la responsabilidad del Estado", ED 111-550 y "Requisitos de procedencia de la responsabilidad estatal por actividad legislativa", RAP, nro. 248, p. 9; FONROUGE, Máximo, "La indemnización en la revocación del contrato administrativo por razones de oportunidad", AAVV. *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 554; PRITZ, Osvaldo Ángel F., "El rescate", AAVV. *Contratos administrativos*, cit., ps. 243 y ss.; AGUILAR VALDEZ, Oscar R., "Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos", cit., ps. 187 y ss.; MABROMATA, Enrique, "El lucro cesante en la revocación de los contratos administrativos", LL 1994-B-352; MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 131 y ss.; BOTASSI, Carlos A., *Contratos de la Administración provincial*, Scotti editora, La Plata, 1996, p. 92; BUJ MONTERO, Mónica, "Rescisión por inoportunidad o conveniencia. Interpretación uni-

percibir, el art. 12, inc. b), párr. 2º, del dec. 1023/2001 y el art. 95 de su dec. regl. 1030/2016, antes citados, contemplan un resarcimiento acotado que excluye el rubro lucro cesante. Esta solución coincide con la adoptada en el art. 5º de la Ley de Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, 26.944 (19) en el cual se prevé el alcance de la indemnización en los casos de responsabilidad por la actuación legítima del Estado (20) y se lo circunscribe al “valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

Hemos sostenido en diversos trabajos (21) que, la supresión del lucro cesante del alcance de la indemnización establecida en las disposiciones antes mencionadas presenta serios reparos constitucionales (22) y no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

lateral”, AA.VV., FARRANDO, Ismael (dir.), *Contratos administrativos*, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, ps. 551 y ss.) y ESCOLA, Héctor J., en COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio Pablo (coord., colab. y actualiz.), *Curso de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 893 y BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 132.

(19) Ver: PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 142 y ss.

(20) Las disposiciones de ley 26.944 se aplican supletoriamente a los contratos administrativos ante la ausencia de “normas específicas” (art. 10 de la ley citada).

(21) PERRINO, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, CASSAGNE, Juan Carlos - RIVERO YSERN, Enrique (dirs.), *La contratación pública*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, t. II, ps. 1119 y ss.; “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, JA del 11/11/2009; “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 239 y ss. y *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos...*, cit., ps. 165 y ss.

(22) Criticando el art. 5º de la LRE escribe Mairal: “Nuestra legislación, como también parte de nuestra doctrina, insisten así en identificar, y tratar bajo reglas idénticas, dos situaciones perfectamente diferenciables: la de quien es afectado por una medida de índole general que le ocasiona un agravio especial y que debe superar, para ser indemnizado, el principio de que nadie tiene derecho al mantenimiento de una situación legal o reglamentaria determinada (caso ‘Cantón’, por ejemplo), y la del titular de un derecho emanado de un contrato con el Estado que es vulnerado por el ejercicio de una prerrogativa pública específicamente dirigida a él. Solo en el primer caso puede decirse, estrictamente, que se trata de una responsabilidad de carácter ‘excepcional’ (LRE, art. 5º). En el segundo caso, no hay ‘excepcionalidad’ alguna; en todo país civilizado, el perjuicio causado al cocontratante se indemniza: en algunos países, el

De los arts. 14, 16, 17 y 19 de la CN y de la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Suprema nacional se desprende una regla muy clara que prescribe que la indemnización que el Estado debe pagar en los casos que perjudique los derechos de terceros, entre ellos cuando lo haga por motivos de interés público, debe ser “justa” (23), lo cual implica que no debe acarrear el despojo del derecho de propiedad del afectado (24),

Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español.

El legislador ha incurrido, así, en una doble generalización: primero subsume las dos situaciones descriptas en una sola y luego extiende a su respecto la regla de la expropiación que niega la compensación del lucro cesante, pese a la notoria diferencia que constituye la ausencia de una ley declaratoria de la utilidad pública. Con ello pone en cabeza del funcionario administrativo el enorme poder discrecional de privar al contratante de la ganancia que esperaba legítimamente obtener.” (MAIRAL, Héctor A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, ED del 26/11/2014).

(23) La Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia expropiatoria considera que el principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (art. 17 de la CN) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (CS, “Benítez, Fructuoso y otra c. Dirección Nacional de Vialidad”, Fallos 317:377 y “Agua y Energía Eléctrica SE c. Montelpare, Gustavo s/expropiación - incidente de desindexación”, Fallos 326:2329). El concepto de justa indemnización es empleado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los arts. 21, inc. 2 y 63, inc. 1º. El primero de ellos al regular el derecho de propiedad prescribe: *2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.* A su vez en el inc. 1º del art. 63 se dispone que cuando la Corte Interamericana decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y también, “si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. La expresión “justa indemnización” empleada en el art. 63, inc. 2º del Pacto de San José comprende tanto a los perjuicios materiales, lo incluye el daño emergente y el lucro cesante, como a los inmateriales (ver: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio - BENAVIDEZ HERNÁNDEZ, Marcela, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*, Porrúa, México, 2014, ps. 45 y ss.).

(24) Conf. voto concurrente del Dr. Bacqué emitido en el caso “Jucalán Forestal, Agropecuaria SA / Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios” (Fallos 312:2266), para fundar la indemnización del lucro cesante. En dicha causa se consideró responsable a la provincia demandada por la inundación de un establecimiento de campo, causado por las obras realizadas para evitar que las aguas afectaran sectores de alta productividad y centros poblados.

sino su restitución a la situación previa a la conducta dañosa (25). Y para que ello ocurra, la indemnización deberá comprender los beneficios económicos futuros (26) cuya existencia esté asegurada de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas, en tanto se encuentran amparados por la garantía del art. 17 de la CN (27).

Es que, como bien se ha escrito, “desde un punto de vista económico, aquello de lo que verdaderamente se ve privado el concesionario o licenciatario cuando se extingue anticipadamente una concesión no es tanto del valor del activo en sí mismo considerado —inversión particularizada— sino el de un negocio en marcha. Dicho de otra forma, a los efectos de determinar el verdadero sacrificio causado al concesionario por el rescate, poca importancia tiene lo invertido tiempo atrás en determinado bien sino que lo relevante está dado por la privación del derecho a continuar operando un negocio productor de beneficios. Recuérd-

(25) Conf. TAWIL, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 245 y PERRINO, Pablo E., “El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción del contrato administrativo por razones de interés público”, CASSAGNE, Juan Carlos - RIVERO YSERN, Enrique (dirs.), *La contratación pública*, cit., t. II, ps. 1119 y ss.; “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, JA del 11/11/2009 y “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita”, obra colectiva, *Responsabilidad del Estado*, cit., p. 239 y ss.

(26) La Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en una causa en la que se demandó al Estado Nacional a raíz de la expropiación de un ramal de una línea férrea expresó: “un bien vale, principalmente, por lo que produce o es capaz de producir en épocas o condiciones normales y por las perspectivas que ofrece; elementos constitutivos de lo que se llama ‘el negocio en marcha’” (causa “F.F.C.C. Entre Ríos c. Gobierno de la Nación”, sent. del 28/12/1936, Fallos 176:363).

(27) Si bien como regla el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación, ello no significa que no pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso. Pues, así como nos parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado también lo es reconocerlo sin limitación alguna (conf. voto concurrente del Dr. Bacqué antes citado). Es que la reparación en tales casos no puede constituirse en una fuente de beneficios o enriquecimiento para el afectado, quien no puede pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos (En igual sentido: BIANCHI, Alberto B., “El proyecto de ley de régimen general de los servicios públicos: una evaluación general”, obra colectiva, *Servicios públicos. Regulación 1er. Congreso nacional*, Díké, Mendoza, 2004, ps. 131 y ss. y argumento en los casos “Nación c. Dubini, José y Dubini, Ángel”, Fallos 184:142; “Lustig, Ladislao c. Dubcosky, Jaime - De la Plaza de Castañeda Vega, Silvia c. Provincia de Córdoba”, Fallos 202:81 y “Bco. Hipotecario Nacional c. Ratto de Prats, María E.”, Fallos 237:316).

dese que de nada vale un activo concesional si se ha privado a su titular del derecho a explotarlo (28) y que cuando este ofertó por la concesión lo hizo teniendo en consideración no el valor de los activos transferidos sino el flujo de fondos que dicha concesión en operación podía generar por medio de una gestión eficiente” (29). En igual línea de pensamiento dice Cassagne al referirse a situaciones de extinción anticipada de contratos por razones de interés público la indemnización, para ser justa y armonizar con la garantía constitucional de la propiedad, “tiene que representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato que se mide, como es obvio, de acuerdo con el plazo faltante para su ejecución y a la rentabilidad calculada, enderezada, en primer término a remunerar las inversiones” (30).

Además, en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha admitido la indemnización del lucro cesante en supuestos de extinción por razones de interés público de actos y contratos administrativos. Así ocurrió en la causa “Ingeniero Livio Dante Porta y Cía. SRL c. Empresa Ferrocarriles Argentinos” (31), fallada el 20/9/1973. El caso se originó a raíz de un contrato celebrado entre la referida firma y la empresa estatal, por el cual la primera se obligó a realizar un proyecto de locomotoras a vapor; la fabricación de diez de estas máquinas; de repuestos, y remodelación de otras locomotoras. La contratante rescindió el contrato por entender que existió incumplimiento de parte de la contratista y por razones de conveniencia administrativa. El alto tri-

(28) FONROUGE, Máximo, “Indemnización del contrato administrativo por razones de interés público”, en *Contratos administrativos*, cit., p. 557.

(29) AGUILAR VALDEZ, Oscar, “Caducidad, rescisión y recate...”, cit., p. 218.

(30) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. II, p. 488. Esta es la solución que impera en el derecho español. En el art. 288, incs. 1º y 4º del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se dispone que en el supuesto de rescate del servicio, además de abonarse al contratista “el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por este, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión”, “la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización”. También en Francia cuando la Administración resuelve unilateralmente un contrato por razones de interés general debe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante (conf. LAUBADÈRE, André de - MODERNE, Frank - DELVOLVE, Pierre, *Traité des contrats administratifs*, 2ª ed., LGDJ, París, 1984, ps. 734 *et seq.*; RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, París, 1995, ps. 188-189).

(31) Fallos 286:333.

bunal entendió que, de conformidad con las circunstancias de la causa, la extinción del contrato, al que calificó de naturaleza administrativa, debía considerarse —en realidad— como una “rescisión” unilateral de la Administración por motivos de oportunidad o conveniencia. Seguidamente, sostuvo que resultaba de aplicación al caso el art. 1638 del Cód. Civil, “según el cual el dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, aunque se haya empezado, indemnizando al locador todos su gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener por el contrato; pudiendo los jueces, en tal situación, reducir equitativamente la utilidad a reconocer si su aplicación estricta condujera a una notoria injusticia”.

Nuevamente el máximo tribunal examinó la cuestión al decidir el 20/9/1984 la causa “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SACIFI c. Dirección Nacional de Vialidad” (32), originado por la extinción unilateral de un contrato administrativo de obra pública antes de que tuviera ejecución, por motivos que fueron considerados como de oportunidad, mérito o conveniencia. También en esta ocasión la Corte —si bien por mayoría— admitió la reparación del lucro cesante con sustento en el art. 1638 del Cód. Civil, el cual consideró que era aplicable al caso por analogía.

Nueve años más adelante la Corte Suprema de Justicia volvió a pronunciarse ante una situación de finalización anticipada de un contrato de obra pública intelectual en los autos “Ruiz Orrico, Juan C. c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) (33)”, sentencia del 24/5/1993. En dicha ocasión alto tribunal confirmó la sentencia de Cámara que había condenado al pago de una indemnización por la extinción anticipada del contrato fijada en el 20% de los honorarios correspondientes a la dirección de obra. Para así decidir sostuvo que “la ley 13.064 no prevé la rescisión del contrato por la Administración sin culpa de la contratista, por lo que es aplicable supletoriamente el art. 1638 del Cód. Civil, norma que establece la facultad de los jueces de reducir equitativamente la utilidad a reconocer si su aplicación estricta condujera a una notoria injusticia”. Seguidamente expresó: “no corresponde aplicar ciegamente la noción de la reparación plena, cuando ello conduce a situaciones abusivas tales como la del locador que no ha sufrido el perjuicio o lo ha padecido en menor medida que aquella que se desprendería de una mera aplicación mecánica de la idea de daño indirecto o utilidad no alcanzada. En suma, el reconocimiento de la indemnización debe atender

(32) Fallos 306:1409.

(33) Fallos 316:1025.

a las circunstancias de cada caso (Fallos 296:729) a fin de recomponer, con equidad, la situación del contratista que ha invertido su trabajo y su capital para obtener una utilidad razonable y que ve frustrada su ganancia a raíz del desistimiento”.

Un nuevo pronunciamiento favorable al reconocimiento del lucro cesante emitió la Corte Suprema de Justicia el 28/7/2005 en la causa “El Jacarandá SA c. Estado Nacional” (34). El caso se había originado a raíz de la decisión del Poder Ejecutivo Nacional de dejar sin efecto la adjudicación a El Jacarandá SA de la explotación de la frecuencia correspondiente a LT. 14 Radio General Urquiza, de la ciudad de Paraná, y disponer la remisión de las actuaciones administrativas, generadas por la interposición de un recurso de reconsideración, a la Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación para la determinación del resarcimiento por daño emergente que correspondería a la empresa El Jacarandá S.A., conforme a las previsiones del art. 18 del dec.-ley 19.549. La Corte, partiendo de la base de que la revocación de la adjudicación de la licencia se había producido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y después de precisar “que la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación”, afirmó, con cita del fallo recaído *in re* “Eduardo Sánchez Granel”, que “no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306:1409, consids. 4 y 5; 316:1335, consid. 20)”.

Cuatro más tarde, el 9 de junio de 2009 *in re* “Zonas Francas Santa Cruz SA c. Estado Nacional —PEN— dec. 1583/1996 s/daños y perjuicios” (35), el alto tribunal tuvo una nueva ocasión para pronunciarse acerca de la extensión del resarcimiento en un supuesto de derogación de un régimen reglamentario por razones de oportunidad mérito y conveniencia. El reclamo indemnizatorio que motivó la intervención del superior tribunal de la República tuvo su causa en el dictado del dec. del Poder Ejecutivo Nacional 1583/1996, por el cual se había derogado el dec. 520/1995 que autorizaba la venta al por menor de mercaderías de origen extranjero provenientes de las Zonas Francas de Río Gallegos y Caleta Olivia, en diversas localidades de la provincia de Santa Cruz. Según la actora, fue en consideración a lo previsto en ese decreto que había optado por celebrar con la Provincia de Santa Cruz un contrato para el establecimiento y la explotación de las zonas francas de esas mismas localidades. A su

(34) Fallos 328:2654.

(35) Fallos 332:1367.

juicio, la modificación normativa ocasionada por la derogación del dec. 1583/1996 alteró sustancialmente las condiciones económicas y financieras que había tenido en cuenta al momento de presentarse en la licitación y tornaba ruinoso el cumplimiento de las obligaciones convenidas, razón por la cual rescindió el contrato que había celebrado con la provincia. A raíz de estos hechos, Zonas Francas Santa Cruz SA demandó al Estado Nacional a fin de que se lo condene a pagar los daños y perjuicios derivados del dictado del dec. 1583/1996, sobre la base de plantear su nulidad e inconstitucionalidad por carecer de causa y motivación suficientes y por desconocer derechos adquiridos nacidos del régimen jurídico derogado. Subsidiariamente, demandó el pago de una indemnización con sustento en la responsabilidad del estado por su actividad lícita.

Tanto en primera como en segunda instancia se entendió que el Estado tenía la obligación de compensar a la demandante por haberse lesionado derechos adquiridos nacidos al amparo de la normativa que había sido derogada, razón por la cual se condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante reclamado, más intereses.

Al conocer la Corte Suprema del recurso ordinario de apelación deducido por el Estado Nacional contra la sentencia de la alzada, la mayoría del tribunal resolvió revocar parcialmente el fallo apelado, y fijar la indemnización en una suma significativamente menor a la establecida por la cámara. El alto tribunal redujo el monto correspondiente a la reparación del daño emergente por estimar improcedentes algunos rubros reclamados en tal carácter. Respecto al lucro cesante, si bien reiteró el criterio favorable a su reconocimiento sentado en el citado caso “El Jacarandá”, rechazó en el caso su configuración por considerar insuficiente la prueba aportada a tal efecto.

A su vez, en la causa “Malma Trading SRL c. Estado Nacional-Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento” (36), fallada el 15/5/2014, la Corte Suprema de Justicia si bien rechazó el reclamo indemnizatorio del lucro cesante, no lo hizo por considerar que era como principio improcedente en el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad legítima, sino porque consideró que a su respecto, como al igual que con relación a algunos rubros integrantes del daño emergente, el actor no había acreditado que se trataba de perjuicios que constituían un sacrificio desigual, que excedía las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita. Dicha causa fue promovida por una empresa importadora contra el Estado Nacional

(36) Fallos 337:548.

(Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos) a fin de obtener una indemnización por los daños derivados de la decisión del Ministerio de Economía de no autorizar la importación de una cantidad determinada de motocicletas usadas. La demandante, de manera subsidiaria, fundó su reclamo en la responsabilidad del Estado por su actividad legítima. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró desierto el recurso ordinario de apelación en lo concerniente a los agravios vinculados a la configuración de un supuesto de responsabilidad del Estado por su accionar ilegítimo, pero hizo lugar parcialmente al mismo y declaró procedente el reclamo indemnizatorio con sustento en la responsabilidad estatal legítima de uno de los rubros integrantes del daño emergente. De este modo, el alto tribunal dejó sin efecto la sentencia de la Cámara que, al revocar la de la primera instancia, había rechazado *in totum* la pretensión de la actora.

IV. La regulación de la extinción por razones de interés público en la Ley de Contratos de Participación Público-Privada

Con la finalidad de propiciar la inversión privada necesaria para dar respuesta al grave déficit (37) que nuestro país tiene en materia de infraestructura pública (38), el 30 de noviembre de 2016 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.328, por la cual se regulan los denominados contratos de participación público-privada (contratos de PPP) (39), los cua-

(37) “En la Argentina la inversión en infraestructura como porcentaje del PIB cayó a la mitad en la última década. Particularmente, la participación del sector privado como proporción del producto se redujo ocho veces en relación con la anterior década” (CASTRO, L. - SZENKMAN, P. - LOTITTO, E. [marzo de 2015], “¿Cómo puede cerrar el próximo gobierno la brecha de infraestructura?”, *Documento de Políticas Públicas/Análisis*, nro. 148, CIPPEC, Buenos Aires).

(38) En la literatura económica existe un consenso generalizado de que la inversión en infraestructura pública es fundamental para generar el desarrollo económico-social y, de este modo, elevar la calidad de vida de las personas. En general, se considera que una adecuada dotación de infraestructuras básicas provoca un impacto altamente positivo en la productividad, el crecimiento económico y la competitividad internacional de un país y, por sobre todas las cosas, contribuye decisivamente al bienestar y prosperidad de la sociedad. (Ver: SQUIGLIA, Eduardo - DELGADO, Ricardo R. - DELGOBBO, Alberto L., *La infraestructura como factor de desarrollo de las economías regionales*, Fundación Benito Roggio, Buenos Aires, 1995 y ROZAS, Patricio - SÁNCHEZ, Ricardo, “Desarrollo de infraestructura y crecimiento económico: revisión conceptual”, CEPAL, Serie Recursos naturales e infraestructura, nro. 75, Santiago de Chile, octubre de 2004).

(39) Explica Araujo Barceló que la Colaboración Público-Privada ha adquirido una notoria relevancia en el ámbito internacional durante la última década. Han sido mu-

les constituyen un instrumento alternativo para la provisión de infraestructuras y servicios públicos (40).

Si bien no existe una noción uniforme e internacionalmente aceptada de los contratos de PPP, se los puede definir como: “acuerdos de cooperación entre entidades públicas y privadas conforme a los cuales, a través de diferentes técnicas, modalidades, y sistemas de transferencias de riesgos y consecuentes responsabilidades tienen por objeto el diseño, construcción, ampliación, mantenimiento, refacción, gestión y/o financiación de infraestructuras y servicios, públicos o de interés público; reteniéndolo invariablemente la Administración, las potestades de regulación y control de las actividades desarrolladas en tales casos” (41).

chos los países que han mostrado su interés sobre este fenómeno y han implementado nuevas fórmulas jurídicas-financieras con el propósito de conseguir una mayor implicación del sector privado en la construcción y gestión de bienes y equipamientos públicos, para poder atender así a las novedosas e ingentes necesidades de las sociedades desarrolladas de este nuevo siglo (ARAUJO BARCELÓ, Alejandro, “La colaboración público-privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre”, Documentos nro. 4/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Carlos III de Madrid).

(40) En tal sentido el art. 2º de la ley 27.328 prescribe: “Los contratos de participación público-privada constituyen una modalidad alternativa a los contratos regulados por las leyes 13.064 y 17.520, y sus modificatorias, y por el decreto 1023/2001 y sus modificatorias”.

(41) ARAGONE RIVOIR, Ignacio, “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en Latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* (REDETI), nro. 25, Madrid, 2006, ps. 11 y ss. Explica de la Riva que “Una de las constantes más destacadas que se viene observando a nivel macroeconómico en la mayor parte de los países occidentales en los últimos años reside en la preocupación por intentar armonizar la participación de los sectores público y privado en la ejecución de proyectos de infraestructura, con vistas a sumar las ventajas que pueda aportar cada una de esas órbitas. El objetivo consiste en identificar el esquema de articulación más apto para cada proyecto en particular, de modo de dar con la distribución de las cargas y riesgos que resulte más eficiente de cara a cada proyecto. Así nació la figura de la asociación público-privada, conocida también por las siglas ‘app’ o ‘ppp’ en razón de su denominación en inglés (*public-private partnership*).

”Esta expresión, en realidad, hace alusión a una multiplicidad de formas de colaboración entre los poderes públicos y las empresas privadas, destinadas a afrontar asociadamente tanto la construcción de obras de infraestructura como la prestación de servicios públicos” (DE LA RIVA, Ignacio M., “Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, nro. 17, primer semestre/2017, ps. 193 y ss. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/viewFile/4835/5698>).

Concorde con dicha noción, el art. 1º de la ley 27.328 dispone: “Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los *órganos* y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el art. 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

”Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

”El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

”Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer”.

En lo que concierne al objeto de este trabajo la ley 27.328 contempla un conjunto de garantías que vienen a equilibrar (no a suprimir) la facultad rescisoria del Estado por razones de mérito, oportunidad o conveniencia y a incentivar su uso prudente y meditado puesto que su ejercicio no condicionado “puede constituir un riesgo imponderable que ni el concesionario ni los prestamistas estén dispuestos a aceptar sin garantía suficiente de que recibirán una indemnización pronta y equitativa de toda pérdida que les sea ocasionada” (42). Lo que se busca es mitigar los riesgos que asumen los contratistas que tienen a su cargo la ejecución del proyecto de infraestructura, como la de los que lo financian (43), pues,

(42) “Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 174 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

(43) Afirma Mairal: “La posición del financista es la más vulnerable de todas dado que debe adelantar, al Encargado del Proyecto, fondos cuyo recupero estará sujeto a riesgos más variados y significativos que cuando presta a una empresa ya existente y con cierta trayectoria” (MAIRAL, Héctor A., “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos”, Rev. RAP, nro. 320, Buenos Aires, ps. 209 y ss.).

con la finalización anticipada del contrato, no podrán recuperar el flujo de fondos previsto y, muy probablemente, solo tendrán por delante un largo juicio frente al Estado (44).

IV.1. Regulación en el contrato de PPP

Uno de los aspectos más relevantes de los contratos de PPP, que permite distinguirlos de otras figuras contractuales tradicionales, es la modalidad de asignación de los riesgos entre cada una de las partes (45). Dicho reparto de riesgos no puede ser caprichoso u arbitrario, sino que debe responder a un principio de eficiencia muy concreto que indica que debe asumirlos el socio que esté en mejor condición para evitarlos (46).

La adecuada asignación de estos riesgos (distinguiendo entre los diferentes tipos de riesgos que existen) es el elemento clave para minimizar costes y aumentar la eficiencia de los proyectos. Ello tiene importantes repercusiones en el costo de capital y la remuneración del contratista.

Por tal razón, en los incs. b) y p) del art. 9º de la ley 27.328 se exige que en los contratos de participación público-privada se deberá establecer: “El equitativo y eficiente reparto de aportes y riesgos entre las partes del contrato, contemplando al efecto las mejores condiciones para prevenirlos, asumirlos o mitigarlos, de modo tal de minimizar el costo del proyecto y facilitar las condiciones de su financiamiento, incluyendo, entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato” (inc. b]) y “Las causales de extinción del contrato por cumplimiento del objeto, vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, culpa de alguna de las partes, razones de interés público u otras causales con indicación del procedimiento a seguir, las compensaciones procedentes en los casos de extinción anticipada, sus alcances y método de determinación y pago” (inc. p]).

(44) MAIRAL, Héctor A., “La asignación de riesgos en la financiación privada de proyectos”, Rev. RAP, nro. 320, ps. 209 y ss.

(45) En principio, el contratista debería asumir los riesgos que le son propios por su condición de constructor y empresario que explota un negocio, tales como el riesgo de construcción, el riesgo de disponibilidad, y otros riesgos comerciales. A su vez, es razonable que el Estado asuma el riesgo político que se deriva de la incertidumbre en el tiempo de los cambios en la política pública o en el marco regulatorio.

(46) ARAUJO BARCELÓ, Alejandro, “La colaboración público-privada: entre indeterminación, flexibilidad e incertidumbre”, Documentos nro. 4/2013, Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Carlos III de Madrid.

Conforme surge de las disposiciones transcritas, la facultad administrativa de rescindir anticipadamente el contrato y sus consecuencias debe ser expresamente previsto en el contrato de PPP (47). Como es evidente, con ello se aspira a dar previsibilidad y minimizar los conflictos entre las partes (48).

IV.2. Órgano competente

Según el art. 9º, inc. 12 del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328 “La extinción unilateral del Contrato PPP por razones de interés público deberá ser declarada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”.

Es razonable que dada la entidad y consecuencias que acarrea una decisión de este tenor sea el titular y “responsable político de la administración general del país” (49) el órgano competente para ello.

IV.3. Alcance de la indemnización

Frente al criterio restrictivo respecto del alcance de la indemnización que el Estado debe abonar al contratista cuando rescinde el contrato por razones de mérito, oportunidad o conveniencia previsto en el art. 12, inc. b), párr. 2º, del dec. 1023/2001, en el art. 95 de su dec. regl. 1030/2016 y en el art. 5º de la ley 26.944, en el art. 9º, inc. p) de la Ley de Contratos de PPP se prevé que en los casos de “extinción del contrato por razones

(47) En línea con ello UNCITRAL aconseja: “La posibilidad de una rescisión por motivos de interés público, dondequiera que exista, debe ser dada a conocer a los inversionistas eventuales desde el primer momento y deberá ser expresamente mencionada en el borrador de acuerdo de proyecto que se distribuya con la solicitud de propuestas contractuales” (“Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 42, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurement/pfip/guide/pfip-s.pdf>).

(48) También se requiere en el art. 9º, inc. w) de la ley 27.328 que en el contrato se establezcan “Los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y *terminación del contrato*. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes” (el resaltado es propio).

(49) Art. 99, inc. 1º, CN.

de interés público, no será de aplicación directa, supletoria ni analógica ninguna norma que establezca una limitación de responsabilidad, en especial aquellas contenidas en las leyes 21.499 y sus modificatorias y 26.944 y en el decreto 1023/01 (50) y sus modificatorias”.

Como consecuencia, de la inaplicación de las normas mencionadas, que excluyen la indemnización del lucro cesante, es evidente que este rubro puede integrar el resarcimiento en los casos que el Estado rescinda por motivos de interés público un contrato de PPP (51).

Confirma lo dicho y despeja cualquier duda que pudiera plantearse el art. 11 de la ley 27.328, el cual prescribe: “La responsabilidad patrimonial de las partes contratantes se sujetará a lo dispuesto en la presente ley, en su reglamentación, en los pliegos y en el contrato: Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes del Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

De tal modo, devienen inaplicables en los contratos de PPP el párr. 3º del art. 1º de la ley 26.944, de Responsabilidad del Estado y de los agentes y funcionarios públicos, y el art. 1764 de la legislación iusprivatista que establecen la inaplicación directa o supletoria de las normas de la responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado (52). En consecuencia, es posible acudir a las disposiciones pertinentes del Cód. Civ. y Com. que regulan la responsabilidad patrimonial para determinar el alcance de la indemnización.

Además, en el art. 10 de la ley 27.328 se fija dos pautas de suma trascendencia para la determinación de la compensación que debe pagar el Estado como son: que aquella nunca puede ser inferior a la inversión no amortizada (53) que efectuó el contratista y que debe asegurar el pago

(50) En el art. 31, inc. b) se determina que a los contratos de PPP no le será de aplicación directa, supletoria, ni analógicamente el dec. 1023/2001 sus modificatorias y su reglamentación.

(51) Afirma, con razón Mairal: “en todo país civilizado, el perjuicio causado al contratante se indemniza: en algunos países, el Estado carece de esa prerrogativa y, por ende, si la ejerce, incumple el contrato y debe indemnización plena, mientras que en Francia, de cuyo derecho tomamos esas prerrogativas, se indemniza incluso el lucro cesante, regla que también rige en el derecho español” (MAIRAL, Héctor A., “La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial”, ED 260-641).

(52) Ver: PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos...*, cit., ps. 52 y ss.

(53) “La rescisión del acuerdo de proyecto puede producirse antes de que el concesionario haya podido recuperar el capital invertido, reembolsar sus deudas y obtener la ganancia prevista, lo que puede suponer una muy notable pérdida para el concesio-

del crédito tomado para financiar (54) el desarrollo del proyecto objeto del contrato (55).

En cuanto a la metodología de valuación y el procedimiento de determinación de la indemnización, con buen criterio, en el párr. 1º del art. 10 del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328, se determina que “será establecida en el Pliego y en el Contrato PPP, en base a los principios y procedimientos que, de modo general e internacionalmente, sean aceptados en la materia”.

IV.4. Pago previo de la indemnización

La otra garantía que se prevé en el art. 10 de la ley de cita y que constituye una novedad en nuestro derecho, apunta al momento en que la autoridad contratante que decidió extinguir anticipadamente el contrato debe proceder al pago de la indemnización. Al igual que ocurre en materia de expropiación (56), se exige que antes de la toma de posesión de los activos del contratista se abone el resarcimiento pertinente.

Cabe recordar que un relevante sector de la doctrina sostiene que en los supuestos de revocación de actos y contratos administrativos debe aplicarse el régimen jurídico de la expropiación, incluso postu-

nario. La autoridad contratante podría también sufrir pérdidas, al verse tal vez obligada a efectuar una inversión adicional o importantes gastos para, por ejemplo, terminar las obras o mantener en funcionamiento el servicio. Por todo ello, el acuerdo de proyecto suele regular en detalle los derechos y las obligaciones financieras de las partes en el momento de la *rescission*” (“Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>)).

(54) “La rescisión del proyecto suele figurar como supuesto de incumplimiento en los acuerdos de préstamo del concesionario. Dado que los acuerdos de préstamo suelen incluir una denominada ‘cláusula de aceleración’ por la que la deuda vence en su totalidad en el supuesto de incumplimiento, la totalidad de la deuda pendiente al rescindirse el acuerdo del proyecto sería exigible y contabilizable como pérdida inmediata del concesionario” (“Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada”, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. 180 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/pfip/guide/pfip-s.pdf>)).

(55) Acertadamente en el párr. 2º del art. 10 del Anexo I del dec. 118/2017, reglamentario de la ley 27.328 se precisa que “solo corresponderá asegurar el repago del financiamiento pendiente de cancelación que hubiese sido efectivamente aplicado al Proyecto”.

(56) Art. 17 de la CN.

lando la necesidad de que medie una declaración legislativa de interés público (57). Así, Cassagne, después de afirmar que el fundamento de la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia tiene cierta similitud con la expropiación, donde el interés privado cede frente al interés público, concluye que en tales casos debe aplicarse en lo pertinente el régimen jurídico del instituto expropiatorio, en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la CN (58).

A su vez, Gordillo escribe: “Toda forma de sustitución de un derecho amparado por la garantía constitucional de la propiedad, por una indemnización, debe regirse por el procedimiento expropiatorio stricto sensu del dec.-ley 21.499/77, el cual supone la calificación de utilidad pública por ley formal con algún grado de especificidad, con más el pago en dinero efectivo (art. 12), en base a una tasación específica para el bien de que se trate (art. 13), más la actualización pertinente desde la desposesión hasta ‘el momento del efectivo pago’ (art. 20) y un incremento indemnizatorio del 10% en caso de avenimiento directo (art. 13). El Estado solo puede recurrir al procedimiento judicial, pidiendo la posesión a cambio de la suma que deposita, si demuestra haber cumplido los pasos del procedimiento extrajudicial (especialmente, la tasación actualizada y específica del bien concreto que se quiere extraer del patrimonio privado) y haber estos fracasado por falta de avenimiento del particular. Por ello, no es constitucionalmente admisible ni sistemático, admitir en el derecho argentino la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, cuando se trata de actos que confieren derechos estables amparados por la garantía constitucional de la propiedad, sin previa ley especial que en forma razonable los califique de utilidad pública y sujetos a expropiación” (59).

Por su parte, Maqueda Fourcade explica que “la admisión del carácter expropiatorio de la revocación por oportunidad, mérito y convenien-

(57) Mairal ha señalado que la analogía de la extinción anticipada de un contratos administrativo por razones de interés público “con la expropiación es particularmente inapropiada: una cosa es el sacrificio de la propiedad privada ante la utilidad pública que declara una ley del Congreso, y otra muy distinta es otorgar al presidente, gobernador, intendente o ministro de turno la posibilidad, ante el silencio del contrato, de privar a cualquier contratista del Estado de sus legítimas expectativas de ganancias mediante la mera alegación, que por lo general será judicialmente irrevisible, del interés público” (MAIRAL, Héctor A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED 179-655).

(58) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 827.

(59) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, FDA, Buenos Aires, cap. VI, ps. 32-34 y cap. XIII, p. 22.

cia, tendría relevantes consecuencias normativas, entre las que cabe señalar que: (i) integraría las facultades del Congreso; (ii) la revocación solo podría disponerse mediando una declaración específica o genérica de utilidad pública del Congreso; (iii) la indemnización debería ser justa e integral, y debería pagarse previamente; y (iv) el Congreso solo podría delegar dicha facultad conforme a las pautas del art. 76 de la Constitución nacional, pudiendo considerarse que se trata de una de las ‘materias determinadas de administración’. El actual art. 18 de la LNPA, así, no parecería satisfacer dichas exigencias constitucionales, pues implicaría una delegación permanente y sin bases para el ejercicio de dicha facultad expropiatoria” (60).

V. Conclusión

La posibilidad de que el Estado por razones interés público pueda llegar a extinguir un contrato en cualquier momento —en particular aquellos por los cuales se viabilizan proyectos de infraestructura pública— y que solo indemnice al contratista el daño emergente irrogado, más allá de los reparos constitucionales que pueda suscitar, constituye un serio riesgo contractual de muy difícil ponderación que puede llegar a tornar inviable la contratación o encarecerla innecesariamente. Enhorabuena, las disposiciones comentadas de ley 27.328 vienen a poner un contrapeso y a desalentar el ejercicio abusivo a una de las más relevantes potestades de la Administración en la contratación pública.

(60) MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “La expropiación mediante la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia de actos administrativos”, ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Asociación de Docentes, UBA, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2014, p. 184, <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/002-edp-2-maqueda-f.pdf>.

LAS NULIDADES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

(A PROPÓSITO DE SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN
DE NULIDADES DE LA LEY 19.549)

POR GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “Cód. Civ. y Com.”), sancionado mediante la ley 26.994, representa un hito trascendental en la evolución jurídica de nuestro país que, además de unificar la materia civil y comercial —en línea con las legislaciones más avanzadas—, ha abrevado en los antecedentes de reforma al Cód. Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, elaborados a lo largo de la pasada centuria. Todo ello lo ha hecho con una técnica de redacción más concisa y exacta, lo que ha permitido reducir considerablemente su articulado en comparación al de su predecesor. Además del debate y participación de distinguidos juristas, así como de la recepción de criterios jurisprudenciales y doctrinarios dominantes, el nuevo Código imprime a su sistemática diversas concepciones valorativas que merecen nuestro encomio, entre ellas, la *constitucionalización* del derecho privado y, con ello, de los principios generales de derecho incorporados a nuestro plexo constitucional con la reforma de 1994 (art. 75. inc. 22).

No es este el lugar —ni tampoco el propósito—, para realizar una valoración integral de la flamante normativa, sino, como sugiere el título, este trabajo se limitará estudiar las probables “puntos de contacto” (1) o las “relaciones de continuidad” o de “contactos sucesivos” (2), que pue-

(1) MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, 2ª ed., trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, t. I., p. 181.

(2) BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, J. Lajouane, Buenos Aires, 1923, ps. 18-21.

den generarse entre el tratamiento que esta brinda al subsistema de nulidades y el que estipula la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 (en adelante, la "LNPA").

Por idénticos motivos el análisis del nuevo subsistema de invalidez del Cód. Civ. y Com. apenas superará lo descriptivo, en el entendimiento de que una mínima consideración analítica de las novedades que introduce es necesaria para poner en su justo quicio la influencia que puede tener respecto al régimen de invalidez del acto administrativo en la LNPA.

En los párrafos siguientes pasaremos a analizar la cuestión.

II. La influencia del derecho civil en el derecho administrativo

En nuestro país, el abandono de la concepción clásica que miraba al derecho administrativo como un derecho de carácter excepcional y exorbitante del derecho privado y no como una disciplina que se abasteciera de principios y normas que son peculiares del derecho público, no fue sino el resultado de un largo recorrido en el que la labor de la jurisprudencia jugó un destacado papel. Y fue, precisamente, en materia de nulidades, en el caso "Los Lagos" (3), la oportunidad en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo resolver una controversia echando mano a una visión que, edificada a través de la analogía, resultó superadora del viejo esquema que relegaba al derecho administrativo a un papel de completa subordinación al derecho privado (4).

Antes de la emisión del fallo, en la obra más arriba citada, Bielsa había estudiado las relaciones entre el Código Civil (en adelante "Cód. Civil") y el derecho administrativo, llegando a la conclusión de que existían institutos previamente desarrollados y positivamente concretados en el derecho privado, dado el desarrollo relativamente más reciente de este último por contraposición al primero, pero que, en definitiva, resultaban aplicables a ambas especies de derechos con las particularidades propias de cada uno de ellos (5).

En esa línea puede decirse que, en la construcción de una teoría de las nulidades administrativas, como en otras materias, se produjo, en palabras de Martín-Retortillo Baquer, un "préstamo" de instituciones del

(3) Fallos 190:142 (1941).

(4) Para una ampliación del tema ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad en los actos administrativos*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2013, ps. 71-113.

(5) BIELSA, Rafael, *Relaciones del Código Civil...*, ob. y loc. cit.

derecho privado al público (6). Y, a partir de ese “préstamo”, es que este último pudo edificar la construcción de sus propios desarrollos, a través de la labor doctrinaria, jurisprudencial y, finalmente, normativa (7).

Debemos, no obstante, advertir que, tanto la teoría del acto jurídico como la de su invalidez —el acto administrativo no deja de ser, en definitiva, una especie de este— (8), encarnan “conceptos fundamentales” aplicables a distintas ramas del derecho y no de uso monopólico por el derecho civil (9).

Por ello, ante la inexistencia de una ley que regulara específicamente la cuestión, omisión que recién fue salvada en 1972 con la inclusión del tratamiento de las nulidades del acto administrativo en el articulado de la LNPA, resultaba perfectamente aceptable la utilización por los jueces de los principios del Cód. Civil, a condición de no preconizar una identidad de soluciones ni de reglas.

Precisamente este era el error en el que caía la jurisprudencia anterior a “Los Lagos”, al momento de juzgar la invalidez de los actos administrativos, pues, como veremos, aplicaba lisa y llanamente las normas

(6) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y sus instituciones*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995, p. 25. Este autor distingue, así, el “préstamo” (*le donné*) de técnicas y reglas privadas, de la “construcción” (*le construit*) administrativista de sus instituciones y plantea la cuestión como una “batalla” que el derecho administrativo ha debido librar en dos frentes: dentro del ámbito del derecho público, específicamente del derecho constitucional, por un lado, y respecto al derecho civil, por el otro, “...cuya influencia estructural ha estado tutelar y generosamente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del derecho administrativo”.

(7) Véase también el tratamiento que efectúa ABAD HERNANDO, Jesús, “El problema de la influencia del derecho civil en su génesis”, en *Estudios de derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, ps. 27-101.

(8) Ver en tal sentido: CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo (teoría y régimen jurídico)*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 26; CUADROS, Oscar A., “El acto administrativo como acto jurídico”, en obra colectiva, *Cuestiones de acto administrativo. Reglamento y otras fuentes de derecho administrativo*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2009, ps. 49-57.

(9) KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, trad. de la 2ª ed. alemana de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, ps. 205-206. Para Ferrajoli se trataría de un término convencionalmente elaborado por el teórico, una abstracción que sirve para explicar sistemáticamente diversos fenómenos observados en sede dogmática, al igual que, por ejemplo, acontece con el concepto de “norma” (cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, teoría del derecho y de la democracia*, 1ª ed. española, Trotta, Madrid, 2011, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, t. I, ps. 45-46).

del Cód. Civil (arts. 1037 y ss.) sin advertir que este “caso administrativo no previsto”, en la terminología de Linares (10), debía resolverse por aplicación analógica —y no directa— de esas reglas, dada la distinta función que cumple el instituto de la nulidad en uno y otro campo.

Se incurría reiteradamente, así, en el desacierto de aplicar el Cód. Civil en materias de derecho administrativo, partiendo de la falta de consideración de este último como derecho estatal, creación exclusiva del Estado que nada tiene que ver con la disciplina privatista que se genera y causa, en gran parte, a partir de la autonomía de la voluntad de los individuos (11).

Las reglas civilistas no podían, obviamente, contemplar la posición de la Administración frente a los particulares que es cosa bien distinta a la vinculación de estos entre sí. Así, las prerrogativas de poder público (autotutelas declarativas y ejecutivas) que se le confieren para la realización del bien común, justificaban un tratamiento diferenciado de la materia, cuyas bases fueron sentadas por el fallo citado.

En suma, todas esas ideas claves, que tiñeron de exorbitancia al régimen administrativo, conformaron una dialéctica ajena a la del derecho privado (12), llegando a expresarse que este último era repudiado “en bloque” por parte del derecho administrativo (13). Pero ese “repudio”, acaso cimentado en la imperiosa necesidad de una disciplina más joven de adquirir identidad propia, no le impidió a la Corte construir, en el mencionado precedente, una solución acorde al sustrato fáctico del caso e inspirada rectamente en valoraciones de justicia.

Antes de estudiar el caso “Los Lagos” sistematizaremos sucintamente el régimen de nulidades que preveía el Cód. Civil y repasaremos la jurisprudencia anterior a dicho pronunciamiento.

(10) LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, Astrea, Buenos Aires, 1976, ps. 17-24, autor para quien el “caso no previsto” (o ley insuficiente) comprende las especies de: ley incompleta (la que carece de algún elemento en la endonorma o en la perinorma); ley de individuación estrecha (la que no puede aplicarse literalmente en ciertos casos) y la ley faltante (o caso no previsto en sentido estricto).

(11) DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, ps. 427-431.

(12) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis...*, cit., p. 29.

(13) VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, París, 1961, p. 45.

III. El subsistema de nulidades del Código Civil

III.1. Introducción

En general, la doctrina clásica entiende que la nulidad es una sanción legal que priva al acto jurídico de sus efectos propios, es decir, los que normalmente debía producir, dispensándole un tratamiento distinto que implica asignarle efectos impropios, en razón de la existencia de un defecto o vicio al momento de su celebración (14).

Autores modernos sostienen que la nulidad es un supuesto de inidoneidad estructural del negocio, que debe incluirse dentro del más genérico de ineficacia de los actos jurídicos, comprensivo también de la inidoneidad funcional del negocio (resolución, revocación, rescisión) (15). Consideramos, sin embargo, que se trata de una precisión terminológica que no afecta el núcleo esencial del concepto.

Es rasgo característico, en general, que en el acto jurídico las nulidades sean relativas y, por ende, confirmables, pues, su razón de ser estriba fundamentalmente en la necesidad de tutelarse intereses particulares. En el acto administrativo, en cambio, por encontrarse siempre presente el interés público, la solución debe ser otra, según diremos enseguida.

Hecha esta salvedad, y desde una postura sistémica que, entendemos insoslayable para abordar el análisis de todos los fenómenos jurídicos (16), no podemos dejar de expresar que la teoría de la invalidez del acto jurídico —y el acto administrativo, reiteramos, no deja de ser una especie de este— es un *supraconcepto* aplicable a distintas ramas del derecho y no de uso monopólico por el derecho civil.

(14) Cfr. por todos: SALVAT, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 5ª ed., Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1931, p. 1071; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 565; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 8ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II, p. 404. Para cierta opinión no se trataría de una sanción, al no constituirse en violación al orden jurídico, sino de un tratamiento especial que la ley otorga ante el acto que presenta imperfecciones (NIETO BLANC, Ernesto, “Consideraciones sobre el concepto de invalidez [nulidad] de los actos jurídicos”, LL 104-1014 y ss.).

(15) ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 123-127. El Cód. Civ. y Com., considera a la nulidad de los actos jurídicos, junto con la inoponibilidad, como un supuesto de *ineficacia* en su art. 382 (ver, al respecto, LORENZETTI, Ricardo L. [dir.], *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 503-507).

(16) Ampliar en nuestra citada obra: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La voluntad...*, cit., ps. 29-36.

III.2. El subsistema de nulidades del Código Civil

La técnica del Cód. Civil distaba de ser simple, fundamentalmente porque la teoría general de las nulidades adoptada por Vélez no reconocía como fuente al *Code* sino que, la casi totalidad del Título VII del Libro II, salvo algunas referencias a Aubry y Rau, estaba inspirada en el *Esboço* de Freitas y en el Cód. Civil chileno redactado por Bello, para los arts. 1047 y 1048 que trataban, respectivamente, de la nulidad relativa y absoluta (17).

Tal amalgama de antecedentes hubo de dar como fruto un sistema de doble clasificación, absolutamente único en la legislación comparada que reposaba sobre dos ejes cardinales.

El uno atendía a la manera de presentarse el defecto: actos nulos o anulables; el otro a la intensidad de la sanción: más grave cuando hay un interés público comprometido (nulidad absoluta), más benigna si se protegen intereses privados (nulidad relativa). Se trataba de dos clasificaciones que se interferían recíprocamente, de modo tal que cabía considerar la posibilidad de verificarse actos nulos y anulables de nulidad absoluta y actos nulos y anulables de nulidad relativa. El Cód. Civil, en consecuencia, no seguía la clasificación bipartita nulidad absoluta-nulidad relativa que campea, por ejemplo, en el Cód. Civil francés (18), o en el Cód. Civil español. El alemán distingue entre actos nulos e impugnables, correspondiendo, se aclara, a los primeros una nulidad absoluta y a los segundos una decisión de la parte para su declaración judicial; se trata de “nulidades potestativas” (19).

De acuerdo con el Cód. Civil, entonces, nulidad absoluta era aquella que tutelaba el orden público y los intereses generales, característica de la que se derivaban una serie de consecuencias: a) podía y debía ser declarada por el juez cuando aparecía manifiesta en el acto (art. 1047, parte 1ª); b) podía ser alegada por cualquier particular interesado, excepto por aquel que había ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1047, parte 2ª); c) el Ministerio Público podía

(17) Ampliar en nuestro trabajo: “Nulidad manifiesta y vicio no ostensible”, ED 138-981 y ss.

(18) RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1965, trad. de Delia García Daireaux, t. IV, ps. 418 y ss., obviamente, con exclusiva referencia a la figura del contrato, por carecer el Cód. Civil francés de una teoría general del acto jurídico.

(19) Cfr. VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, Reus, Madrid, trad. de W. Roces, 1999, t. I, ps. 162-167.

pedir su declaración en el solo interés de la moral o de la ley (art. 1047, parte 3ª); d) no era confirmable (art. 1047, parte 3ª) y; e) era imprescriptible. Mientras que la nulidad relativa tutelaba intereses privados por lo que, a contrario: a) no podía ser declarada por el juez, sino a petición de parte (art. 1048, parte 1ª); b) no la podía alegar el Ministerio Público en el solo interés de la ley (art. 1048); c) solo la podían aducir aquellos en cuyo beneficio se había establecido por la ley; d) era confirmable y; e) era prescriptible.

En lo que atañe a la distinción entre actos nulos y anulables, que el Código no definía, ella surgía de la enumeración de los supuestos contenidos en sus arts. 1041 a 1045. Había sido obra de la doctrina, especialmente de Llambías, la diferenciación entre ambas especies. Este autor deslizó las notas tipificantes de una y otra especie en un trabajo publicado en el año 1948 (20), luego seguido en sus obras posteriores y por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, de manera prácticamente con teste. Según este criterio, la distinción fincaba en el carácter del vicio que se presentaba como rígido, insusceptible de apreciación cuantitativa, variable en los actos de la misma especie, no dependiente de apreciación judicial en los actos nulos; siendo, por el contrario, en los anulables, flexible, susceptible de estimación cuantitativa, variable en los actos de la misma especie, dependiente antes de circunstancias de hecho que de la disposición del derecho y que resultaba indispensable someterlo a la apreciación del magistrado.

Para Borda el acto nulo presentaba un vicio patente y notorio y su nulidad no dependía de juzgamiento, por ser manifiesta. Si para descubrir el defecto resultaba necesario realizar una investigación de hecho, el acto era anulable y la nulidad no manifiesta. El carácter patente del vicio jugaba, entonces, según este autor, para determinar la posibilidad del juez de anular de oficio el acto cuando, además, la nulidad fuere absoluta (art. 1047, parte 1ª) (21).

Por su parte, Zannoni, entendió que en los actos nulos el vicio aparecía tipificado *a priori* por la norma, mientras que en los anulables tal

(20) LLAMBÍAS, Jorge J., "Diferencia específica entre inexistencia y nulidad", LL 50-876 y ss.

(21) BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., p. 411. Como hemos dicho en otra oportunidad, precisamente lo "manifiesto" del acto no hace a la ostensibilidad visual del vicio, sino a la innecesariedad de una actividad de juzgamiento por parte del magistrado. En esta exégesis, el vicio manifiesto puede comprobarse aun con la aportación de prueba "literal" (una partida, una escritura, etc.) y posibilita la declaración de oficio de la nulidad cuando, además, es absoluta (ver: SILVA TAMAYO, Gustavo, "Nulidad...", cit.).

tipificación normativa era *a posteriori*, dependiente de la investigación y calificación que el juez haga del mismo (22).

El código, además, sentaba una prescripción lógica pero que carecía de relevancia práctica en su art. 1046, al reputar válidos a los actos anulables mientras no fuesen anulados y tenerlos por nulos "...desde el día de la sentencia que los anulase".

III.3. Otras clasificaciones que surgían del Código Civil

Al lado de las dos categorías más relevantes que regulaba el Cód. Civil aparecían otras tales como:

III.3.1. Nulidad manifiesta y no manifiesta

Se trataba de una clasificación que, coincidía con la de actos nulos y anulables, pues el art. 1038 del Cód. Civil vinculaba tal característica con la categoría de acto nulo. Entendimos en su momento que esta distinción no informaba una categoría con entidad propia, sino que estaba ligada a la forma de presentarse el vicio en los actos, según fuesen nulos o anulables y que cierta doctrina confundió con la ostensibilidad visual del vicio (23).

III.3.2. Nulidad total y parcial

Surgía del art. 1039 del Código y se vinculaba con la posibilidad de declararse la nulidad de una cláusula, siempre que fuese separable, es decir, que no perjudicase a las restantes. De lo contrario se imponía la nulidad del acto (24).

III.3.3. Nulidades expresas y virtuales o implícitas

En torno a la posibilidad de admisión de otras nulidades no taxativamente enunciadas por el Código, y en virtud de los antecedentes del

(22) ZANNONI, Eduardo, *Ineficacia...*, cit., ps. 172-173.

(23) Cfr. SILVA TAMAYO, Gustavo E., "Nulidad...", cit.

(24) Borda se pronunció en contra de la utilidad de esta distinción, mayor en materia testamentaria que en el campo contractual, donde, generalmente, las cláusulas forman un todo inescindible. No obstante admitió excepciones en los casos de cláusulas nulas que son sustituidas de *iure* por normas imperativas (*Tratado...*, cit., t. II, ps. 421-422).

derecho francés (la regla *pas de nullité sans texte*), se había suscitado una polémica entre los iusprivatistas. La postura adversa fincó su intelección en la letra del art. 1037 que impedía a los jueces declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las establecidas en el código (25).

Sin embargo, resultó predominante la opinión refractaria a esta interpretación tan restrictiva coligiéndose que la directiva del art. 1037 era una pauta interpretativa que impedía a los jueces decretar la nulidad por la nulidad misma, pero que debía compatibilizarse con él, a nuestro entender, principio general de derecho, contenido en el art. 18 del mismo cuerpo legal: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención” (26). En nuestra opinión esta clasificación conjugaba las atribuciones del juez de declarar de oficio la nulidad “manifiesta” (acto nulo) cuando advirtiese que se encontraban comprometidos intereses de orden superior.

III.4. Efectos de la declaración de nulidad

Entre partes, el principio general que contenía el art. 1050 del Cód. Civil era que “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado”, regla que se erigía como un corolario lógico de lo que debe entenderse por anular, pues ello implica tener por no ocurrido el acto, privarlo de sus efectos. Como consecuencia de esta directriz, las partes debían restituirse recíprocamente lo entregado, de acuerdo con el art. 1052.

El Código estipulaba soluciones especiales para la restitución entre las partes en los actos bilaterales cuando el objeto de ambas obligaciones consistiera en cosas productoras de frutos (art. 1053) o cuando una sola de ellas fuese fructífera (art. 1054). Por su parte, el art. 1055 se refería a las cosas fungibles que no debían restituirse si eran consumidas de buena fe.

(25) La opinión, entre otros de MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, J. Lajouanne, Buenos Aires, 1898, t. 3, nota al art. 1037, p. 303 y de LAFAILLE, Héctor, *Apuntes de derecho civil. Primer curso*, compilados por Busso y Morixe, Buenos Aires, 1922, t. II, p. 241.

(26) Así, lo consignaron: SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta P. Coni, Buenos Aires, 1881, t. I, p. 292; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 568-570; BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 422-424; ARAÚZ CASTEX, Manuel, *Derecho...*, cit., t. II, ps. 436-439; CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, ps. 596-599.

Llambías había considerado que las pautas contenidas en estos artículos se aplicaban solo a los actos anulables y no respecto a los nulos que se regían, según este doctrinario, por los principios generales de restitución de cosas ajenas y de adquisición de frutos, con fundamento en que en el acto nulo la invalidez es independiente de la sentencia (27). Sin embargo, aun cuando el distingo tenía raíz lógica en la disímil estructura del acto nulo respecto del anulable, el art. 1053 no establecía esta distinción y en los hechos las consecuencias se equiparaban.

Respecto de terceros, el agregado introducido al art. 1051 por la ley 17.711 dejó a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable, como excepción a la regla del *nemo plus iuris*.

IV. La aplicación directa del Código Civil para decidir la nulidad de los actos administrativos

Hemos adelantado que hasta la emisión del fallo “Los Lagos”, la Corte aplicaba en forma literal y directa las normas del Cód. Civil en la materia. Examinaremos, pues, someramente, algunos pronunciamientos en los que el Alto Tribunal utilizó las previsiones de la obra velezana para invalidar típicos actos administrativos; en todas estas incorrectas elaboraciones creemos ver, además de la obvia carencia de un sustento teórico propio, una resistencia inercial al abandono de la teoría de la doble personalidad estatal.

Así, en la causa “La Provincia de Santa Fe contra Don Marciano Molina sobre nulidad y devolución de documentos” (1902) (28) el Máximo Tribunal entendió que “De los principios generales del derecho no surge la necesidad del juicio político para que el Poder Ejecutivo Provincial pueda demandar u oponer en juicio la nulidad de los actos administrativos, con el fin de conseguir la devolución de documentos u otros fines; y teniendo las provincias el carácter de personas jurídicas para los efectos y en las condiciones previstas en el Cód. Civil, sus representantes actuales se hallan investidos de las facultades indispensables para la defensa de los intereses privados de la misma, en tanto no haya prohibición alguna al respecto”.

(27) LLAMBÍAS, Jorge J., *Efectos de la declaración de nulidad y de la anulación de los actos jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, edición preparada por Patricio J. Raffo Benegas, ps. 39 y ss.

(28) Fallos 96: 354.

En el juicio, la Provincia de Santa Fe reclamaba la nulidad de unas órdenes de pago obtenidas de la Contaduría de la Provincia que el actor había obtenido por cesión de derechos y acciones a unos campos que se suponían ocupados por el gobierno local.

Ese mismo año, en “Arrol Brothers Limited y otro c. la Provincia de Buenos Aires, sobre cumplimiento de contrato” (29), dicha provincia desconoció la validez de un decreto que había modificado las condiciones de un contrato de construcción de obras en el Puerto de Ensenada, aprobado por la legislatura local. Allí la Corte estimó “...que habiendo la Legislatura de la Provincia ordenado expresamente que la construcción de los galpones del puerto se haga sacando la obra a licitación pública bajo determinadas bases aprobadas por el P.E. dicho está, por ello, que el contrato que ha de celebrarse para la ejecución de esta obra ha de contener la aceptación de estas bases, porque de otro modo, el contrato del 10 de octubre de 1891, no sería el resultado de la mejor postura de la licitación, la forma expresamente prescripta por la ley, lo que necesariamente tiene que producir la nulidad del contrato, como acto jurídico, en virtud de la expresa disposición del art. 1044 del Cód. Civil”.

En el caso “Fisco Nacional s/nulidad de un decreto de revalidación de tierras fiscales otorgado a favor de Madame Lich” (1912) (30) la Corte sostuvo que “La disposición del art. 4030 del Cód. Civil se limita a legislar sobre las acciones de nulidad allí previstas y no comprende el caso de un mandatario que ha extralimitado sus poderes” y que “...la nulidad dictada por el poder ejecutivo del referido decreto de 1888, es una nulidad manifiesta y absoluta de las que el Cód. Civil califica y establece en sus arts. 1038 y 1047, la que debe ser dictada de oficio, aun sin petición de partes o a su requerimiento y del ministerio público, en interés de la moral o de la ley...”.

En la litis, el Estado nacional planteó la nulidad de un decreto del PEN, por el cual se había revalidado un título de propiedad que el gobierno paraguayo había otorgado en favor de la demandada, que correspondía a un inmueble que se hallaba en territorio argentino.

En “Empresa The Catalinas Warehouse and Mole Company limitada s/reivindicación” (1927) (31) expuso la Corte: “Que tal enajenación, contraria a la ley citada, y convenida por el Poder Ejecutivo en ejercicio de

(29) Fallos 97: 20.

(30) Fallos 115: 189.

(31) Fallos 148: 118.

facultades de que carecía no fue así, el acto de la Nación en su carácter de persona jurídica y sus representantes han estado facultados para desconocerle validez. Aquel acto jurídico es nulo, en efecto, por ser prohibido su objeto principal (arts. 1044, inc. 2º y 953 del Cód. Civil), ya que aquella tanto puede resultar de una prohibición del propio código como de la contenida en una ley (art. 1160, inc. 3º y art. 18 del Cód. Civil). A su turno la prohibición puede ser expresa o solo virtual y es indudable que es, por lo menos, de este último carácter, la que ha desconocido el Poder Ejecutivo cuando atribuyéndose facultades de que carecía (arts. 67, inc. 4º y 86 CN y 1160, inc. 3º del Cód. Civil) y contrariando disposiciones expresas de la citada ley reglamentaria 1257, ha realizado un acto jurídico cuyo objeto estaba virtualmente vedado en la forma elegida para realizarlo. Que el acto autorizado por el Poder Ejecutivo es pues, no solo de nulidad manifiesta (arts. 1038, 18 y 1044, inc. 2º del Cód. Civil), ya que nadie puede alegar el desconocimiento de las prohibiciones contenidas en las leyes en vigor dentro del territorio del país, sino también absoluta en cuanto su nulidad ha sido establecida en beneficio de la colectividad y puede ser declarada de oficio por los jueces aun sin petición de parte en interés de la moral o de la ley, art. 1047, Cód. Civil”.

En dicho proceso se cuestionó la validez de la venta realizada por el Poder Ejecutivo al antecesor en el dominio de la demandada, por tratarse de terrenos ganados al río que, según una ley especial, debían enajenarse en remate público.

Este cuadro, previo al fallo “Los Lagos”, se complementa con la sentencia recaída en “Empresa Constructora F. H. Schmidt SA c. la Provincia de Mendoza” (1937)(32) ocasión en la cual el Tribunal Címero expuso que “Siendo esta un requisito indispensable para la validez del contrato por precepto constitucional y resultando que no se hizo en forma, los funcionarios que lo han suscrito se han excedido en el uso de sus atribuciones legales, y en consecuencia el acto no obliga a la entidad jurídica en cuya representación intervinieron (art. 36 del Cód. Civil). Es uno de los casos de nulidad por defecto de forma previsto por el art. 1044, como lo ha declarado esta Corte Suprema en situaciones análogas... Es manifiesta porque aparece de la lectura del contrato mismo, confrontado con los antecedentes de la licitación que le sirvió de base... Y es absoluta porque la violación de las formalidades sustanciales de esta, afectan directamente al interés público, y por ello puede ser revocada por el Ministerio Fiscal y aun declarada de oficio por el Juez (art. 1047)”.

(32) Fallos 179: 249.

Agregando: “Que si bien nuestro Código no ha hecho una enumeración o una caracterización precisa de las nulidades absolutas, en contraposición de las relativas, de su texto se desprende que, estando en este caso establecida la forma en salvaguardia o seguridad del leal manejo de los intereses del Estado, su violación tiene que causar necesariamente una nulidad absoluta... Las ideas expuestas excluyen la posibilidad de que la nulidad se circunscriba a la cláusula impugnada... No es una cláusula accesoria y separable, sino que, abarcando todo el régimen del contrato en el caso de incumplimiento, forma con él un solo todo, distinto del que fue previsto en las cláusulas generales de la licitación. No es, pues, aplicable el principio del art. 1039, segunda parte...”.

En el caso se habían incorporado en el contrato cláusulas modificatorias de las bases de la licitación contenidas en el pliego, rompiendo la igualdad entre los licitantes.

V. El *leading case* “Ganadera Los Lagos SA c. Nación Argentina” (33)

V.1. *Los hechos del caso*

El actor había solicitado, el 25 de septiembre de 1934, la nulidad de un decreto del PEN que, en fecha 21 de abril de 1917, había declarado la caducidad de las ventas hechas y formalizadas a sus antecesores en el dominio, disponiendo la toma de razón, a nombre del Estado nacional, en el Registro de la Propiedad.

Opuesta la prescripción de la acción por el procurador fiscal, de acuerdo con lo preceptuado por los arts. 4023 y 4030 del Cód. Civil, la Cámara Federal de Capital señaló que se estaba en presencia de una nulidad que habría de ser declarada solo en beneficio de determinadas personas, es decir, que se trataba de un interés privado, por lo que no podía sancionarse sino a petición de los titulares del supuesto derecho invocado. Por ello, entendió que, habiendo transcurrido 17 años desde la fecha de emisión del decreto cuestionado, la acción se encontraba prescripta.

De tal modo, sometida la controversia a consideración de la Corte, el Máximo Tribunal estimó que la cuestión a decidir *era la naturaleza de la nulidad que se le atribuía el decreto del año 1917*, pues dicha elucidación

(33) Remitimos al comentario que hemos realizado a este fallo en nuestro trabajo “La consagración de la analogía en el derecho administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Máximos precedentes. Derecho administrativo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2013, vol. I, ps. 295-315.

resultaba determinante para la pronunciarse sobre la procedencia de la defensa de la prescripción.

V.2. La doctrina del fallo

V.2.1. La aplicación analógica de las reglas del Código Civil en materia de nulidades

La Corte expresó, en primer lugar, que la aplicación extensiva al derecho administrativo de las reglas contenidas en los arts. 1037 y ss. del Cód. Civil, correspondía pues “...si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo, sino al privado, nada obsta para que, representando aquellas una construcción basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo” pero advirtiendo que ello debía hacerse “con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina”. Esta consideración volvió a efectuarla en fallos posteriores.

Con ello, el Tribunal Cintero no hizo otra cosa que utilizar la inverterada técnica interpretativa de la analogía, a la que se recurre, como adelantamos, cuando en el ordenamiento jurídico no se encuentra una norma aplicable al caso, hipótesis en la cual se configura una “laguna”. Es lo que, también hemos recordado, más específicamente en derecho administrativo, se denomina como “caso administrativo no previsto”.

Como es sabido, la analogía es una regla de interpretación consistente en un proceso lógico merced al cual se induce, del análisis de soluciones particulares, el principio que las informa para así buscar, seguidamente, las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que les es aplicable por deducción (34).

Se trata de un método hermenéutico hoy —mas no al tiempo de este fallo—, harto frecuente en el derecho administrativo, por cuanto su ya apuntada condición de derecho en formación, sensible a los cambios de la realidad social y política que lo circunda y a la cual aprehende, potencia sensiblemente las situaciones en las cuales la normación resulta incompleta o inexistente.

(34) Sin soslayar que, además de estos elementos lógicos, según se ha dicho, la analogía también contiene un elemento valorativo o axiológico (ver VILLAR PALASÍ, José L., *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1975, ps. 218-221).

Tanto lógica como jurídicamente, la semejanza entre los dos casos debe ser relevante, o sea, presentar una cualidad común a ambos que constituya razón suficiente para atribuirle esa consecuencia a la que se denomina *ratio legis*. La aplicación analógica puede abarcar tanto a una norma individual, como a un bloque de determinadas materias no reguladas, supuesto que se conoce como analogía *iuris* (35).

Lo que, a nuestro modo de ver, constituyó el acierto “inicial” de la Corte —pues a partir de él giró el resto del discurrir de la sentencia— es el haber advertido que en el derecho administrativo el problema de las lagunas presenta características distintas respecto a las propias de las relaciones jurídicas privadas.

En efecto, como hemos adelantado *supra*, en gran parte del derecho privado prevalece, especialmente en el campo obligacional y contractual (36), el principio de autonomía de la voluntad por medio del cual los particulares son los que “crean” el derecho que regirá sus vínculos, no resultando afectados en forma directa o inmediata por la presencia de lagunas.

En el terreno del derecho administrativo, admitida la plenitud herméutica del ordenamiento jurídico y el deber de resolver que pesa sobre los jueces (y también los órganos administrativos) que preceptuaba el art. 15 del Cód. Civil y preceptúa ahora el art. 3º del Cód. Civ. y Com., como verdadero principio general de derecho, los “operadores jurídicos” deben frecuentemente enfrentarse con lagunas por la propia naturaleza de materia no codificada y de “derecho en formación” que él reviste.

En este escenario, la analogía supone un medio de autointegración que permite llenar las lagunas o casos administrativos no previstos (37), es decir, carentes de regulación especialmente aplicable al supuesto con-

(35) Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991, trad. de Eduardo Rozo Acuña, p. 247. Este autor, luego de recordar el aforismo romano que consagra la analogía: *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio*, señala que también la aplicación analógica puede abarcar ya no una norma individual, sino la de un bloque de determinadas materias a otras no reguladas y que denomina como analogía *iuris*. Este último supuesto, pues, no se identifica con la aplicación *subsidiaria* en bloque, denostada por Vedel.

(36) Existen también a la par, sectores “autoritarios” en el terreno de las relaciones privadas que se hallan sustraídos al señorío de la voluntad (derechos reales, derechos de familia, etc.) en los cuales los particulares deben ajustarse, por razones de orden público, a las soluciones legales, no pudiendo derogarlas por convenciones en contrario. Es en este espacio en el que pueden presentarse lagunas.

(37) Ampliar en LINARES, Juan F., *Caso administrativo no previsto*, cit., ps. 53 y ss.

creto. Y, aunque la redacción de los mencionados artículos —el derogado y el vigente—, pareciera sugerir la innecesariedad de una consagración normativa expresa que autorice la utilización de este *iter* lógico, razones de estricta justicia, también persuaden de que el mismo no puede estimarse aplicable cuando nos encontramos ante leyes que resulten restrictivas del ejercicio normal de los derechos.

La analogía, entonces, no debe confundirse con la aplicación *subsidiaria* de normas comunes para regir conductas de derecho público, en ausencia de leyes administrativas. Tal subsidiariedad, cuando está normativamente impuesta en bloque, puede dar pie a los resquemores y repudios que Vedel expuso. Cabe aclarar que en la aplicación subsidiaria, o *supletoria*, no hay, en verdad, tarea de interpretación ni laguna alguna sino solo un caso de aparente normación incompleta que, *imperio legis*, se cubre por aplicación directa de otra norma (38).

La Corte dio, pues, un giro copernicano con su decisión, al abjurar de la aplicación supletoria o subsidiaria de las normas comunes para regir conductas de derecho público, que en materia de nulidades venía efectuando la jurisprudencia —sin previsión expresa que la autorizara— y valorando, así, las peculiaridades de ambas disciplinas de modo tal que produjo una “publicización” de las reglas civilistas, según expondremos.

V.2.2. Las nulidades en el derecho administrativo —al igual que en el derecho civil—, se consideran en relación con los distintos elementos que integran el acto administrativo

Dejando de lado el acertado señalamiento efectuado por Cassagne en el sentido de no resultar correcta ni completa la enunciación de los elementos (“competencia, objeto o finalidad y forma”) que efectúa la Corte (39), la conclusión que allí se vierte parte de la apreciación aprio-

(38) Por ello es que MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis...*, cit., ps. 33-39, descarta la subsidiariedad general del derecho civil en relación con el derecho administrativo, que algunos civilistas como Federico De Castro y Bravo (*Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 283) han pretendido ver en el Cód. Civil español; admitiéndola, en cambio, en casos concretos y previamente determinados. Es en nuestro derecho, p. ej., el supuesto del art. 53 del dec. 1759/1972 (t.o. dec. 1883/1991), reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, que establece la aplicación supletoria de una serie de artículos del Cód. Proc. Civ. y Com.

(39) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 659.

rística de que el acto administrativo es una especie del género “acto jurídico” y que existen causales generales de invalidez que corresponden al tipo de “nulidad absoluta”.

V.2.3. En el derecho civil no existe correlación entre los actos nulos y los de nulidad absoluta, ni tampoco entre los actos anulables y los de nulidad relativa

La Corte advirtió aquí, aunque sin un desarrollo mayor, que el régimen de nulidades en nuestro Cód. Civil, había adoptado un sistema de doble clasificación (actos nulos y anulables; nulidad absoluta y relativa), proveniente de haber tomado Vélez como fuentes, a la vez, al *Esboço* de Freitas y al código chileno de Bello.

Pero en “Los Lagos” podría presumirse que la nulidad absoluta del acto administrativo se configura en ausencia de alguno de los que denomina sus “...elementos esenciales para nacer, como la capacidad, la forma o el objeto”, siendo en ausencia de uno o varios de estos “*insubistente*”; mientras que en la ley 19.549 el criterio divisorio, como veremos, parece referirse a la mayor o menor gravedad de presentarse el vicio para, de allí, distinguir entre nulidad (absoluta e insanable) y anulabilidad, tal como sugiere el juego de sus arts. 14 y 15.

El Máximo Tribunal, sin embargo —y quizás no pudiendo abandonar enteramente el influjo civilista—, llegó a considerar que el caso en análisis, a pesar de tratarse de un acto anulable y, por consiguiente, de no poder ser declarada por el juez la nulidad, debía reputárselo de nulidad absoluta, con fundamento en el art. 1045, parte 2ª del Cód. Civil que, proveía, en su razonamiento, “la solución legal”.

V.2.4. Los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad

Dice la Corte Suprema, con cita de Mayer, que el decreto cuestionado “...es un acto administrativo, o sea un acto de autoridad emanado del P.E. que determina lo que para el actor debió ser el derecho en la materia de que aquel trata...En esa calidad posee respecto de la persona a quien afecta la misma fuerza obligatoria ínsita en la ley; salvo la diferencia esencial de faltarle su generalidad; opera en relación al caso individual en forma semejante a las sentencias judiciales...”.

Y prosigue: “Esos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad adminis-

trativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio...”.

De esta generalizada aseveración de la Corte, como bien señala Casagne, surgieron confusiones en la doctrina que han sido morigeradas por obra de algunos fallos anteriores y posteriores al dictado de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y por este mismo plexo, como habremos de referirnos enseguida.

V.2.5. En el derecho administrativo, al igual que en el derecho civil, existen nulidades absolutas

La Corte declara, en este orden, que el PEN se ha arrogado funciones judiciales contraviniendo la previsión del entonces art. 95 de la CN (actual art. 109), por lo que ha obrado sin competencia, configurándose un supuesto de nulidad absoluta.

De allí deriva el Tribunal que la acción es imprescriptible, no resultando aplicable el plazo del art. 4030 del Cód. Civil y que la declaración de nulidad absoluta tiene efectos retroactivos —*ex tunc*— por aplicación del art. 1050 del mismo código el que “...vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado”.

No se trata de una asimilación en su esencia, sino más bien en sus consecuencias pues tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo la nulidad absoluta es insusceptible de confirmación e imprescriptible.

VI. El subsistema de invalidez del acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549

VI.1. El eje central gira en torno a la bipartición entre actos nulos de nulidad absoluta y anulables

Como en el derecho administrativo, el interés público siempre se encuentra en juego la construcción de una teoría de las nulidades debe partir de una base distinta y es, por ello, que en la ley 19.549 el criterio divisorio se vincula con la mayor o menor entidad o importancia (40) en la

(40) La doctrina y la jurisprudencia, en general, asimilan “entidad” o “gravedad” del vicio. Preferimos, apartándonos de esa equiparación generalizada, hablar de “en-

forma de presentarse el vicio para, de allí, distinguir entre nulidad (absoluta e insanable) y anulabilidad, tal como sugiere el juego de sus arts. 14 y 15. La LNPA, pues, trata los vicios en conexión con los elementos y, por ello, la falla en el acto se califica en relación con la trascendencia que tenga, como apartamiento de las exigencias legales, el incumplimiento del requisito inobservado (41).

De este modo, la LNPA distingue solamente entre actos nulos y anulables. Los vicios que dan lugar a la calificación de un acto como nulo aparecen enunciados en su art. 14, sin establecerse criterio alguno para su determinación y limitándose a prever para esos casos la sanción máxima. Por su parte, en el art. 15, no hay una enunciación de vicios, sino que se dispone que el acto sea anulable cuando presente algún defecto que no llegue a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales.

Existen posturas que, siguiendo la doctrina de “Los Lagos”, entienden que el acto nulo es aquel que aparece privado de algunos de sus elementos esenciales; mientras que en el anulable estos elementos presentan vicios (42). Otros autores consideran que el acto es nulo cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o padece en ellos de un vicio grave; y es anulable cuando todos sus elementos esenciales concurren pero presentan un vicio leve o no fundamental (43).

Es criterio mayoritario, entonces, que la distinción finca en la mayor o menor importancia (“gravedad”) del vicio que se presenta y, con ello, de la relevancia del incumplimiento del ordenamiento jurídico que él represente.

Se ha querido también ver que la clasificación se encuentra relacionada con la mayor o menor gravedad que revista la violación al orden público administrativo (44) y la CS así lo ha entendido en algún pronun-

—
tidad”, “importancia” o “trascendencia”, al referirnos a los vicios y reservar el término “gravedad” para calificar la sanción que corresponde, según el caso.

(41) De acuerdo: GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, t. 3, ps. VIII-3 y 4.

(42) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 497; ESCOLA, Jorge, *Tratado general del procedimiento administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 106-109.

(43) COMADIRA, Julio R. - MONTI, Laura (colab.), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 282.

(44) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. I, p. 669; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 3, p. XI-3; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed.,

ciamiento (45). Opinamos que esta argumentación, puede brindar una herramienta de análisis plausible, aunque tropieza con la dificultad cierta que la determinación de lo que deba entenderse por orden público conlleva en sí misma, en ciertas hipótesis. En efecto, se trata, a nuestro modo de ver, de un concepto jurídico indeterminado con una zona de penumbra cuantitativamente superior a su halo de certeza (46). La indagación deberá hacerse, forzosamente, en forma casuista.

Puede señalarse, entonces, que, en cuanto a los actos nulos: a) la ley los considera afectados de “nulidad absoluta”. Son irregulares y carecen de estabilidad, debiendo ser revocados en sede administrativa, excepto si se encontraren firmes y hubieren generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (art. 17); b) no son saneables por confirmación o ratificación; c) la acción es imprescriptible (aunque, en rigor, solo lo sea para el Estado y sus entidades autárquicas, según lo que establece el art. 27), pero sujeta al plazo de caducidad del art. 25 y; d) los efectos de la declaración son retroactivos (declarativos o *ex tunc*).

Y en lo que atañe a los anulables que: a) son regulares y estables, salvo que el interesado hubiere conocido el vicio o que la revocación lo beneficiase (art. 18); b) son saneables por confirmación o ratificación (art. 19) y; c) la acción es prescriptible, y estaba sujeta al plazo del art. 4030 Cód. Civil —y ahora al del art. 2562 del Cód. Civ. y Com.—, en ambos casos aplicables por analogía. En lo que concierne a los efectos de la declaración, para la doctrina clásica serían irretroactivos (declarativos o *ex nunc*) (47). Otros autores le confieren efectos retroactivos en

La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 176. Mairal recuerda que la doctrina es creación del Consejo de Estado francés (*moyens d'ordre public*) y se basa en la consideración de que ciertas reglas jurídicas son tan fundamentales que su violación generalizada pondría en peligro el sistema jurídico (ver: MAIRAL, Héctor, “Los vicios del acto administrativo y su recepción por la jurisprudencia”, LL 1989-C-1014/1030, citando como ejemplo de admisión de esta pauta por parte de la jurisprudencia, el pronunciamiento de la CNFed. Cont. Adm., “Escobar”, del 27/10/1983, en el que se consideró que la violación de la competencia en razón de la materia revestía carácter de orden público). El criterio es de recibo para parte de la doctrina española (ver: FERNÁNDEZ, Tomás-R., *La doctrina de los vicios de orden público*, INAP, Madrid, 1970).

(45) Fallos 306:1138, “Sudamericana de Intercambio c. la Nación Argentina-Ministerio de Economía s/daños y perjuicios”, del 30/8/1984.

(46) Al respecto, y sobre las dificultades de precisar la noción de “orden público”, puede consultarse CARDINI, Eugenio, O., *Orden público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, ensayo que, a pesar de los años transcurridos desde su publicación, no ha perdido vigencia.

(47) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. II, p. 551.

obsequio a la posición que ocupa la Administración como gestora del interés público (48).

En la doctrina extranjera (49), en opinión que es seguida por algunos autores nacionales (50), se ha proclamado enfáticamente que, ante la presencia de fallas en el acto administrativo, la regla debe ser la anulabilidad, justificándose, incluso, tal postura en necesidades de orden práctico pues, se dice, la actividad de la Administración produce un tráfico en masa que hace imposible la revisión constante de sus propias resoluciones (51).

Por nuestra parte, consideramos que la cuestión no pasa por determinar si la nulidad o anulabilidad pueden establecerse como regla en la materia pues, como tiene dicho la Procuración del Tesoro de la Nación, pese a las pautas legales, y a los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinarios para construir una fórmula que permita establecer —en concreto y con absoluta certeza—, la distinción entre el acto administrativo nulo y anulable, ellas fracasan al ser bajadas al sustrato fáctico del caso.

Por el contrario compartimos la opinión de autores que, prescindiendo de la aspiración de erigir criterios formulaicos rígidos, han establecido que, *solo en caso de duda*, habrá de estarse al *favor acti* pues esa solución resultará un corolario lógico de la presunción de legitimidad consagrada por el art. 12 de la LNPA (52).

(48) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. I, p. 678, pero dejando a salvo a los terceros de buena fe que hubieran adquirido derechos respecto al acto invalidado; COMADIRA, Julio R., *Ley...*, cit., p. 290.

(49) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de procedimiento administrativo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 253; BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2005, ps. 171-172.

(50) Así: HUTCHINSON, Tomás, *Digesto práctico La Ley. Procedimiento administrativos*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 266; TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 252.

(51) VOGEL, K., *Die Lehre vom Verwaltungsakt nach Erlass der Verwaltungsverfahrgesetze*, ps. 617 y 618, citado por BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del acto administrativo*, ob. y loc. cit.

(52) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 502; ESCOLA, Héctor, *Tratado...*, cit., p. 107, COMADIRA, Julio R., *Ley...*, cit., p. 290; SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Algunas consideraciones acerca de la anulabilidad de los actos administrativos en la ley 19.549”, RDA, Abeledo Perrot, Buenos Aires, vol. 2013, ps. 735-745. Inteligencia que, además se aprecia en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación, al haber expuesto, en reiteradas oportunidades, que “...en caso de duda sobre la entidad del vicio, debe optarse —con fundamento en el principio de conserva-

VI.2. Otras clasificaciones

VI.2.1. Nulidad completa y parcial

Habida cuenta de que el art. 16 de la LNPA prevé que la invalidez de cláusulas accidentales o accesorias de un acto administrativo no importa la nulidad siempre que sea separable y no afecte su esencia, de manera muy semejante a como lo estipulaba el art. 1039 del Cód. Civil —y ahora lo dispone el art. 389 del Cód. Civ. y Com.—, se colige que el ordenamiento nacional admite la categoría de “nulidad parcial”.

VI.2.2. Los vicios manifiestos en el acto administrativo. Su conexión con la presunción de legitimidad

Ya hemos explicado más arriba las razones por las que consideramos que en el derecho civil la categoría de “vicios manifiestos” carece de autonomía y coincide con los actos nulos, por contraposición a los anulables que dependen de juzgamiento.

Como el criterio de distinción entre actos nulos y anulables en relación con el acto administrativo estriba en la mayor o menor importancia del vicio, el carácter manifiesto de la nulidad aquí debería asentarse en un razonamiento distinto al que cabe para las nulidades de derecho privado pues, en rigor, la lectura de los incs. a) y b) del art. 14 nos persuade que, salvo en casos muy contados (v.gr., una incompetencia radical) en general, siempre deberá existir una actividad *stricto sensu* juzgadora por parte del juez, es decir, una evaluación, ponderación y meritación de los hechos y el derecho invocados y de la prueba producida. En otras palabras existirán, dentro de la categoría de actos nulos de derecho administrativo, aunque por excepción, *ciertos actos asimilables, por la manera de presentarse el vicio a los actos nulos de derecho privado* (53).

Cassagne considera que la categoría vendría a complementar, en un plano procesal, la bipartición de la LNPA, posibilitando la apertura de procesos de tutela judicial urgente como la acción de amparo o, aun, de protección en sede administrativa a través de la suspensión del acto, aunque señala, en línea con la doctrina clásica civilista, que la causal pone acento no en la importancia del vicio, sino en su “visibilidad externa” (54).

ción de los valores jurídicos- por afirmar la existencia del vicio menor” (Dictámenes 146:364, 195: 77, 198: 115, 234: 156).

(53) De acuerdo, en lo sustancial, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. III, p. XI-15.

(54) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. I, p. 673.

Es verdad que tanto el art. 1º de la ley 16.986, como el art. 43 de la CN mencionan la arbitrariedad o ilegalidad “manifiestas” como recaudo, junto a otros, para la admisibilidad de la acción, pero no creemos que la verificación del extremo dependa de una ostensibilidad visual del vicio, sino de la entidad e importancia de este y de la posibilidad de canalizarlo, siempre y cuando su índole así lo posibilite, a través de esta vía rápida y de conocimiento restringido. Así, por ejemplo, en el caso de los vicios de la voluntad en el acto administrativo, con ser relevantes y pasibles de nulidad absoluta, estimamos que los mismos no podrían sustentar la procedencia de esta “vía heroica” por la necesidad de una mayor amplitud de debate o prueba para determinar la invalidez del acto (art. 2º, inc. d], ley cit.).

Por lo demás, el supuesto de suspensión de la ejecución del acto en sede administrativa que contempla el art. 12 de la LNPA, se supedita —además de a la presencia de razones de interés público o a la evitación de perjuicios graves al interesado—, a que “...se alegare fundadamente una nulidad absoluta”, lo que no necesariamente concordará con una visibilidad del defecto.

En cuanto a la presunción de legitimidad —es decir, la de guardar conformidad con el ordenamiento jurídico—, de los actos administrativos, a nuestro modo de ver, tampoco ella cede, como se ha pretendido, ante vicios ostensibles (55), sino por la trascendencia de estos. Por de pronto, destacamos que, en la evolución actual de nuestras instituciones jurídicas, este resabio de las técnicas de poder regio, según Villar Palasí, es un principio de naturaleza eminentemente pragmática (56) que funciona como una presunción *iuris tantum* y debe ser despojado del carácter sacramental que otrora se le prodigó pues, llevado a extremos exagerados, podría fundamentar el avasallamiento de garantías particulares.

Tampoco nos parece que, ni de la jurisprudencia, ni del propio texto de la LNPA, pueda extrapolarse que esta categoría sirva para destruir la presunción de legitimidad de los actos administrativos, aunque debemos distinguir tres etapas en la evolución interpretativa de este carácter.

(55) COMADIRA, Julio R., *Ley...*, cit., p. 291 quien entiende, además, que la nulidad manifiesta deriva de “...la naturaleza de las cosas”, criterio que consideramos inaceptable por exorbitar el plano jurídico.

(56) MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. II, p. 775.

En “Los Lagos”, la CS llevó al paroxismo el principio y, de su doctrina, seguida por autores como Bielsa y Marienhoff(57), podían extraerse las siguientes consecuencias: a) todos los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad; b) ella solo puede ser destruida por petición de parte interesada; c) la presunción no resultaba afectada por el carácter manifiesto del vicio ni mucho menos si era necesaria una investigación para desentrañarlo y; d) la presunción solo cedía ante el decisorio judicial que declarase la nulidad del acto, aun cuando el mismo presentase vicios patentes.

Con el dictado de la ley 19.549 de 1972 el panorama cambió sustancialmente. Si bien en su art. 12 consagró enfáticamente que “el acto administrativo goza de presunción de legitimidad” y de una primera apreciación aislada pareciera inferirse que siguió la doctrina de la CS en “Los Lagos”, una lectura integral de su articulado permite deducir que la solución fue otra.

En efecto, el art. 17 establece que “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa...”. De allí es que creemos inferir que, en la LNPA, se consagró una excepción normativa a la doctrina de la CS en lo que hace a la presunción de legitimidad de los actos administrativos: esta no resultaba predicable respecto de los actos irregulares, es decir, aquellos que adolecen de un vicio que por su relevancia trae aparejada una nulidad absoluta. Insistimos: no se alude, ni remotamente, a una supuesta visibilidad del vicio en el sentido civilista tradicional.

En el año 1975 la Corte dio una nueva vuelta de tuerca a la cuestión en “Pustelnik, Carlos A. y otros” (58), al afirmar categóricamente que “El acto administrativo que incurre manifiestamente en un grave error de derecho, que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley, no ostenta apariencia de validez o legitimidad y debe calificárselo como acto inválido por la gravedad y evidencia del vicio que contiene. En cambio, el acto administrativo regular, aun cuando traiga aparejados vicios de ilegitimidad, ostenta cierto grado de legalidad que lo hace estable y produce presunción de legitimidad y la Administración no puede revocarlo por sí y ante sí, sino que debe demandar judicialmente al efecto...”.

(57) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, t. II, ps. 139-140; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. II, ps. 368-372.

(58) Fallos 293:133.

A pesar de que el Tribunal Supremo utiliza la expresión “manifiestamente” agrega “...que supera lo meramente opinable en materia de interpretación de la ley...”, es decir, está exigiendo que, además de importante, no dependa de juzgamiento (59).

Por lo tanto, a partir de “Pustelnik”, para el Tribunal Supremo el acto administrativo con invalidez no manifiesta posee carácter regular y, por ende, presunción de legitimidad. Es decir, que el cuadro quedaría así conformado: la presunción de legitimidad corresponde, según la jurisprudencia de la Corte a: los actos válidos, los actos anulables, y los actos nulos cuyo vicio no fuera manifiesto (visible) (60).

En definitiva, es nuestra opinión que la categoría “nulidad manifiesta” del derecho privado era predicable, con los alcances que hemos desarrollado anteriormente, para determinados actos administrativos nulos, de acuerdo con el esquema del art. 14 de la Ley 19.549, pudiendo, con estas pautas, abrirse una subdivisión dentro de este tipo de actos que servían para dar lugar a medidas tuitivas excepcionales en sede administrativa o judicial.

VI.2.3. Nulidades expresas e implícitas

Si, como hemos expresado, el principio *pas de nullité sans texte* no era aplicable en nuestro derecho privado, a tenor de la clara regla del art. 18 del Cód. Civil que posibilitaba la existencia de nulidades virtuales o implícitas —y que el Cód. Civ. y Com. ha eliminado con acierto por su redundancia—, mucho menos cabía postularlo en torno a la enumeración de los vicios del art. 14 de la LNPA (61), pues la propia dinámica de

(59) Mairal brinda una explicación que, por su elocuencia, nos parece la clave del tema: el defecto que da lugar a una nulidad absoluta se trata de un vicio para cuya demostración no sea necesario más que yuxtaponer el acto con la norma aplicable, caso contrario se seguirá presuponiendo legítimo (*Control...*, cit., t. II., p. 777). Es de advertir que, precisamente, en “Pustelnik”, este era el supuesto: un grave error de derecho.

(60) La sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha expuesto en esta línea que: “La presunción de validez de los actos administrativos (artículo 12, Ley 19.549) de la que goza el acto primario de designación, al no estar -ni él ni el concurso previo- afectado de un vicio grave y manifiesto obliga a demostrar lo contrario por quien sostiene su nulidad” (“Z. de M., M. C. y otro c. UBA”, LL 2001-E-84 del 28/11/2000).

(61) Como bien sostiene Hutchinson, que existan nulidades implícitas no significa que haya nulidades sin texto, sino que lo implícito es por definición lo que se entiende incluido en un precepto legal, por más que el precepto no lo declare expresamente (HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada, anotada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. I, ps. 301-302).

la gestión del interés público y la protección de las garantías particulares no toleraban —ni toleran—, un *numerus clausus* de vicios, sino que, por el contrario y cuando sea procedente, la elaboración de soluciones se hallará orientada en otras normas, aun supranacionales y en principios jurídicos, que justifiquen declarar la invalidez aun en ausencia de texto expreso (62).

VI.2.4. ¿Podía predicarse que del régimen de la LNPA se desprendiese la categoría de vicios rígidos y flexibles (nulos o anulables en la terminología del Cód. Civil)?

Si bien existen en el derecho administrativos algunos supuestos en los que el vicio se presentará rígido, indosificable, insusceptible de más o menos e invariable en los actos de la misma especie, como sería, por ejemplo, el caso de inobservancia de una forma expresamente requerida por la ley (v.gr., la licitación pública) y otros en los que el defecto aparecerá flexible, dosificable, susceptible de más o menos y variable en los actos de la misma especie (v.gr., cualquiera de los vicios de la voluntad), por lo que la categoría podía inferirse del ordenamiento positivo, lo cierto es que, al referirse esencialmente a las facultades de valoración del juez, o del órgano administrativo, carecía de relevancia práctica postularla por sobreabundante (63).

VII. El subsistema de nulidades del Código Civil en la jurisprudencia posterior a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

La impronta civilista siguió presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, aun después del dictado de la ley 19.549, al tiempo de fallar sobre la invalidez de actos administrativos, pero no para aplicar sus normas en contraposición a las propias del régimen de derecho público, sino, en todo caso, para complementarlas y buscar una solución analógica que, según su arbitrio juzgador, resultare más acorde a las circunstancias del caso.

Así, en “SCA Meridiano c. Administración General de Puertos” (1979) (64) el Máximo Tribunal debió resolver si admitía la alegación del vicio de forma, por no haberse seguido el procedimiento de licitación

(62) En sentido similar, GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. III, ps. XI-6 y 7, resalando que las fuentes de los vicios de los actos administrativos son múltiples y provienen de todo el arco de la juridicidad y de los principios generales de derecho.

(63) De acuerdo, en lo sustancial, CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto...*, cit., p. 288.

(64) Fallos 301: 292.

pública, que la empresa estatal invocó recién en el recurso ordinario de apelación. Dijo allí el Cimero que “...el Tribunal entiende que puede ser tratada en tercera instancia, por estar dentro de su competencia... A esta conclusión se llega si se considera que son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Cód. Civil... lo que significa que no hay subsidiariedad, sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos. El art. 1047 del citado Código establece que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto, de donde se deduce que, en el derecho privado, el extremo de no haber formado parte de la litis no es óbice para su declaración en cualquiera de las tres instancias. En la esfera del derecho público hace falta una petición expresa de nulidad, habida cuenta que es condición esencial en la organización de la administración de justicia con la categoría de poder la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos de la administración. Para mantener la supremacía de la Constitución sin provocar el desequilibrio de los tres poderes es indispensable que exista en el pleito la petición de alguno de los litigantes que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de control... De donde, vencido el obstáculo de la petición, juega el mismo principio a que se ha hecho referencia, en cuanto a oportunidad, que rige para el derecho privado”.

La Administración General de Puertos había adjudicado a la actora, y a otras firmas, en 1969, la explotación de depósitos ubicados en el Puerto de Buenos Aires para almacenaje de mercaderías de exportación e importación, por un período de tres años, renovables automáticamente por la sola voluntad de la permisionaria por términos no inferiores a un año, hasta cumplir un total de diez años. En 1973, cuando se había operado la primera renovación, la Administración dejó sin efecto el contrato, reclamando la beneficiaria daño emergente y lucro cesante.

Idéntico discurrir observó en “María Angélica Sosa de Basso y otra v. Provincia de Buenos Aires y otra” (1987) (65) precedente en el que estimó que “...las reglas de los arts. 1037 y siguientes del Cód. Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, aunque no hayan sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, por representar una construcción jurídica basada en la justicia, son extensivamente aplicables al derecho administrativo con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina...” por lo que “...no se advierte que las peculiarida-

(65) Fallos 310: 1578.

des propias del derecho administrativo se opongan al criterio distintivo de la nulidad absoluta y relativa en el derecho civil, basado en que la primera afecta el interés público —el ‘de la moral o de la ley’ en los términos del art. 1047 del Cód. Civil— y la segunda el interés particular de los afectados ni tampoco a la consecuencia de esa distinción consistente en que la nulidad relativa solo puede ser solicitada por estos últimos (‘aquellos en cuyo beneficio la han solicitado las leyes’, según la letra del art. 1048). Desde este punto de vista, si el decreto del Poder Ejecutivo provincial impugnado, al atribuir a la provincia el dominio de inmuebles de los que los actores se sienten propietarios, invadiese su derecho, parece obvio que serían ellos los únicos afectados por el acto y que los vicios de este no podrían dar lugar sino a una nulidad de carácter relativo. Tampoco está en pugna con los principios de derecho administrativo aceptar la prescriptibilidad de la acción de nulidad relativa...admitida tal conclusión ha de establecerse que al ser promovida esta demanda (1981) estaba prescripta la acción de nulidad del decreto, puesto que, aun en el caso más favorables para las actoras, se habría cumplido el plazo decenal del art. 4023 del Cód. Civil...”.

Las actoras habían demandado a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Junín solicitando la declaración de nulidad de un decreto provincial que había dispuesto la donación a dicho municipio de unas tierras, sobre las cuales alegaban ser titulares de dominio.

VIII. El subsistema de nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación

VIII.1. Advertencia inicial

Como hemos advertido, en el acápite “1. Introducción” de esta publicación, los comentarios a las normas vinculadas al régimen de nulidades en el flamante código revisten un carácter solamente preliminar, llevado por la necesidad de describir las innovaciones y su probable proyección analógica a las nulidades del acto administrativo, según como las contempla la normativa vigente en el orden nacional.

Esencialmente el Cód. Civ. y Com. ha centrado su sistemática en la distinción entre nulidad absoluta y relativa, eliminando la doble clasificación entre actos nulos y anulables. Ha mantenido, asimismo, la diferenciación entre nulidad total y parcial. También ha brindado un nuevo sentido al alcance con el que debe entenderse que una nulidad es “manifiesta”.

Y, al no reproducir las previsiones que contenía el Cód. Civil, en sus arts. 18 y 1037, ha quedado sin sustento la distinción —y controversia— que suscitaba la categoría de nulidades expresas y virtuales a la que nos hemos referido más arriba.

VIII.2. Nulidad absoluta y relativa

El Cód. Civ. y Com. ha establecido en su art. 386(66), el criterio de distinción entre uno y otro tipo de nulidad según que el acto contravenga el orden público, la moral y las buenas costumbres o que la sanción que se imponga lo sea en interés de ciertas personas. Se sigue una técnica más precisa de la que adolecía el Cód. Civil, pues solo establecía las consecuencias de uno y otro tipo de nulidad en los arts. 1047 y 1048. A partir de allí la doctrina había elaborado el fundamento divisorio.

El Cód. Civ. y Com., en cambio, una vez definida la nulidad absoluta, prescribe seguidamente las consecuencias que se siguen de su declaración en el art. 387(67), de una manera similar a la regulación contenida en el Cód. Civil, con la variante de que habilita al juez a declararla, aun sin petición de parte, cuando “es manifiesta en el momento de dictar sentencia” (68).

Adherimos a esta mayor facultad que la ley concede al juzgador (69), aunque nos parece poco apropiada la utilización del término “manifiesta” pues, en correlación al régimen derogado puede llevar a confusión. En efecto, si el vicio es detectado al tiempo de dictar la sentencia, lo

(66) Cód. Civ. y Com., art. 386: “Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas”.

(67) Cód. Civ. y Com., art. 387: “La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta al momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”.

(68) Se sigue así la opinión sustentada en algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y por BOFFI BOGGERO, Luis M., en su *Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 463.

(69) En los *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación* (www.nuevocodigocivil.com) se asegura que “...es concepto superior de valoración ética un criterio amplio que permita al juez impedir la vigencia de un acto que afecte un interés general, siendo irrelevante el secundario aspecto formal de que el vicio resulte del solo instrumento o de este sumado a otra prueba auténtica o extrínseca, o aún, de la investigación de hecho producida en el expediente”.

usual será que ello haya sido como producto de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso. En este caso la nulidad no es manifiesta sea porque el defecto no se hallaba patente en el acto, tal como lo sostenía la doctrina clásica, sea porque la determinación de este ha dependido de la labor juzgadora, del juez, como entendemos nosotros.

Lo propio hace en relación con la nulidad relativa en el art. 388(70), con la novedad importante de que posibilita también invocarla a la parte en cuyo beneficio no está establecida, si es de buena fe y demuestra haber sufrido un perjuicio importante. Según la doctrina, se sigue el modelo del Código de Quebec y se "...procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto esta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido" (71).

VIII.3. Nulidad total y parcial

El Cód. Civ. y Com. regula la nulidad total y parcial en el art. 389(72), de un modo similar al Cód. Civil, ateniéndose al principio de la separabilidad como rasgo tipificante para la procedencia de la segunda. La separabilidad exige distinguir entre unidad interna y externa del negocio; las cláusulas contractuales pueden presentar una vinculación tan estrecha que impida declarar la nulidad parcial. Creemos, de todos modos, que se trata de una cuestión que deberá analizarse en cada caso y sobre la que resulta imposible trazar *a priori* un criterio teórico.

La novedad que contempla este artículo, respecto al régimen anterior es la facultad que se otorga al juez para integrar el acto y salvar su subsistencia. Para ello deberá tener en cuenta el fin abstracto que el ne-

(70) Cód. Civ. y Com., art. 388: "La nulidad relativa solo puede ser declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

(71) LORENZETTI, Ricardo L., *Código...*, cit., p. 525.

(72) Cód. Civ. y Com., art. 389: "Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes".

gocio está destinado a producir y los intereses que razonablemente las partes tienen puestos en la celebración del mismo (73).

VIII.4. La eliminación de la categoría “actos nulos y anulables”

Como hemos anticipado, el Cód. Civ. y Com. ha eliminado la categoría actos nulos y anulables, que recogía el Cód. Civil en sus arts. 1041 a 1046. Hemos explicado en otra oportunidad en el trabajo *supra* referido (74) que el análisis de la fuente tomada por Vélez en esta parte, el *Esboço* de Freitas, nos persuadía de que la dicotomía entre actos nulos y anulables predeterminaba la actividad del juez en orden a declarar la nulidad: una invalidación directa ante la sola constatación o comprobación del vicio en los primeros; una valoración, meritación y ponderación de los resultados de una investigación de hecho en los segundos. Por lo demás, sostuvimos que el calificativo de “manifiesta” correspondía a *todos* los actos nulos, fuera o no, ostensible el vicio que los aquejaba, siendo la nulidad que afectaba a los actos anulables, *dependiente de juzgamiento*.

En los *Fundamentos del Anteproyecto*, aparte de reseñarse otras interpretaciones doctrinarias vertidas para determinar el criterio caracterizador de la categoría, se resalta la carencia de interés práctico que revestía su mantenimiento (75).

En efecto, básicamente y más allá de que, desde un punto de vista lógico y jurídico el vicio puede presentarse de distinta manera en el acto, debe considerarse que: a) si bien en el caso del acto nulo, el mismo era declarado como tal por la ley y no por el juez, en caso de haberse ejecutado o pretender prevalerse de él una de las partes, era necesaria la declaración judicial que lo invalidara, ya que nadie puede hacerse justicia por su propia mano (76); b) el acto anulable solo se tiene por nulo desde la sentencia que lo declarase como tal, pero la sentencia podía retrotraer

(73) LORENZETTI, Ricardo L, *Código...*, cit., p. 528. Este autor recuerda que la previsión se encuentra en línea con las que usualmente se insertan en los contratos de adhesión o si existe abuso de posición dominante (art. 317 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240).

(74) “Nulidad manifiesta y vicio no ostensible...”, cit.

(75) *Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, cit.

(76) Señala Lorenzetti que “En rigor, en el caso de los actos nulos la función del juez pasa a un plano secundario y lleva a confusión sobre si debe o no interponerse acción judicial. Sin embargo, cuando se intenta dismantelar los efectos del acto nulo y se trata de constreñir a una de las partes a restituir a la otra lo que hubiera otorgado en razón de ese acto inválido, la intervención jurisdiccional es inexorable. De este modo, en su expresión meramente práctica, el sentido de la clasificación quedaría reducido

sus efectos al tiempo de la celebración del acto; y c) la reforma introducida por la ley 17.711 —y esto es lo más trascendental a nuestro juicio—, había borrado la distinción respecto a terceros subadquirentes de buena fe y a título a quienes se les hubiesen transmitido derechos reales o personales sobre un inmueble.

Se ha criticado la eliminación de esta categoría estimándose que la rigidez tasada del defecto “...tiene por causa la intención de preservar ciertos bienes, valores o situaciones en general que el legislador se ha reservado en exclusividad y ha sustraído, por tanto, a la decisión judicial. Habrá razones tuitivas, como en el caso de los actos de los incapaces; de orden natural, como ocurre con ciertos impedimentos para contraer matrimonio; de orden moral, como la prohibición de celebrar ciertos contratos entre esposos; o las razones que dan lugar, en general, a las incapacidades de derecho. En otros casos serán motivos que se vinculan con la seguridad jurídica, como es la observancia de las formas prescriptas por la ley; o de orden socioeconómico como ocurre con la fijación de plazos mínimos para las locaciones, o, en fin, en ocasiones causas relacionadas con el orden público en general, las que llevarán al legislador a fijar de antemano la estricta invalidez de ciertos actos con la sola comprobación de la existencia del defecto y sin que este pueda ser objeto de la discrecionalidad que conllevan necesariamente las interpretaciones judiciales” (77).

No compartimos esta crítica pues en ella anida una concepción *nomocéntrica* que relega el desempeño del juez al de un mero ejecutor de la ley, olvidando su papel creador al momento de su aplicación (78). Por

al rol del juez, esto es, al proceso intelectual que este realiza al declararla” (*Código...*, cit., p. 517).

(77) BUDANO ROIG, Antonio R., “Actos nulos y anulables y nulidades manifiestas y no manifiestas. Visión crítica de la eliminación de ambas categorías en el Anteproyecto de reformas al Código Civil”, ED 248-915-920.

(78) Explica Linares que la conducta o libertad lícita del órgano se denomina “arbitrio ordinario”, noción con la cual pretende superar la doctrina que ve en la aplicación de la norma atributiva de “poder reglado” una simple aplicación lógica de lo ya expresado por la ley, pues aquí también existe, en realidad, arbitrio creador, con lo que, coincidiendo con Kelsen y Merkl, la clásica distinción entre poder reglado y discrecional queda privada de fundamento. Al lado del “arbitrio ordinario”, siguiendo a las mismas fuentes autorales, concibe otro que denomina “extraordinario”, contingente, aplicable a cierta categoría de relaciones que por su complejidad, variedad, sentido o mutabilidad, requiere que el órgano operador jurídico goce de una libertad más amplia. La diferencia es de cantidad y no de calidad respecto al arbitrio ordinario (LINARES, Juan E., *Poder discrecional administrativo. Arbitrio administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, ps. 18-19).

lo demás, el juez no está sujeto exclusivamente a la ley, sino también a la Constitución, a los Tratados de Derechos Humanos y a los principios y valores del ordenamiento, los que, además de ser fuente de derecho, brindan sustento axiológico y jurídico a la interpretación de la ley, según es dable extraer del juego armónico de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. En fin, los preceptos de orden moral o el orden público, como conceptos jurídicos indeterminados son esencialmente mutables y requieren de una reactualización constante por parte de los operadores jurídicos que, en todo caso, la nueva normativa favorece (79).

Apuntamos, por último, que las facultades concedidas al juez ahora, en torno a la declaración de nulidad absoluta *ex officio* al tiempo de dictar la sentencia, a las que aludimos más arriba, aparecen inconciliables con el mantenimiento de una preceptiva que contenga un *numerus clausus* de vicios rígidos y flexibles.

VIII.5. La conversión del acto nulo

El Cód. Civ. y Com. ha incorporado, en su art. 384, la figura de la conversión (80), la cual posibilita asignar a un acto jurídico que no cumple con todos sus requisitos para generar los efectos a los que estaba destinado, los efectos de otro que al menos guarde afinidad con aquel. El principio se funda en una voluntad hipotética de las partes, según la cual se presume que, de saber que el acto no era válido por los defectos que portaba, le habrían asignado las consecuencias del “convertido” (81).

La redacción del artículo no es del todo feliz, especialmente cuando habla de “acto nulo”, pues puede llevar a confusión con la categoría de actos nulos y anulables, desterrada en el nuevo código. La previsión debió referirse a los actos viciados de nulidad absoluta, por cuanto los afec-

(79) A nuestro juicio la moral debe entenderse como las referencias a criterios, principios o valoraciones que están en vigor en la sociedad de que se trate (moral social o convencional). Cuando se encuentran positivizados por la norma jurídica, se institucionalizan y ya no existe ninguna indagación evaluativa o valorativa alguna. Sobre la relación entre moral y derecho, ver, p. ej., KAUFMANN, Arthur, *Derecho, moral e historicidad*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000, ps. 47-88. Para un análisis de la moral como presupuesto de un “positivismo incluyente”, consultar: ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2004, especialmente, ps. 243-257.

(80) Cód. Civ. y Com., art. 384: “El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”.

(81) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Código...*, cit., p. 510.

tados de nulidad relativa, al igual que en el Cód. Civil, son confirmables (Cód. Civ. y Com., art. 388) (82).

Se trata de la denominada conversión *legal* que reconoce antecedentes en el derecho comparado. Así, el Cód. Civil alemán, en su art. 140, establece que en el supuesto de que un acto jurídico nulo satisfaga las condiciones de otro acto jurídico, valdrá en calidad de este último, siempre que pueda admitirse que, de haberse conocido la nulidad del primero, las partes hubieran querido la validez de este. Para la doctrina alemana, se trata de una suposición justificada, en general, cuando por el otro negocio se alcance igualmente el fin económico del primero “...aunque solo sea parcialmente o de un modo no tan perfecto” (83).

Dejando de lado lo apuntado, nos parece acertada la previsión que ha llevado a la condición de principio un instituto de raíces romanísticas, previsto en códigos modernos y al cual el Cód. Civil no era ajeno en casos particulares (84). La regla evita esta casuística y comporta un criterio que atiende a las circunstancias del caso pues a ello alude la “pauta de intencionalidad” de las partes que inserta este art. 384 (85).

VIII.6. Efectos de la declaración de nulidad

El Cód. Civ. y Com. provee, en su art. 390 (86), una sistemática más simple que la del derogado Cód. Civil, pues, a diferencia de este, esta-

(82) En rigor no existiría impedimento legal para la conversión de un acto afectado de nulidad relativa, pero sucede que difícilmente las partes acuerden recurrir a esta figura, pues ello les significaría no valerse del efecto retroactivo de la confirmación (art. 395 del Cód. Civ. y Com.).

(83) ENNECERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans, *Derecho civil. Parte general*, Bosch, Barcelona, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, vol. 2º, 2ª parte, p. 738.

(84) El Cód. Civil disponía que el instrumento público que resultaba nulo por incompetencia del oficial público ante quien se otorgó, o por defecto de forma, servía como instrumento privado (art. 987); que cuando un testamento cerrado no podía valer como tal por falta de las solemnidades, valía como testamento ológrafo si estaba escrito de puño y letra y firmado por el testador (art. 3670); que cuando un acto que debía ser realizado por escritura pública se hiciese por instrumento privado, valía como obligación de escriturar (art. 1185); que la donación *mortis causa*, nula como tal, podía servir como testamento ológrafo si guardaba las formas (art. 1790); que la donación de los bienes presentes y futuros era válida en cuanto a los presentes (art. 1800).

(85) De acuerdo: BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 323.

(86) Cód. Civ. y Com., art. 390: “La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por

blece la regla de la retroactividad y la restitución sin referencias casuísticas como lo hacían los arts. 1052 a 1055. La cuestión ahora pasa a regirse según que la posesión haya sido ejercida de buena o mala fe.

En cuanto a los subadquirentes de buena fe y a título oneroso, el art. 392(87) del Cód. Civ. y Com., consagra una solución casi idéntica a la del art. 1051 del Cód. Civil, con dos salvedades: a) brinda igual tratamiento a las cosas muebles registrables, siguiendo a la jurisprudencia dominante y a la opinión de la doctrina especializada y; b) incorpora el principio de la transmisión a *non domino* que impide al tercero invocar la excepción si el titular del derecho no participó en el acto invalidado.

VIII.7. Prescripción de la acción de nulidad

EL Cód. Civ. y Com. ha variado el plazo de prescripción genérico decenal que contenía en art. 4023 del Cód. Civil, abreviándolo a cinco años en su art. 2560(88).

Además, el nuevo código, en su art. 2562, ha optado por incluir en su inc. a) a todos los supuestos de acciones fundadas en la presencia de vicios que dan lugar a una nulidad relativa, fijando para todos ellos el plazo de dos años. Recordemos que el Cód. Civil establecía en su art. 4030 la prescripción bianual para la acción de los actos jurídicos afectados por vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) y también para la simulación; pero el art. 4033 fijaba en un año el plazo para la acción de fraude, tratamiento disímil que había recibido objeciones.

Igualmente el art. 954 del Cód. Civil que regulaba el vicio de lesión determinaba en cinco años el término de prescripción de la acción para reclamar la invalidez del acto aquejado por ese defecto, diferenciación que tampoco encontraba justificativo y que también había sido criticada por los autores. El art. 332 del Cód. Civ. y Com., que hoy contempla ese

las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto”.

(87) Cód. Civ. y Com., art. 392: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.

(88) Cód. Civ. y Com., art. 2560: “El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

vicio, mantiene, en lo sustancial, la estructura de su antecesor pero elimina toda referencia a la prescripción que pasa, entonces, a regirse por el aludido término genérico del art. 2562, inc. a).

IX. ¿En qué medida el subsistema de invalidez del Código Civil y Comercial de la Nación incide sobre el subsistema de invalidez de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos?

IX.1. Introducción

Como ya nos hemos referido en los párrafos precedentes, la importancia del Cód. Civil, en materias no reguladas por el derecho administrativo, como lo fue hasta el dictado de la LNPA la teoría del acto administrativo y su invalidez, ha sido inestimable. Si bien hasta el fallo “Los Lagos”, la Corte Suprema —erróneamente— aplicó en forma directa las previsiones de la obra de Vélez, a partir de ese hito jurisprudencial se valió, a través del tamiz de la analogía, de las soluciones previstas en dicho plexo. El Cód. Civil, incluso, prosiguió brindando respuestas en esta materia con posterioridad a la vigencia de la LNPA, de la que son acabada muestra los antecedentes que hemos citado en el punto 7 de este trabajo.

Postulada, como hemos hecho, la condición de “supraconcepto” que reviste el acto jurídico respecto a otros tratamientos sectoriales del derecho, entre ellos el que efectúa el derecho administrativo en relación con el acto administrativo, asumiendo, una relación de género-especie, avizoramos que esa aplicación analógica continuará imponiéndose bajo el nuevo escenario que propone el Cód. Civ. y Com. Así lo ha reafirmado, por otra parte, el Alto Tribunal en un pronunciamiento dictado hace no muchos años (89).

IX. 2. Las facultades del juez para declarar ex officio la nulidad absoluta. Cuando aparece manifiesta al tiempo de dictar sentencia

Más allá de la apuntada impropiedad terminológica de la que, a nuestro juicio, adolece el art. 387 del Cód. Civ. y Com., creemos que se trata de una innovación que proyecta provechosas consecuencias sobre el subsistema de invalidez del acto administrativo.

(89) *In re*, “Barreto, Alfredo Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de y otros/daños y perjuicios” (2006), Fallos 329: 759.

Consideramos que, al igual que el juez civil, el juez contencioso administrativo no se encuentra vinculado por las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso y que, ante la constatación de la existencia de un vicio de tal entidad, como el que determina la nulidad absoluta, sea que surja del acto mismo, de prueba extrínseca o literal o de una investigación de hecho realizada en la etapa probatoria, tal como lo prescribe, puede, o más bien “debe”, declararla. El magistrado, en tal caso, actúa en interés de la ley, no del particular ni de la Administración y la invalidación de actos aquejados de tan graves patologías y su consecuente eliminación del mundo jurídico resulta inevitable, pues existe en esos casos una finalidad relevante, un interés superior que la justicia no puede soslayar.

No compartimos pues, las opiniones que niegan esta posibilidad, so pretexto de producirse una invasión en las atribuciones del poder administrador (la deferencia de los jueces o el *self restraint*), el principio de congruencia o la afectación a la presunción de legitimidad.

En cuanto a la primera de las objeciones, entendemos que parte de una equivocada interpretación de la teoría de la separación de poderes (90), que no parece razonable sostener ante un sistema como el nuestro, de control no concentrado, o difuso, de constitucionalidad por parte de todos los jueces (91).

Respecto de la supuesta conculcación del principio de congruencia, también este reparo entraña un error de concepto pues la congruencia no se extiende a la fundamentación jurídica sino a los hechos y a las pretensiones; a lo reclamado a la Administración y a lo pretendido en sede judicial (92), según prescribe el art. 30 de la LNPA.

Finalmente el argumento basado en la presunción de legitimidad parece resultar una “secuela” de la doctrina del fallo “Los Lagos” pues, como hemos señalado más arriba, tal presunción no pasa de revestir un carácter *iuris tantum*, morigerado por la propia LNPA y la jurisprudencia posterior. Es obvio que una vez que el juez comprueba la nulidad, puede declararla, aunque no haya sido alegada y en ese momento, la presunción de legitimidad cae por sí sola (93).

(90) Ver HUTCHINSON, Tomás, *Ley...*, cit., t. I, p. 305.

(91) De acuerdo: CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto...*, cit., ps. 290-291.

(92) De acuerdo: COMADIRA, Julio R., *Ley...*, cit., t. I, p. 508 y la jurisprudencia que este autor menciona.

(93) De acuerdo: HUTCHINSON, Tomás, *Ley...*, ob. y loc. cits.

En ese orden consideramos que —*mutatis mutandis*—, la Administración podrá (“deberá”), al tiempo de resolver un recurso, declarar la invalidez del acto aquejado de nulidad absoluta, aun cuando ello no hubiera sido materia de agravio por el recurrente, si constata la existencia de un vicio de entidad correlativa con esa sanción, situación que se conoce como *reformatio in pejus* y que autores como Hutchinson (94) y Comadira (95) admiten en nuestro sistema.

Consideramos, haciéndonos cargo de las críticas que a menudo se deslizan en torno a esta posibilidad, que el derecho de defensa y la garantía del debido proceso adjetivo, en ambos casos, quedarían a salvo si el juez o el administrador confirieran un traslado al particular antes de declarar de oficio la invalidez.

Por lo demás, la aplicación analógica de esta previsión vendría a reafirmar la doctrina sentada por nuestra Corte Suprema en los casos “Mill de Pereyra” (2001) (96), “Banco Comercial de Finanzas SA” (2004) (97) y “Rodríguez Pereyra” (2012) (98).

IX.3. La desaparición de la categoría de actos nulos y anulables

Hemos reseñado en el punto 8.4 los motivos por los cuales entendemos que la eliminación de la categoría por parte del Cód. Civ. y Com., aparece provista de razonabilidad y guarda coherencia con la sistemática del nuevo régimen de nulidades. También explicamos en el punto 6.2.4 por qué, a nuestro modo de ver, esta dicotomía que contenía el Cód. Civil, si bien no se ponía en colisión con el subsistema de nulidades de la LNPA, carecía de la relevancia práctica de que podía revestida para las nulidades civiles. Corolario de ello es que opinamos que su desaparición tiene efecto neutro para el subsistema de invalidez del acto administrativo.

(94) HUTCHINSON, Tomas, *Ley...*, cit., t. II, ps. 350-359. Este autor, deja a salvo las sanciones administrativas, por su naturaleza “penal y justifica la figura en virtud de la obligación de la Administración de resolver todas las cuestiones propuestas (art. 7º, inc. e), LNPA) y, respecto del acto nulo, en la facultad de revocación del oficio del órgano administrativo”.

(95) Para Comadira, la *reformatio in pejus* aparecería avalada como derivación de la juridicidad y del principio de la verdad jurídica objetiva (*Ley...*, cit., t. I., p. 53).

(96) Fallos 324: 3219.

(97) Fallos 327: 3117.

(98) Fallos 325: 2333.

IX.4. Nulidad total y parcial

Como apuntamos, la innovación que trae el Cód. Civil en su art. 389, se vincula con la facultad que se otorga al juez para integrar el acto y salvar su subsistencia, teniendo en consideración el fin abstracto que el negocio está destinado a producir y los intereses de las partes al celebrarlo.

Estimamos que esta misma atribución le corresponderá al juez contencioso administrativo —y *mutatis mutandis* al órgano de la Administración—, especialmente en materia contractual.

IX.5. La conversión del acto nulo

El art. 20 de la LNPA se refiere a la conversión de acto nulo bajo esta fórmula: “Si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en este, consintiéndolo el administrado. La conversión tendrá efectos a partir del momento en que se perfeccione el nuevo acto”. Esa redacción ha dado apoyatura a la interpretación de que nuestro plexo procedimental, solo acepta la conversión *bilateral* o *voluntaria*, no existiendo la misma como principio general (99), como ocurre, por ejemplo, en España con la Ley 30/92 de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la que en su art. 65 dispone: “Conversión de actos viciados: Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de este” (100).

No nos parece que la LNPA haya contemplado la conversión voluntaria y, creemos que ella opera como principio, no como excepción: la preservación del interés público, la continuidad de la actuación administrativa y, en fin, razones de celeridad, economía, eficiencia y eficacia, aconsejan esta exégesis. Las críticas de Marienhoff que reseñamos en la nota al pie nro. 100 no nos parecen atendibles, especialmente cuando no media perjuicio económico alguno para el interesado.

No se nos escapa que la ley dice “...consintiéndolo el administrado”, pero no vemos en esa parte de la disposición la existencia de sinalagma administrativo alguno, sino la indicación del comienzo a partir del cual

(99) CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. I, ps. 722-723.

(100) La figura ha sido tachada de irrazonable y arbitraria por atribuirles presuntamente a las partes interesadas su conformidad para aceptar una situación jurídica en lugar de otra, aun en el supuesto de que económicamente las situaciones sea iguales (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. II, p. 663).

la conversión comenzará a tener efectos, ya que, desde luego, el particular podrá consentir el acto de conversión o impugnarlo si le causare gravamen.

La recepción de la conversión legal por parte del art. 384 del Cód. Civ. y Com. viene, pues, a nuestro juicio, a corroborar lo expuesto pues sería un absurdo preconizar como regla una figura en una parcela del derecho en la que campea el principio de autonomía de la voluntad, para negarle tal carácter en otra donde impera el principio de legalidad y la facultad conferida al poder administrador de generar vínculos obligaciones de manera unilateral con los particulares (101).

IX.6. Los efectos de la declaración de nulidad

Señalamos en el punto 8. 6. que el nuevo código ha simplificado el sistema casuista que contenía el código velezano en sus arts. 1052 a 1055, tomando en cuenta que para la restitución de las cosas recibidas, deberá estarse a que la posesión haya sido ejercida de buena o mala fe.

Si bien las reglas circunstanciadas del Cód. Civil no eran enteramente aplicables a los efectos de la declaración de invalidez del acto administrativo, la Procuración del Tesoro de la Nación, aplicando analógicamente el art. 1055, había opinado en numerables asesoramientos que, en aquellas situaciones en las que cabía razonablemente concluir que había mediado buena fe del agente, no correspondía exigir la restitución de las sumas así percibidas y consumidas (102).

En cuanto a las innovaciones que trae el art. 392, ningún problema representa la aplicación analógica de la extensión del tratamiento a las cosas muebles registrables. Y, aunque apriorísticamente, tampoco presentaría reparo jurídico el principio de la transmisión a *non domino*, nos resulta de difícil verificación en la práctica.

IX.7. Prescripción de la acción de nulidad

Como bien es sabido el particular está sometido a los brevísimos plazos de caducidad previstos en el art. 25 de la LNPA por lo que, se ha di-

(101) La CS ha establecido que, en materia de contratos administrativos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración Pública, esta se halla sujeta al principio de legalidad, el cual tiene por virtualidad propia desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla contenidos impuestos normativamente (“Espacio”, Fallos 316: 3. 157, entre otros).

(102) Dictámenes 180:66; 193:67; 243:482, entre otros.

cho con acierto que se trata de un instituto equivalente, en el ámbito del derecho administrativo a la prescripción del derecho privado (103). La existencia de términos para demandar a la Administración, aun tratándose de actos viciados de nulidad absoluta, aunque criticada por cierta doctrina, ha sido justificada por nuestro Tribunal Supremo en el entendimiento de que ello garantiza la seguridad jurídica y la estabilidad de los actos administrativos, evitando una incertidumbre continua en la actividad administrativa (104).

De allí que el interés de esta cuestión se reduce a los supuestos en los que el Estado es actor. Dispone el art. 27 de la LNPA que “No habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

La remisión a lo que corresponda en materia de prescripción lleva a interpretar que la acción para demandar la invalidación del acto viciado de nulidad absoluta es imprescriptible, mientras que la acción para anular el acto afectado de una nulidad relativa estaría sujeta a los términos de prescripción previstos en el Cód. Civ. y Com.

Para Hutchinson, el plazo aplicable analógicamente era el decenal que preveía el art. 4023 del Cód. Civil (105). Para Gordillo, en cambio, lo era el bienal del art. 4023 (106), postura errónea a nuestro juicio pues no reparaba que los vicios contemplados en esa norma (en la voluntad, en la causa) dan lugar a nulidad absoluta en la LNPA y, por ello, resultan inaplicables es esta materia (107).

En consecuencia, entendemos que resulta de aplicación el plazo de prescripción genérico, que ahora el Cód. Civ. y Com. fija en cinco años en su art. 2560, a las acciones por las que el Estado demandare como actor la anulabilidad de sus actos.

X. Conclusión

Este somero examen de las posibles incidencias del nuevo Cód. Civ. y Com. sobre la LNPA en el régimen de nulidades administrativas, confirma, a las claras, que la concepción dicotómica derecho público-dere-

(103) COMADIRA, Julio R., *Ley...*, cit., t. I, p. 483.

(104) CS, “Gypobras”, Fallos 318: 441 (1995).

(105) HUTCHINSON, Tomás, *Ley...*, cit., t. I, p. 506.

(106) GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 3, p. XI-25.

(107) De acuerdo: HUTCHINSON, Tomas, *Ley...*, ob. y loc. cit.

cho privado puede explicarse por razones tradicionalmente históricas y actualmente metodológicas, pero hay normas que se aplican a todos los sujetos jurídicos; normas que tienen originariamente como destinatarios a los particulares y resultan extensivamente aplicables a la Administración y normas inicialmente administrativas que se aplican a los privados, como las de adjudicación de contratos administrativos (108).

Es que el esquema de conceptos generales es en principio aplicable al derecho administrativo, como esquema de teoría general del derecho. Ello así porque es una advertencia elemental que la dogmática jurídico-administrativa no se construyó apriorísticamente, sino como resultado de la labor de los jueces. Ese origen hace que necesariamente la teoría de la invalidez del acto administrativo sea tributaria de la dogmática iusprivatista que fue el modelo con el que contó el juez al iniciar su tarea.

Independientemente de todo ello, la teoría de la invalidez de los actos jurídicos es patrimonio común de la ciencia jurídica en cuanto esquema de conceptos del derecho común, ya que este fue el primero en utilizarlos. En esta materia, como en otras, al tomar esos principios elaborados por el derecho privado, no fueron mantenidos por la disciplina administrativa con sus caracteres iniciales, sino que los ha adaptado a los intereses en juego que regula esta rama del derecho público. Así, debieron integrarse con los Principios Generales, *típicos, propios o exclusivos* del derecho administrativo (109) conformándose a este, adquiriendo, por ello, modalidades propias.

Lo que habrá de tenerse en todo caso presente es que un sistema de invalidez construido en un derecho que tiene su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados no puede ser totalmente aplicado a un derecho que tiene su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad (110). Allí es donde jugará, como ha jugado hasta ahora, un papel decisivo la analogía.

Es verdad que la importancia de los códigos no es la misma en la actualidad que la que gozaron al calor de la Revolución Francesa y a lo largo del siglo XIX. En el movimiento revolucionario galo, en efecto, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, obró más

(108) Cfr. VELASCO CABALLERO, Francisco, *Derecho público más derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 19.

(109) Ver y ampliar en SILVA TAMAYO, Gustavo E., *Desviación de poder y abuso de derecho*, 1ª ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 30-38.

(110) HUTCHINSON, Tomás, *Ley...*, cit., t. I, ps. 292-293.

como un instrumento legitimador de la potestad legislativa que como una verdadera Constitución. Jurídicamente, señala Zagrebelsky, la verdadera “Constitución” fue el *Code Civil*, a menudo denominado como la “Constitución de la burguesía liberal” (111).

Por el contrario, en la actualidad, las necesidades propias surgidas de la complejidad social emergente de los tiempos de Posmodernidad y Globalización que transitamos exigen a los Estados, una actuación activa y no prescindente que supone una transformación esencial del derecho, privado y administrativo. Así, del esquema decimonónico distributivo mínimo ambos derechos deben transformarse en una totalidad que garantice una distribución esencial.

Bajo este paisaje, el desplazamiento del sistema codificado a una cauística judicial, edificada a partir de los Principios, es una realidad incontestable (112). Tanto más ante el panorama de una desmedida producción de leyes y reglamentos administrativos, una verdadera *inflación* normativa, contingente y provisional, ideada para responder a situaciones o problemas determinados, dentro de una política pública guiada por la urgente concreción de un objetivo y, no siempre, por la realización de la Justicia (113).

No obstante, la integración de soluciones que pueda proveer el Código, a través de la analogía, seguirá siendo trascendente —y no será un dato menor a la hora de recurrir al Cód. Civ. y Com. tener presente la renovada presencia de Principios Generales insertos en su articulado—, pues la fugacidad de la producción normativa de derecho administrativo provocará problemas interpretativos al operador jurídico. Ante ellos, y no solo en materia de nulidades, en la búsqueda de la respuesta al caso, deberá bucear en el océano de aguas más calmas que el Código seguirá representado.

(111) Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 3ª ed., Trotta, Madrid, 1999, trad. de Marina Gascón, ps. 52-53.

(112) ESSER, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961; ídem en SEGURA ORTEGA, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 78 quien, en sus propias palabras, señala un “...deslizamiento desde el sistema a la decisión”.

(113) De acuerdo: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 47-52.

LA ANULACIÓN DE OFICIO DEL ACTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

POR MARIO REJTMAN FARAH

I. El problema planteado

Nos proponemos analizar aquí si resulta aplicable a los actos administrativos irregulares la previsión contenida en el art. 387 del Código Civil y Comercial (en adelante, Cód. Civ. y Com.), que contempla, respecto a los actos nulos, que dicha nulidad puede ser declarada de oficio por el juez si es manifiesta al momento de dictar sentencia⁽¹⁾. Sobre todo frente a la ausencia de normas específicas en el mismo sentido en el ámbito de nuestra disciplina respecto a los actos administrativos.

Nos referimos a *anulación*, conforme lo hace la mayoría de la doctrina, para referirnos a la extinción en sede judicial de un acto administrativo, conforme surge también de la terminología que surge de la ley 19.549.

II. Aplicación analógica del derecho civil

Tanto Marienhoff⁽²⁾ como Cassagne⁽³⁾ advierten, sobre el peso y la entidad de la técnica de la analogía en el ámbito del derecho administra-

(1) La norma prevé que “La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción”.

(2) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, t. I, ps. 87 y ss.

(3) Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. I, ps. 95 y 175.

tivo, en gran parte atento la autonomía y condición de derecho nuevo de este y, por lo tanto, con frecuentes carencias de normas escritas.

Conforme lo recuerda Perrino (4) la aplicación analógica de las disposiciones del derecho privado para integrar vacíos en el derecho administrativo, cuando surge una situación que no encuentra respuesta legal en este, requiere que se adapten las soluciones previstas en aquella esfera a los principios y normas del derecho público. Ello en coincidencia con Gordillo (5), para quien la afirmación frecuente que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta en tanto, generalmente, aquel no se realiza en el ámbito de este respetando la pureza original, sino integrándolo con los principios y normas propias en juego.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante indistintamente CS— ha acudido en múltiples oportunidades a la aplicación analógica de normas del Cód. Civil para resolver cuestiones de derecho administrativo, en casos en donde no existían normas propias de este para hacerlo. Encontramos así antecedentes donde así lo hizo sobre cuestiones relacionadas con las nulidades del acto administrativo(6), sin perjuicio de otras vinculadas, por ejemplo, con los contratos administrativos(7). El Máximo Tribunal aplicó en algunos casos la técnica de la subsidiariedad y en otras la de la analogía, aun cuando ambos institutos operan de modo diferente. Consignamos tal circunstancia aun cuando ella no impacta, necesariamente, sobre el eje central de este trabajo.

III. Algunos principios en juego

III.1. *El principio de congruencia*

Quienes se opusieran a la declaración judicial de oficio de la nulidad de un acto jurídico, antes de la reforma al Cód. Civ. y Com. han sostenido que de hacerlo se violaría el principio de congruencia, conforme al cual el ámbito de conocimiento del juez de primera instancia se en-

(4) Véase PERRINO, Pablo E., “La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos”, ED del 31/3/2015.

(5) Cfr. GORDILLO, Agustín, en REJTMAN FARAH, Mario (dir.), *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, FDA, Buenos Aires, 2013, t. I, cap. VIII, p. 3.

(6) CS, Fallos 190:142; 205:200; 241:385 (ver en especial disidencia de los jueces Araoz de Lamadrid y Oyhanarte); 293:133 y 301:292.

(7) CS, Fallos 300:679; 301:292; 311:2034, disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi; 312:696 y Fallos 318:1518.

cuenta limitado por las pretensiones y oposiciones formuladas en los escritos introductorios del proceso. Se suele invocar, en apoyo de tal tesis, el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Proc. Civ. y Com.), el que vedaría el tratamiento de hechos que no hubieran sido materia propuesta al pronunciamiento del mencionado juez. Se afirma que, de lo contrario, se pondría en indefensión a la contraparte. Para quienes así lo interpretan, el principio encontraría también respaldo en el art. 271, párr. 2º, del mismo Código, que prescribe que el tribunal de alzada debe examinar solo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios (8).

La objeción central a la declaración de nulidad de oficio de un acto jurídico es la misma esgrimida respecto a cualquier decisorio jurisdiccional. Se centra, sobre todo, en que el mencionado principio de congruencia indicaría que las decisiones judiciales deben guardar relación con las pretensiones, partes y hechos de la *litis*.

Se afirma en ese sentido que por aplicación del aludido principio en cualquier pronunciamiento judicial, es siempre necesario verificar que exista plena correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta. Ello impediría que el juez tenga facultades para interpretar, más allá de lo expresado por las partes, cuál es el derecho aplicable al conflicto cuya resolución le es sometida. Esto en concordancia con lo dispuesto por los arts. 34 inc. 4º del Cód. Proc. Civ. y Com. que prescribe que es deber del juez "...Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia". No obstante debemos recordar que el art. 163 inc. 6º del mismo código ritual exige que la sentencia debe dictarse "...de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio, calificadas según correspondiere por ley".

III.2. La reformatio in peius y el principio iuria curia novit

En apoyo de la imposibilidad judicial de declarar la nulidad de oficio se apela también, al argumento conforme el cual corresponde aplicar el principio que prohíbe la *reformatio in peius*, en tanto se encontraría en juego —de no respetarse tal prohibición— la garantía de la defensa en

(8) Sobre ambos principios ampliar en COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado*, La Ley, Buenos Aires, ps. 181 y ss.

juicio y la del debido proceso (art. 18 CN) (9) así como el derecho de propiedad (art. 17 CN). Esto en tanto debería impedirse el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede para lograr su eventual mejora, asegurándose la estabilidad de las resoluciones judiciales que, en los aspectos no impugnados, configuran un derecho adquirido para la parte a quien estas benefician.

Empero Palacio (10) advierte que la *reformatio in peius* no es sino la facultad de los jueces para moverse con amplitud al momento de calificar jurídicamente hechos probados en el proceso, sin perjuicio de las normas invocadas por las partes. No más que eso.

Conforme el principio *iura novit curia* los jueces están facultados para clasificar autónomamente los hechos y subsumirlos en las normas jurídicas, pudiendo apartarse o ignorar los argumentos de las partes siempre que no se modifiquen los supuestos fácticos, es decir, sin apartarse de lo que resulta de los términos de la *litis* ni de las circunstancias de hecho probadas, ni se introduzcan cuestiones no debatidas, o se modifiquen los términos en que quedó trabado el proceso.

No puede desconocerse la tensa relación que existe entre la prohibición de la *reformatio in peius* y el principio *iura curia novit*, la que tal vez se da con mayor énfasis en el ámbito del derecho penal, aunque para algunos, en dicha disciplina, la transgresión a la primera se produce solo en materia de penalidades o medidas de seguridad y corrección (11), pero no en los casos de modificación del significado jurídico del comportamiento atribuido al imputado.

Un obstáculo que aparece en esta discusión es como sortear la dificultad que existiría al limitar la actuación jurisdiccional en aquellas cuestiones que, a juicio del magistrado interviniente, no resulten ajustadas a derecho y privarle a aquel del deber de discurrir los conflictos liti-

(9) Ver así CS, Fallos 234:270 y 372, 241:254, 244:198, 246:121, entre otros. Ampliar en MADARIAGA, Miguel Á., *La reformatio in peius y los alcances de la cosa juzgada*. Con todo el mismo tribunal ha convalidado que el tribunal revisor agrave la situación del imputado más allá de lo pretendido por el recurso acusatorio interpuesto, entendiéndose que "...toda vez que existe un recurso acusatorio, el tribunal asume plena jurisdicción, aun para superar la pretensión punitiva expresada en ese recurso (CS, Fallos 246:121, 251:17 y 65, 255:235, 266:188)".

(10) Ampliar en PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, 12ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 156.

(11) Criterio utilizado por la CS, en la causa "Bazzino" (Fallos 242:234) al expresar que "...la sola circunstancia de que la Cámara, sin agravar la pena, modificara la calificación del delito, no importa agravio constitucional".

gios y resolverlos según el derecho vigente, subsumiendo la situación fáctica acreditada y probada en la norma que la rige, con independencia de los fundamentos o pretensiones jurídicas que enuncien las partes.

Debemos adelantar, sin embargo, que a nuestro juicio el juez debe aplicar siempre respecto a los hechos probados el derecho que corresponda, aun cuando las partes no lo hubieran invocado. De lo contrario se verían privados de la potestad de evaluar el derecho aplicable a la contienda que les ha sido sometida a decisión, aunque estén limitados en el ámbito de conocimiento de los hechos, ya que solo pueden pronunciarse sobre los extremos fácticos que las partes han invocado.

En el ámbito del derecho administrativo esto adquiere mayor vigor, pues, como bien lo señala D'Argenio (12) —y tal como lo ampliaremos en este trabajo— el juez juzga plenamente respecto de la actuación administrativa sin límite ni condicionamiento alguno. Como bien lo puntualiza la mencionada autora "...[n]uestro sistema institucional no admite dominios del Estado sustraídos de la esfera jurídica".

Un interrogante que a esta altura debemos plantearnos es, en este sentido, si los jueces pueden abdicar de su indelegable facultad de valerse del derecho, aun prescindiendo del encuadre jurídico que le den al caso las partes, enmendando el derecho mal invocado y pronunciarse sobre la ley aplicable sin otra atadura que la propia normativa. Ello a partir de los hechos acreditados y probados y frente —sobre todo en el ámbito del derecho administrativo— al interés público comprometido. Entendemos que no.

IV. La cuestión en el derecho administrativo

Hasta aquí identificamos las principales interpretaciones y argumentos en torno a ciertos principios propios del derecho procesal. Sin embargo, ¿cómo dirimir la cuestión en el ámbito del derecho administrativo frente a la nueva previsión del Cód. Civ. y Com. que habilita en forma expresa a declarar jurisdiccionalmente de oficio la invalidez de un acto nulo? ¿Es ello aplicable al acto administrativo nulo?

En nuestra opinión la conducta procesal del Estado, en caso de que este omita solicitar judicialmente la declaración de nulidad de un acto administrativo, no puede constituirse en un valladar que impida al juez expedirse de oficio sobre la validez de dicho acto. Existiría una omisión

(12) Ampliar en D'ARGENIO, Inés, *La justicia administrativa en la Argentina*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2006.

jurisdiccional si no lo hiciera, lo que plantearía la contradictoria situación que un juez considerara como nulo un acto estatal, pero nada resolviera sobre el particular.

Intentamos pues encontrar una respuesta posible a la paradoja que se presenta cuando, a través de una acción judicial se exige o se reclama el cumplimiento de derechos u obligaciones nacidas al amparo de un acto administrativo nulo, pero donde ninguna de las partes invoque, como defensa procesal para oponerse al progreso de la acción, la nulidad de tal acto. A nuestro juicio en materia de derecho administrativo los argumentos a favor de la aplicación analógica del art. 387 del Cód. Civ. y Com. se ven reforzados.

IV.1. La autonomía de la voluntad y el derecho administrativo. El principio de legalidad

A la posible interpretación respecto a que existiría una restricción procesal derivada del principio de congruencia que impediría la declaración judicial de oficio respecto a la nulidad de un acto administrativo nulo, parece oponérsele en el derecho administrativo, el principio general de legalidad. Conforme este es inaplicable para la Administración la autonomía de la voluntad para regular las relaciones con los administrados, propia del derecho civil.

El principio de congruencia no aplicaría, en tal sentido, cuando se trata de aplicar el derecho que rige el ejercicio de todo poder público, pues este debe estar subordinado a la ley, y no a la voluntad de los funcionarios. La vigencia de este principio no solo da seguridad jurídica sino que asegura la existencia del Estado de Derecho.

En este ámbito, como fuera dicho, la Administración debe ajustar su accionar a un preciso marco de legalidad. Dicho principio, consagrado de manera expresa en el art. 19 de la CN se encuentra estrechamente ligado al de jerarquía normativa, que abordaremos *infra*, exigido por el art. 31 de la CN. La ley y los principios generales del derecho (13) deben prevalecer en toda actividad o función estatal. Esto quiere decir que todo aquello que emane del Estado debe estar regido por la ley, y nunca por la libre voluntad de los individuos. Ello considerando muy especialmente el interés público y la persecución del bien común comprometido en la actividad estatal. Es que los vicios en un acto administrativo "...trascien-

(13) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, Thomson Reuters, Buenos Aires, La Ley, 2016, cap. IV, ps. 155 y ss.

den el interés meramente privado de los particulares, afectando el interés de todos, al orden general, al orden público” (14).

Conforme lo ha resuelto la CS, quien tuvo ocasión de expedirse sobre este principio en un caso vinculado a contrataciones públicas, “... la administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal” (15).

En el derecho privado, en líneas generales, el principio de legalidad se concreta en el poder atribuido a la voluntad de las personas respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. Presupone que cada una de ellas puede y debe decidir libremente acerca de sus propias incumbencias. Ellas estimarán cuáles son los fines que pretenden alcanzar en cada caso, y escogerán los medios adecuados para ello. El principio de autonomía de la voluntad supone la existencia básica de la voluntad personal y de la libertad individual. En cuanto al principio de libertad personal es en función de este que cada uno puede decidir acerca de dar vida o no a una relación cualquiera. Salvo excepcionales normas de orden público, las partes gozan así de autonomía para convenir las condiciones que regirán su relación.

No puede decirse lo mismo de la Administración. El principio de legalidad suple al de libre voluntad. Conocer y declarar los vicios de un acto administrativo es cotejar, entonces, el cumplimiento de la ley en protección del interés colectivo, para que el obrar estatal se ajuste a la ley. Se trata, en síntesis, del examen que como custodio de la ley y los principios generales del derecho le ha conferido la Constitución a la Justicia.

Dicho principio, en materia de actos administrativos, obra así como una limitación a la regla de la autonomía de la voluntad de las partes

(14) Según lo expresan GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 1ª ed. argentina, Thompson- Civitas-La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, con notas de Agustín Gordillo, p. 223. Así lo ratifica también Gordillo, en la misma obra, en *Nota al capítulo IV*, ps. 236-C y ss., aun cuando había ya recordado, como lo señalamos, que “en nuestra jurisprudencia los jueces han declarado no poder conocer de oficio en las nulidades administrativas”. Ver también del mismo autor *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., FDA, Buenos Aires, 2011, p. XI-4 y XI-26, t. 3.

(15) De acuerdo lo expresara la CS, en la causa “Espacio SA c. Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos”, Fallos 316:3157.

y, además, lo desplaza. Como lo señalan Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (16) existe una vinculación positiva de la Administración a la legalidad "...cuya aceptación es sentida por una parte del constitucionalismo actual como una verdadera conquista a proteger...".

Puntualiza en tal sentido Pozo Gowland (17) que es en virtud del principio de legalidad que "Por un lado [se], restringe la actuación de la Administración al asegurar a todos los habitantes que no serán obligados a hacer lo que no manda la ley, ni privados de lo que ella no prohíbe...". Agrega, en tal sentido, que "...Debido al monopolio que el Estado ejerce en la fijación del ordenamiento jurídico y en base a los términos como el principio de legalidad está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, no es posible concebir al mismo sin un sistema de control que reconozca a los jueces la mayor amplitud en sus facultades". Ello, aun cuando concluye que a su criterio, "...el juez debe juzgar y decidir en función de las pretensiones planteadas por las partes, bajo el riesgo de lo contrario de incurrir en vicios por defecto o excesos en la sentencia, que puedan llegar a anularla por afectar el principio de congruencia".

Por nuestra parte interpretamos que resguardar, garantizar y preservar el interés público comprometido en toda la actividad estatal es tarea propia de todos los poderes del Estado y es lo que justifica que los jueces cuenten con los medios necesarios para restablecer, aun de oficio la legalidad violada, ya que el Estado debe someterse al derecho que le viene impuesto.

El acatamiento a la ley por la Administración se convierte así en una garantía y a la vez un derecho de los particulares.

Se pregunta Juan B. Justo si de un acto gravemente inválido pueden nacer derechos adquiridos, entendiendo a estos como intereses jurídicamente protegidos. En tal sentido sostiene que en atención al principio de legalidad y al carácter fiduciario de las potestades públicas el Estado no puede otorgar o reconocer derecho alguno si no cuenta con el apoderamiento legal pertinente. Agrega en tal sentido que "un acto administra-

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, I con notas de Agustín Gordillo, cit., ps. 446-448.

(17) Véase POZO GOWLAND, Héctor, "El incumplimiento de sentencias por el Estado. Ejecución forzosa y poder de sustitución de los jueces", premio doctor Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2011.

tivo nulo que genere derechos subjetivos supone una contradicción en sus propios términos” (18). Coincidimos con ello.

Conforme nuestra opinión, al hacerlo de oficio, no se resuelve más allá de las pretensiones procesales invocadas por las partes en un pleito sino, en todo caso, se determina cuál es la norma jurídica a la que la Administración debe o debió aplicar a los hechos alegados y probados. Como surge del Código de rito art. 163 inc. 6º la calificación de las pretensiones deducidas en un juicio le corresponde al juez “calificadas según correspondiere por ley”.

IV.2. La supremacía normativa

Otro principio en juego, constitucionalmente consagrado, es el de jerarquía normativa exigido por el art. 31 de la CN al que el Estado debe acatamiento y del que no puede dispensarse (19). Ello ha sido pacíficamente interpretado por la CS quien señaló, en el sentido antes mencionado, en cuestiones vinculadas, por ejemplo, a los contratos administrativos, que ellos “...están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (conf. Fallos 316:3157)” y que en consecuencia no resultaba legítimo “[...] en las bases del llamado a licitación [...] insertar cláusulas que no respetaban las disposiciones vigentes” (20).

Los jueces están así impedidos de aplicar normas inválidas o dar como válidos actos que violen el ordenamiento jurídico, contrarios a la jerarquía normativa que deben respetar y mantener. De lo contrario, ¿qué valor tendrían las leyes que los rigen si ellas quedan subordinadas a la voluntad de las partes y si esta puede desplazar el valor y la primacía de aquellas?

Es de tal modo facultad propia del Poder Judicial aplicar el derecho que rige a la Administración Pública en todo asunto sometido a su consideración, a fin de mantener precisamente esa supremacía normativa.

(18) Ver, al respecto, JUSTO, Juan, “¿Los derechos declarados en un acto administrativo son más importantes que los consagrados en la Constitución?”, DPI Diario Administrativo, año 2, nro. 12, 8/4/2014 y del mismo autor “Puede un acto administrativo generar derechos subjetivos”, DPI, Doctrina-Administrativo, nro. 117-28.06.

(19) Ver lo expuesto por Juan Carlos CASSAGNE respecto al principio de jerarquía en *Los grandes principios del derecho público*, cit., ps. 386 y ss. En similar sentido GORDILLO, Agustín, *Introducción al derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2007, 1ª ed. en castellano.

(20) CS, Fallos 326:3700.

¿Puede abstenerse de hacerlo si las partes no lo han invocado y no ejercer en consecuencia el deber de hacer que se respete la jerarquía normativa del orden jurídico? La respuesta negativa, a nuestro juicio, se impone.

IV.3. El pleno control judicial y el equilibrio de los poderes

Como derivación de los principios y garantías propias del Estado de Derecho, el respeto por la legalidad del accionar administrativo y su restablecimiento en caso de que ella sea vulnerada, es tarea que ha sido confiada a los jueces. El control jurisdiccional sobre los actos de la Administración se constituye así en un principio irrenunciable derivado de la división de poderes. El art. 116 de la CN prevé, por ello, que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación”.

En relación con las restricciones que pudieran oponerse frente a una revisión judicial amplia de la actividad administrativa por parte del Poder Judicial y la vinculación de esta con la separación de poderes. Como afirma Mairal “...No se trata en realidad de la supremacía de un poder sobre otro, sino de la supremacía de una norma sobre otra: el juez se limita a declarar la incompatibilidad de la norma o acto de rango inferior... con la de rango superior” (21).

El restablecimiento del orden jurídico por el Poder Judicial es consecuencia y derivación ineludible del reconocimiento de la plena operatividad e imperatividad de la Constitución que lo consagra y protege, de la obligación de la Administración de someterse al orden jurídico y de las atribuciones indelegables conferidas a la CS y a los tribunales inferiores para hacerlo. Todo ello no puede quedar sujeto a la voluntad de las partes en el litigio.

A los jueces es a quienes la Constitución Nacional les ha confiado el control de legalidad de la actividad estatal. Tal obligación debe ejercerse con independencia de lo que los litigantes aleguen o de sus propias voluntades. La situación podría presentar algún margen de duda, antes del actual art. 387 del Cód. Civ. y Com., en relación con situaciones jurídicas entre sujetos regidos por el derecho privado. Pero en el caso de la Administración ella está regida por un orden jurídico imperativo y pleno, al que debe someterse con independencia de su voluntad. Poco influye si quiere o no someterse a la Constitución o a la ley. Debe hacerlo, y en caso

(21) Cfr. MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 109.

contrario el Poder Judicial, como parte de uno de los poderes del Estado, debe ser quien restablezca la legalidad violada. Ese orden jurídico al que está sometido el Estado constituye un derecho público subjetivo de los particulares y, por lo tanto, corresponde ser aplicado por los jueces con independencia de si las partes resuelven renunciar a acudir a los medios necesarios para defenderlo.

No se trata sino del ejercicio por parte del Poder Judicial del control de constitucionalidad, dentro de un concepto amplio, pues respetar la ley por parte de la Administración constituye una obligación con fundamento constitucional, y ello no depende de su voluntad.

Cuando el sistema jurídico articula un conjunto de normas destinadas a resguardar y proteger derechos, garantías y principios constitucionales, la defensa de ese orden jurídico imperativo, en caso de que se incumpliera por acción u omisión, les cabe a los jueces. El control de la legalidad a través del Poder Judicial es, en consecuencia algo ínsito en el principio republicano, en tanto le cabe a dicho poder el restablecimiento de la juridicidad violada.

No parece existir fundamento suficiente para sostener que el principio republicano de la separación de poderes se puede resentir si los jueces declaran la nulidad un acto administrativo de oficio, siempre frente a un caso concreto. Como lo afirmara la CS no puede verse, por ejemplo, en la declaración de inconstitucionalidad de oficio la creación de un desequilibrio de poderes en favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (22). Ello en tanto si así fuese debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso.

IV.4. No solicitar la nulidad judicial de un acto administrativo sumaría otra irregularidad

Si la Administración no solicita al juez la declaración de anulación de un acto administrativo, a la nulidad primigenia se sumaría otro obrar

(22) CS, Fallos 327:3117. Ver lo expuesto al respecto por KODELIA, Gonzalo, "La Corte Suprema como poder político y el control de constitucionalidad por su oficio". Garay sin embargo disiente con quienes ven en este precedente un caso de control de oficio (ampliar en GARAY, Alberto F., "Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio", JA 2008-II-1404; SJA del 30/4/2008).

irregular al no hacerlo al momento del debate judicial. Con la consecuencia, además, que se reconocerían en tal caso derechos o efectos jurídicos derivados de un acto administrativo ilegítimo, pese a que ello sea verificado por el juez, solo porque las partes o especialmente la Administración hubiera incurrido en la ilegal omisión de no requerir la declaración de nulidad de un acto contrario al ordenamiento jurídico (23).

Si, como fuera dicho, la autonomía de la voluntad no permite, en el ámbito del derecho público, enervar los presupuestos legales para determinar la validez de un acto administrativo, resultaría contradictorio que como consecuencia de la omisión de la Administración en plantear la nulidad en sede judicial —lo que constituye una nueva violación al orden jurídico— se reconozcan derechos nacidos en contra de la ley.

Un precedente ilustrativo puede verse en la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en la causa “Latinoconsult SA y otros c. GCBA” (24) donde el referido tribunal resolvió sobre una cuestión vinculada al problema aquí planteado. Según lo que surge del respectivo fallo, la empresa actora había suscripto con el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un contrato administrativo en el que se habrían violado normas sustanciales vinculadas a la contratación administrativa, aun cuando el Estado demandado no lo alegó en tiempo y forma oportunos. La sentencia de Cámara había concluido que no podían admitirse pretensiones derivadas de previsiones contrarias a derecho.

El Superior Tribunal, sin embargo, revocó tal decisorio teniendo en cuenta que si bien “...el contrato administrativo dejó de lado la normativa general de la Ciudad en materia de contrataciones [y] estableció una norma singular para el caso [...] la validez de ese contrato o de tales cláusulas no fue objetada por la Administración pese a que guste o no, las reglas pactadas sustituyeron el procedimiento de acreditación del cumplimiento de la prestación reglamentariamente preestablecido”. Concluyó empero que el tribunal no podía “[...] tratar cuestiones que no hayan sido planteadas por las partes en los escritos constitutivos de la litis, ni traídos a su decisión en esta instancia recursiva ordinaria mediante la adecuada formulación de agravios”.

(23) Con ello, nos referimos, como lo señala Cassagne a las normas y principios que componen aquel (ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, cit., cap. II, ps. 59 y ss.).

(24) Ver nuestro comentario a dicho fallo en REJTMAN FARAH, Mario, JA 2006-IV, Suplemento de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 33.

La CS tuvo en la materia una conducta oscilante. En ocasiones resolvió que no resultaba posible invalidar un contrato administrativo de oficio pues hacía falta "...una petición expresa de nulidad, habida cuenta que es una condición esencial en la organización de la administración de justicia, con la categoría de Poder, la de que no le sea dado controlar por propia iniciativa, de oficio, los actos de la Administración" (25). No obstante con anterioridad había resuelto en otra causa que la nulidad "[...] puede ser invocada por el Ministerio fiscal y aun declarada de oficio por el juez" (26).

La conducta procesal de la Administración no podría a nuestro criterio modificar la validez o nulidad de un acto administrativo, la que existe con independencia que aquella lo alegue o no lo haga. En tanto la validez de un acto administrativo constituye condición sobre la que se asienta el eventual derecho de un particular para reclamar una prestación al Estado, la declaración de nulidad aún de oficio permite restablecer el derecho violado como consecuencia de un accionar ilegítimo, primero, y una irregular omisión posterior al no requerir la anulación en sede judicial.

V. Algunos antecedentes normativos en la materia

Se había reconocido la potestad jurisdiccional para declarar de oficio la inhabilitación de la instancia, conforme la doctrina sentada en los casos "Gorordo y Romero" (27) y verificar, aun cuando las partes no lo hubieren planteado, si se encontraban cumplidos los recaudos impuestos por la ley para demandar al Estado. La postura adoptada por dicha jurisprudencia quedó luego consagrada en la ley conforme lo dispuesto por el art. 31 de la ley 19.549, modificado por la ley 25.344, previéndose que los jueces no pueden dar curso a las demandas mencionadas en los arts. 23, 24 y 30 de la LNPA sin verificar, de oficio, el cumplimiento de los recaudos establecidos en esos artículos, los plazos previstos en el art. 25 y el mencionado en el art. 31 (28).

(25) CS, "Meridiano SCA c. Administración General de Puertos", Fallos 301:292.

(26) CS, "Empresa Constructora F.H. Schmidt c. Provincia de Mendoza", Fallos 179:249.

(27) CS, "Gorordo de Allaria de Kralj, Haydée María c. Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)", Fallos 322:73 y "Romero Gerardo c. Estado Nacional - EMGE s/personal militar y civil de las FFAA. y de Seguridad", Fallos 324:4504.

(28) A nuestro juicio, las reformas introducidas en esta materia a través de la ley 25.344 resultan inconstitucionales. Nos remitimos a lo expuesto en REJTMAN FARAH, Mario, "La consagración legal de la habilitación de instancia de oficio", en CASSAGNE,

Otro supuesto de una norma expresa que admite la declaración de inconstitucionalidad de oficio es el art. 6º de la ley 23.098 que, al regular el proceso de hábeas corpus, establece que los jueces “podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la detención se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional”.

En el ámbito del derecho privado la regla conforme la cual no sería posible declarar de oficio una nulidad ya reconocía una excepción antes de la reforma, de acuerdo con lo previsto por el entonces art. 1047 del Cód. Civil, para el caso en que el vicio sea manifiesto y este provoque una nulidad absoluta. En tales casos, como lo afirmara Moisset de Espanés (29) se tiene en cuenta el hecho de que el vicio que afecta al acto es de tal gravedad que atenta contra el orden jurídico, lo que impide su convalidación y justifica la intervención del poder jurisdiccional, aunque no haya mediado petición de parte.

VI. El control de constitucionalidad de oficio

La situación no es demasiado diferente a la que se presenta a la hora de tener que declarar la inconstitucionalidad de oficio, cuando a juicio de un magistrado, se configura tal situación pero las partes no han planteado tal cuestión.

Con algunas fluctuaciones la CS ha admitido la declaración judicial de inconstitucionalidad de oficio (30). Resolvió así respecto a la facultad de hacerlo que “no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del Judicial y en mengua de los otros dos” (31).

En el mismo sentido se expidió el Máximo Tribunal al señalar que en estos casos no existe menoscabo alguno al derecho de defensa de las partes “pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación

Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo, homenaje a Jesús González Pérez*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, ps. 997 y ss.

(29) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La nulidad absoluta y su declaración de oficio”, JA 1980-II-164.

(30) Ver CS, “Whirlpool Puntana SA.” Ver también BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, 2ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. 1, ps. 325 y ss. Ver también GARAY, Alberto F., “Sobre el control de constitucionalidad de oficio, nuevamente”, JA 2014-IV.

(31) CS, Fallos 306:303.

de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse” (32). En dicha ocasión la Corte consignó que tal facultad puede ser ejercida en caso que la violación constitucional “sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica [...] cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable [...] cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa” (33).

Como lo señala uno de los votos emitidos en la referida causa “...la declaración de inconstitucionalidad sin que medie petición de parte no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás ya que dicha tarea es de la esencia de aquel, una de cuyas funciones específicas es la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional...” (consid. 11 del voto del Dr. Boggiano).

La única limitación es que dicha declaración no se efectúe en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta. La potestad de ejercer *ex officio* este control fue admitida por la Corte Federal en la ya mencionada causa “Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/quiebra” (34) entendiendo, entre otras razones, que dicho control versa en definitiva sobre una cuestión de derecho y que es facultad de los jueces suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente. En similar sentido se expidió en “Lapadu c. Estado Nacional” (35). En “Simón” (36) reiteró tal doctrina. En “Rodríguez Pereyra” (37) el Máximo Tribunal sostuvo que el control

(32) CS, “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c. Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa”, Fallos 324:3219. En el mismo sentido ver el voto de los jueces Fayt y Belluscio en la causa Juzgado de Instrucción Militar nro. 50 de Rosario, 1984, Fallos 306:303.

(33) Consid. 10 del voto de la mayoría con cita del precedente Fallos 247:121 y 260:153.

(34) CS, Fallos 327:3117. Ampliar en “La Corte Suprema como poder político y el control de constitucionalidad por su oficio”, Lexis Nexis, *Supl. de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 7/9/2005, p. 54.

(35) CS, Fallos 327:5723.

(36) CS, Fallos 328:2056.

(37) CS, Fallos 335:2333.

de constitucionalidad es, aun de oficio, una obligación de los jueces en cada caso concreto.

También ha reconocido el control de inconstitucionalidad o de convencionalidad de oficio la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha señalado que las autoridades estatales están obligadas a ejercer, de oficio, un control de convencionalidad de las normas internas (38).

Desde la doctrina Bidart Campos sostuvo en el mismo sentido que el control de constitucionalidad de oficio constituía un aspecto del *iura curia novit*, en tanto aplicar una norma inconstitucional sería aplicar mal el derecho, y esa mala aplicación no se purgaría por el hecho de que nadie haya cuestionado la validez de esa norma. Concluyó en este sentido que “es obligación del juez suplir el derecho invocado, y en esa suplencia puede y debe fiscalizar de oficio la constitucionalidad dentro de lo más estricto de su función” (39). De no aplicarse exclusivamente el derecho válido, con independencia del derecho invocado por las partes, haría que la supremacía constitucional no fuera un principio de orden público (40).

(38) Ver así lo sostenido en “Gelman v. Uruguay (supervisión de cumplimiento de sentencia)”. Dijo allí la referida Corte que “todos sus órganos [del Estado], incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 66, con citas de ‘Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile’, párr. 124 ‘Caso Gomes Lund y otros Guerrilha do Araguaia v. Brasil’, párr. 176, y ‘Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México’. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/11/2010. Serie C, Nro. 220, párr. 225. Véase, asimismo, ‘Furlan y familiares vs. Argentina’, párr. 303)”.

(39) Conf. BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1697, t. II, p. 325.

(40) Ampliar en GORDILLO, Agustín, “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio”, LL 2004-E-1231. Ver también BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ª. ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 455, quien sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de oficio “está condicionada a que la cuestión debatida en el proceso sea de orden público y que los derechos en juego sean irrenunciables”.

No debemos, sin embargo, soslayar calificada doctrina que con interesantes y plausibles argumentos se ha inclinado por la tesis contraria (41).

VII. A modo de conclusión

El tema no es sencillo y sabemos que lo aquí sostenido puede ser materia de controversia. A nuestro modo de ver y tal como lo expresara la CS la función primordial del Poder Judicial consiste en “velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales” (42).

Si ello es así, entendemos que los márgenes se estrechan al momento de interpretar restrictivamente que la previsión ahora consagrada por el art. 387 del Cód. Civ. y Com. no aplicaría en el ámbito del derecho administrativo en relación con la obligación judicial de declarar la nulidad manifiesta de un acto administrativo, aun no mediando petición de las partes.

(41) Ver, por todos, el excelente trabajo de LAPLACETTE, Carlos J., “Marchas, contramarchas y dificultades del control de constitucionalidad de oficio en la República Argentina”, LL 2015-D-925.

(42) CS, *in re* “E, A. L. s/medida autosatisfactiva”, Fallos 335:197, consid. 23.

SOBRE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

POR JORGE H. SARMIENTO GARCÍA

I. Relaciones entre derecho positivo y derecho natural

Derecho natural y derecho positivo poseen el carácter de juridicidad, puesto que tienen politicidad, racionalidad y eticidad (aunque estos dos últimos valores no siempre se dan en el derecho positivo). También el derecho natural tiene, como finalidad propia, la vida del Estado, que queda condenado al suicidio si no lo sigue, al menos en sus aspectos fundamentales.

El punto de convergencia es su ordenación al bien común, fin del Estado. Pero se distinguen, ya que en lo referente al derecho natural, lo que él prescribe o prohíbe tiene valor de juridicidad (es decir, resulta necesario para la vida del Estado) no porque la voluntad del legislador lo permita, sino que dicha voluntad debe permitirlo porque se trata de aquello que se orienta a la vida del Estado por su misma naturaleza de realidad. En cuanto al derecho positivo, por el contrario, en lo que no se refiere a las prescripciones de derecho natural, su norma es jurídicamente digna de atención (es decir, se ordena a la vida del Estado) únicamente porque esa es la voluntad del legislador.

Pero no se debe separar. Los defensores del derecho natural hablan, con toda exactitud, de naturalidad del derecho positivo y de una positividad del derecho natural, para dar a entender que este no pervive solitario en la idea, aislado del derecho positivo con el que evitaría todo contacto, sino más bien se expresa, aun cuando (a veces, de hecho) imperfectamente, en el derecho positivo. Y no solo eso, sino que el derecho natural, como la misma ley natural que lo determina, es el fundamento y la condición necesaria del derecho positivo; a su vez, el positivo es el necesario complemento del natural.

Se ha dicho que el único derecho que realmente existe, conocido por nosotros, es el derecho positivo, no existiendo un derecho natural. Pero

quienes con tanta frecuencia han repetido semejantes afirmaciones, no han pensado que no puede confundirse la cuestión del hecho con el problema del valor de este. El problema de la justificación, es decir, del valor del derecho es completamente legítimo y correcto; la razón histórica explica, pero no justifica, enseñándonos el cómo, no el porqué del derecho, que únicamente puede exponerse filosóficamente y, por lo mismo, por el derecho natural.

La juridicidad tiene una génesis filosófica a partir de la politicidad y siendo el Estado un valor implícito en la misma ley de ser, queda racionalmente justificado el establecimiento de normas jurídicas por parte del Estado. Es deber y misión de la sociedad perfecta establecer su derecho, cuyas disposiciones nunca deben ir en contra de la racionalidad, la eticidad y la juridicidad natural, sino que deben inspirarse constantemente en ellas.

Por cierto que las normas positivas sufren y deben sufrir el influjo de la historia. Un Estado incipiente necesitará determinadas leyes; un Estado adulto habrá de cambiarlas necesariamente. Es absurdo querer hacer un vestido que sirva para todos los tiempos y para todos los pueblos. Estas fantasías ridículas hay que dejárselas a los sastres de la Revolución francesa, quienes querían elaborar un derecho que tuviera esos caracteres eternos y a quienes castigó la misma realidad, que después de haberles dejado imaginar, como fruto de una atención espasmódica, normas que no debían morir, les obligó a corregirlas una veintena de veces. Así como nuestra alma, aun permaneciendo sustancialmente idéntica, informa a nuestro organismo siempre en evolución o en involución, de igual modo las leyes del ser —de la razón, de la ética, del derecho natural— deben ser como la forma informante del derecho positivo.

En suma, nos revelamos contra la separación de la juridicidad con respecto a la eticidad y la politicidad, poniendo un fundamento seguro al derecho positivo, aceptando que el mundo jurídico tiene una estructura tridimensional (1): hecho, norma y justicia o derecho natural (2).

(1) En rigor, el derecho, el mundo jurídico, tiene una composición tridimensional: en él nos encaramos con tres órdenes íntimamente vinculados entre sí, pero diferenciables, el orden de conductas, el normativo y el de la justicia o derecho natural; y estos tres órdenes o ámbitos no se dan como tres objetos yuxtapuestos, sino que, por el contrario, son tres aspectos esencialmente entrelazados de modo recíproco, exhibiéndose que las normas, creadas por los hombres, se gestan en ciertos hechos y quieren regular ciertas realidades sociales, a la vez que implican el propósito de realizar la justicia, propósito que podrá o no tener éxito, o tenerlo en mayor o menor proporción.

(2) Ver OLGIATI, Francesco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1977, esp. cap. XII. El orden normativo positivo se nos aparece

Lo que antecede constituye el punto de partida para evitar el profundo error que, a mi juicio, implica la postura doctrinaria que niega o se desinteresa de los principios del derecho natural —el cual busca en la naturaleza racional del hombre el fundamento de la obligatoriedad de las normas positivas, haciendo primar el contenido sobre las formas—, oponiéndose aquel a las concepciones que abandonan el análisis del hombre y sus inclinaciones por el de la normatividad fría, continúan en el formalismo estructural y vacío y pretenden convertir al derecho en algo amoral o inmoral, buscando tan solo regular lo que es, marginando que aquel debe reglamentar para mejorar las relaciones jurídicas en orden al bien común, o sea el bien de todo el hombre y de todos los hombres.

II. Estado y derecho positivo

El orden natural, trascendente y objetivo, que integra —complementariamente con el normativo y el existencial— el mundo jurídico, siendo previo y anterior al Estado, reclama la existencia de este y del orden positivo.

El Estado, por intermedio del gobierno y en ejercicio del poder político, establece su orden normativo-positivo y, con esto, se cumple el orden natural.

Pero también la justicia exige el acatamiento por el propio Estado del derecho estatal; debe, consecuentemente, subordinarse a la ley positiva que él mismo elabora, no porque “quiera”, porque se “autolímite”, sino porque “debe” en virtud del orden natural que se le supraordina.

como un conjunto de normas, lógicamente interrelacionadas, que forman un sistema, esto es, un todo ordenado y jerarquizado. Aquí encontramos la Constitución, leyes, reglamentos, ordenanzas, actos administrativos, sentencias judiciales, contratos, etc. Estas normas conceptualizan, describen conductas, comportamientos humanos. Pero el derecho no es solo esta ámbito de los conceptos y normas jurídicas, indiferente a la justicia, sin contenidos sociales y vitales, ni —consecuentemente— es posible el análisis integral de conceptos jurídicos sin consideraciones históricas, sociológicas, éticas. Es que las normas “puestas”, o positivas, surgen de ciertos hechos sociales y tienden a producir determinados efectos en la realidad social; surgen de una determinada circunstancia histórica, bajo el estímulo de las necesidades de esa situación y con el propósito de producir determinados efectos precisamente en esa realidad. Además, desde el orden de la justicia o derecho natural, “dado” al hombre, este debe construir el positivo desarrollando las virtualidades incluso en los principios de aquel habida cuenta del ambiente societario, pues para que el orden jurídico positivo sea eficaz, tiene que hacer frente a situaciones históricas, apareciendo en consecuencia condicionado por circunstancias tempo espaciales.

Ahora bien, un “Estado de Derecho” —o sujeto a este— es perfectamente compatible con aquellas prerrogativas del poder político que son exigencia de su propio fin general o de misiones históricas contingentes, en la medida en que el poder respete sus límites: el poder político tiene límites en el orden natural —como dijimos, no puede practicarse para aquello que es contrario al bien común o no conduce a él— y debe ejercerse conforme a las regulaciones contenidas en el orden positivo; pero también tiene límites fácticos desde que para actualizarse necesita ciertos medios reales y se encuentra ante obstáculos de hecho insuperables.

III. Fundamento de los derechos

Los derechos primordiales no tienen su fundamento último en normas positivas, doctrinas o jurisprudencia positivistas, sino que arraigan en los grandes principios del orden natural (3). En efecto:

(3) Los principios de derecho natural —como el de igualdad esencial entre los hombres, el informante de la relación entre autoridad y libertad, los de subsidiariedad y de solidaridad— son cuestiones liminares de la ciencia del derecho, incluido el público, por supuesto. Ello explica que los juristas —expresa o tácitamente, en forma consciente o inconsciente— se ocupen de ellos, de donde no es raro encontrar entre los mismos aseveraciones tales como que hay que prohibir toda forma de discriminación; o que existe un conflicto permanente, tensiones y contraposiciones entre autoridad y libertad ante las cuales el derecho debe optar, y opta según sea autoritario o democrático; o que algunos afirmen el “Estado subsidiario” y otros propicien el denominado “Estado asistencial” en nombre de la “solidaridad social”. Pues bien, aquellos principios —muy generales—, correctamente planteados, deben fundar el derecho positivo y ser receptados por este habida cuenta de las circunstancias, conforme a la estructura trialista del mundo jurídico que hemos esbozado *supra*. Por cierto que el mundo ha conocido y conoce desigualdades aberrantes, como las raciales y algunas económicas y sociales; igualmente, el despotismo estatal sobre los individuos, siendo frecuentes y evidentes los atropellos autoritarios, aún sin necesidad de acudir a demostraciones como las experiencias históricas del totalitarismo “marrón” (nacional-socialismo) y “rojo” (bolchevismo, comunismo); también, el aumento exagerado de los aparatos públicos, sin preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de gastos, pérdida de energía humana, etc. Frente a tales desvarios, penosamente, se propicia por ejemplo una igualdad que pone el acento en la igualdad material de situaciones económicas, con una serie de consecuencias típicas, entre las que destaca la supresión de la propiedad privada de los medios de producción como un elemento de desigualdad; o un *zoon politikon* similar al *homo oeconomicus* dentro de la libertad absoluta de mercado y la competencia perfecta, con un “Estado subsidiario” que restringe la prestación estatal al supuesto de que no existan particulares que puedan tomarla a su cargo y relegando la solidaridad al ámbito de la virtud moral personal; etc. Pues bien, pensamos que en superación de lo que dejamos expuesto, el iusnaturalismo permite exponer adecuadamente estos polémicos temas (sobre los cuales permanentemente se debe insistir), siendo un cuerpo de doctrina que ofrece

determinados valores humanos de los cuales se desprenden consecuencias para la realidad, y hacen referencia —siempre sin desmedro de la auténtica libertad— a estructuras fundamentales de organización social y política que, obviamente, influyen en el derecho público. La concepción que antecede tiene la fundada y demostrable convicción de que existe una naturaleza humana, la cual permite descubrir valores fundamentales universales que sirven de norma al juicio práctico sobre las realidades existenciales, como también —y consecuentemente— posibilita que la genuina fundamentación de las libertades sea reconocida como un elemento constructor de la sociedad. Ahora bien, el iusnaturalista no puede dejar de percibir que al momento de actuar, en el orden natural se nos ofrece un conjunto de primeros principios y no un sistema completo de normas, criterios de juicio y no una verdad acabada, principios o criterios que se nos presentan animándonos a encontrar la solución práctica más verdadera para un problema determinado, dentro del marco normativo-positivo, en un empeño de obrar sobre lo concreto, en donde el aquí y el hoy fraguan en la acción, convencido aquel de que únicamente lidiando los problemas por el vértice puede descenderse sin desdoro y de buen grado a entenderse con la épica del caso singular. Como bien se ha señalado en forma reiterada y resulta de lo expuesto *supra*, el derecho natural no es sino el mínimo ético verdadero de la convivencia humana; en consecuencia: a) la inmutabilidad de sus principios es compatible con el hecho cierto de que nuestra razón imperfecta puede ir conociéndolos mejor y sacando con mayor precisión sus conclusiones; b) tal inmutabilidad es igualmente conciliable con su adaptabilidad a las contingencias históricas, pues aquel carácter no impide que el principio se pliegue a las circunstancias de suyo mudables sin ser él mudable; y c) corresponde a la prudencia abordar el conocimiento racional de los principios y su razonable despliegue. Señalamos —en otra vertiente— que el iusnaturalista, pese a declarar que existe una verdad, la cual es también moral y suele tener una importancia política decisiva, en virtud de la prudencia no deja de ponderar el nivel moral de la sociedad y por esto puede entrar en ciertos compromisos incluso en lo que se refiere a problemas morales, aunque manteniendo el carácter absoluto del orden natural, y consciente de que su disposición al compromiso ha de cesar cuando los derechos esenciales del hombre pueden afectarse; ergo, al iusnaturalista le es dable admitir en ciertas materias fórmulas de compromiso jurídico (que deben ser tales que dejen abierta la orientación moral), pero jamás, por ejemplo, aprobar un crimen contra un justo indefenso como es el aborto. Si la ciencia del derecho reconoce su fundamento primero en el derecho natural resulta ser, como puntualiza —en general— Javier Hervada, una ciencia crítica, esto es, enjuiciadora; y agrega el mismo autor: “La función crítica de la ciencia jurídica fue escamoteada por el positivismo jurídico, especialmente por el legalista o normativista, que despojó a los juristas del criterio de enjuiciamiento o crítica inherente a su función (el criterio de lo justo y de lo injusto), para dejarles tan solo un criterio formal de lo legal o ilegal. La necesaria renovación de la ciencia jurídica actual postula el abandono del positivismo y la recuperación de la función crítica por la recuperación del núcleo sustancial del derecho: el derecho natural”. Resulta aquí a todas luces conveniente distinguir claramente entre *derecho positivo* y *positivismo*: mientras este niega o se desinteresa del derecho natural y de los fundamentos metafísicos del derecho, el derecho positivo se funda en el derecho natural, no solo en cuanto a respetar y conformarse a sus preceptos, por enraizados estos en la naturaleza humana social, sino en cuanto la positividad es una exigencia del derecho natural. Cuando la norma *puesta* por los hombres es conforme a la *dada* a

“Gerente del bien común, la autoridad debe, en primer lugar, proteger y garantizar los derechos de los individuos y de las colectividades que comprende. Porque la violación de estos derechos tiene una repercusión profunda y nefasta en el bien común que el Estado tiene a su cargo, mientras que, por el contrario, el respeto de los derechos de cada uno favorece el desenvolvimiento del bien de todos...” (art. 43, Código Social de Malinas).

Recordamos que, en cuanto a la estructura ontológica del hombre, la filosofía enseña que es un ser racional ordenado a la sociedad, agregando la teología que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios:

Es el hombre un ser racional desde que tiene inteligencia y libertad; por tanto, también responsabilidad. Además, su alma es inmortal porque puede aprehender objetos inmateriales, siendo inmaterial el acto de aprehensión, la potestad aprehensiva y el ser que tiene tal potestad, o sea el alma; siendo esta inmaterial es incorruptible y, por tanto, inmortal. Por otra parte, es el hombre un ser esencialmente social o político, siéndole la sociedad política necesaria para su conservación y perfección (y de esto deriva la siguiente consecuencia: si no cabe una visión individualista del hombre, por su radical sociabilidad, tampoco cabe una visión individualista de sus derechos). Es el hombre, finalmente, imagen de Dios, por su inteligencia, su libertad, su alma inmortal y sus destinos de gloria eterna.

Pues bien, de tal estructura ontológica del hombre resulta su dignidad; él constituye un verdadero microcosmos, que vale por sí solo más que el universo inanimado; y de esta dignidad se desprenden las siguientes consecuencias:

a) La sociedad es hecha para el hombre y no a la inversa.

b) El hombre debe ser agente activo de la vida social.

c) Los derechos naturales, humanos o fundamentales, que no son sino medios espirituales para cumplimentar los deberes humanos para con Dios, nuestros semejantes y nosotros mismos, de donde la enunciación de las prioridades genuinas debe expresarse así: orden, deberes, derechos; debiendo destacarse especialmente que las personas morales

los hombres, el derecho no aparece como una construcción arbitraria y forzada, sino que arraiga en un orden universal pendiente de la Razón y Voluntad supremas, donde preexisten las formas ejemplares de todas las cosas.

pueden titularizarlos (4) y que para ser sujeto no es necesario tener conciencia de ellos, la cual en todo caso, será necesaria para su ejercicio (5).

IV. Concepto de la libertad política y deberes de las autoridades

La libertad en sentido político es el conjunto de derechos —también denominados singularmente libertades— cuyo reconocimiento resulta pertinente, habida cuenta de las circunstancias tempo-espaciales, para la consecución de los fines auténticos del hombre.

Pero no se entiende que solo se trata de declarar los derechos a la vez que limitar al Estado, quien debería reducirse a omitir todo daño a aquellos y depararles protección suficiente, pues la sociedad política debe poner las condiciones para que los derechos o libertades se concreten, y no contemplando al hombre solo en abstracto, olvidando los organismos sociales en los que naturalmente actúa.

Ha expresado el Concilio Vaticano II que “Es, pues, necesario que se facilite al hombre todo lo que este necesita para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, el vestido, la vivienda, el derecho a la libre elección de estado y a fundar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una adecuada información, a obrar de acuerdo con la norma recta de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad también en materia religiosa”, agregando que hay que “facilitar al hombre condiciones de vida que le permitan tener conciencia de su propia dignidad, y respondan a su vocación, entregándose a Dios y a los demás. La libertad humana con frecuencia se debilita cuando el hombre cae en extrema necesidad, de la misma manera que se envilece cuando el hombre, satisfecho por una vida demasiado fácil, se encierra como en una dorada soledad. Por el contrario, la libertad se vigoriza cuando el hombre acepta las inevitables obligaciones de la vida social, tomando sobre sí las multiformes exigencias de la convivencia humana y se obliga al servicio de la comunidad en que vive”.

(4) Las personas humanas, seres inteligentes y libres, son capaces de tener derechos, de lo que se sigue que los animales no tienen de suyo derechos, no pueden ser sujetos, aunque sí objeto de deberes para con Dios —quien nos obliga a no servirnos de los bienes inferiores sino en orden del fin de los mismos, a saber, el bien racional de la vida humana—, con el prójimo —cuyos bienes deben ser respetados— y con nosotros mismos, ya que no debemos maltratarlos o destruirlos inútilmente, desarrollando instintos desordenados. Por otra parte, hay personas morales que son capaces de tener derechos naturales, como por ejemplo el derecho a la existencia de los Estados.

(5) La privación de la razón, por ejemplo, no quita al demente su derecho a la vida.

En suma, la garantía de los derechos es —como dice el Concilio— “condición necesaria para que los ciudadanos, como individuos o como miembros de asociaciones, puedan participar activamente en la vida y en el gobierno de la cosa pública”.

Ahora bien, después de construir una sociedad sin lugar para ciertos derechos naturales o morales, no se debe cargar solo a los jueces con todo el peso de las soluciones, encubriendo así una actitud cómoda de legisladores y gobernantes, que no llevan adelante adecuadas políticas sociales. Lo justo debido a cada uno —una casa, un razonable salario para mantener a la propia familia— no siempre asume la forma de un derecho exigible ante un tribunal; y obviamente, los problemas no se arreglan con judicializarlo todo.

Ningún gobierno debe impedir el acceso de una familia a una vivienda ni provocar el desempleo, aunque lo hagan; al contrario, tienen la obligación de hacer todo lo posible en ambos campos; pero, por otro lado, ningún juez encontrará fácil adjudicar sobre tales pretensiones si se le plantean en un litigio, por justas que sean.

Es que muchas veces los principios encarnan metas políticas o sociales muy loables pero que no son verdaderamente derechos, como el pleno empleo, siendo aquellos exigibles (aunque, generalmente, muy poco) por vía política ante una legislatura o una administración, pero difícilmente ante un juez. Esto nos imponen los desarrollos que siguen.

V. Sobre los principios

Como hemos visto, en una concepción tridimensional del derecho el orden natural o de la justicia está integrado por principios jurídicos, como los de subsidiariedad, de libertad, de dignidad, que dan lugar a derechos naturales, pero que no siempre coinciden con ellos.

VI. Los principios

a) No son derechos, pero no porque sean menos que los derechos sino porque son más. El hombre v.gr. tiene “dignidad”, de la cual derivan derechos naturales y de derecho positivo.

b) Son asimétricos. Así, en virtud de la dignidad, uno no tiene derecho a una acción de los poderes públicos para que reconozcan solemnemente su dignidad, pero sí tiene derecho a que los demás no la ofendan ni menoscaben; y la igualdad esencial de los hombres da lugar a que no pueda ser discriminada injustamente.

c) También dentro de su asimetría, los principios no son derechos porque al desplegarse no vienen a chocar con otros equivalentes pero opuestos. El derecho de uno a la libre expresión termina donde comienza el de los demás al honor; en cambio, la dignidad de uno no termina donde comienza la del vecino.

Además, hay principios que no son de derecho natural, sino de derecho positivo. En la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982 —uno de los documentos que conforman la Constitución de ese país— se encarga al Parlamento y Gobierno del Canadá respetar el “principio de igualación de pagos”, a fin de que los gobiernos provinciales tengan los medios suficientes “para proveer servicios públicos de niveles razonablemente comparables con razonablemente comparables niveles impositivos”.

En suma, los principios engendran derechos, que serán positivos y concretos cuando sean exigibles ante un juez al amparo de las constituciones y leyes.

VII. Clasificación

En rigor, la clasificación de los principios admite las siguientes categorías:

VIII. Principios de derecho natural

A ellos nos hemos referido *supra*, en nota 3.

VIII. Principios de derecho natural, primario o secundario, que son consagrados expresamente en el derecho positivo

Aquí, previo a todo debemos recordar se distingue al derecho u orden natural en primario y secundario: este, a diferencia del otro, no es necesariamente conocido con evidencia, suponiendo cierto discurso de la razón, y así, *exempli gratia*, el derecho a la vida es un derecho primario, mientras que el derecho de propiedad es secundario, pudiendo demostrarse discursivamente que poseer algo como propio y personal es un derecho que dio la naturaleza a todo hombre, con argumentos en torno a la dignidad de este, al matrimonio y la familia, al fruto del trabajo y a la historia (tal como lo hiciera S. S. León XIII en “*Rerum Novarum*”).

Más precisamente, pueden distinguirse los preceptos del orden natural, desde el punto de vista formal, según el modo como tales preceptos están en él contenidos:

1) Como principios generales, por ejemplo, “hay que obrar el bien” o “no hagas injusticia a nadie”.

2) Como conclusiones, ya inmediatas, fácilmente cognoscibles, v. gr., no matar; ya mediatas, que exigen más reflexión, p. ej., lo relativo al matrimonio.

Los principios generales y las conclusiones inmediatas constituyen los preceptos primarios de la ley natural; las conclusiones mediatas, los preceptos secundarios.

Hecha la evocación que antecede, podemos ahora citar como ejemplos de los principios de este título:

a) el de la inviolabilidad de la defensa, receptado en el art. 18 de la CN.

b) el de igualdad ante la ley, acogido en el art. 16 de la misma norma fundamental, del que se infiere, por ejemplo, la proporcionalidad frente a las cargas públicas.

c) el de razonabilidad, receptado *exempli gratia* en los arts. 28 y 99 inc. 2º de la CN, que disponen que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio y que el Presidente tiene el deber de no modificar el espíritu o la esencia de la letra de la ley con excepciones reglamentarias, y en cuya virtud lo irrazonable, esto es, lo arbitrario, lo desproporcionado, es no solo injusto sino también inconstitucional;

d) el de que todo menoscabo patrimonial, por razones de bien común, debe ser indemnizado (principio también admitido en el art. 17 de la CN);

e) el *pacta sunt servanda* (recibido, p. ej., en el art. 959 del Cód. Civil), esto es, la fuerza obligatoria del contrato, que descansando en el deber de veracidad y en el postulado fundamental de la justicia que ordena dar a cada uno lo suyo, surge como instrumento de este precepto y es indispensable para la vida de relación, la cual lo es para la conservación y perfección del hombre.

Ahora bien, siendo misión del derecho natural establecer los principios directivos de acuerdo con las inclinaciones del hombre, instituye, por ejemplo, el derecho de asociación como derecho natural, receptando ese principio el derecho constitucional en su art. 14 y, siguiendo su orien-

tación, la reglamentación infraconstitucional regulará los tipos de asociación que puedan existir, su régimen jurídico, las formalidades a llenar en su constitución, etc.

Así las cosas, es menester a esta altura:

a) remarcar el carácter mínimo de las prescripciones del derecho natural, integrado solo por lo imprescindible para lograr una convivencia social justa, quedando el campo de lo útil reservado al derecho positivo en sus distintas manifestaciones, sin entrar aquel en detalles “útiles” relativos que conspiran contra su universalidad, característica del auténtico derecho natural; y

b) que las normas positivas receptan principios que son concreciones de la justicia natural, pero no necesariamente coinciden con derechos: nuestro Preámbulo, “*verbi gratia*”, consagra como fin del Estado el bienestar general, o bien común, lo que no es otra cosa que una tranquila prosperidad común, que haga más fácil una vida honesta y virtuosa y ayude, así, al hombre a conseguir su último fin personal, prosperidad que comprende un conjunto de condiciones exteriores que hagan posible el bien de todo el hombre y de todos los hombres comprendidos en la comunidad política.

IX. Principios que del análisis de las normas pueden extraerse y que las informan

Del análisis de las normas jurídicas positivas es dable extraer ciertos principios, tales como el *venire contra factum proprium non valet*, o que “el patrimonio es prenda común de los acreedores”; y ello también ciertamente ocurre en el ámbito del derecho público, donde podemos mentar a título de ejemplos: el de la continuidad de los servicios públicos, que se ha considerado incluido dentro del concepto constitucional de “calidad”, cuyo control pone a cargo de “Las autoridades” el art. 42 de la CN; el de la autotutela coactiva en la protección del dominio público, de donde, por ejemplo, siempre que el uso público se suspenda por razones que no son de interés público o por la acción de los particulares, la administración debe intervenir para hacer cesar la traba o dificultad; el de legalidad —no circunscripto a la ley formal emanada del Congreso o parlamento, sino extendido a todo el ordenamiento jurídico formal o “bloque de legalidad” (Constitución, reglamentos, etc.)—, en virtud del cual la función administrativa viene a ser la de aplicar las normas al orden de la praxis individual y colectiva del Estado, siendo de advertir que, sin ella, la legalidad pasaría a consistir en una mera ficción incapaz de dirigir la marcha

de la colectividad; de esta suerte, la actividad administrativa ha de limitarse a poner en práctica el orden (al que no le atribuimos ahora el significado moderno de “imperar”, sino el tradicional de “dirigir”) decretado por la legalidad, de donde es “no independiente” respecto de la misma, de lo que resulta que este principio no solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del Poder Legislativo, sino, además, el respeto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes y, finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia, prohibiéndose, pues, a la Administración, alterar mediante actos singulares lo establecido en disposiciones por ella dictadas; y si la Administración produce tal alteración, el acto por el que se comete la infracción, en principio, estará viciado con entidad tal que quedará descalificado enteramente; el del carácter local del derecho administrativo, etc.

De la correlación de diversos textos, entonces, se induce un principio, del cual luego se deducen consecuencias, es decir, se infiere de una variedad de normas referidas a una determinada materia, un principio, y la deducción permite aplicar a los casos concretos las consecuencias de los principios puestos de manifiesto mediante la inducción.

Esos principios trascienden a las normas concretas, a las apreciaciones subjetivas del operador jurídico e incluso a lo puramente anecdótico del caso concreto en que pudo comenzar a aplicarse, suministrando de tal modo un instrumento objetivo y seguro para hacer frente a los problemas que plantea la realidad, configurándose en definitiva como guías técnicas particularmente idóneas para actuar en el mundo jurídico.

Es preciso destacar que los principios en trato suelen dar trabazón y coherencia interna a grupos o conjuntos de normas que se refieren a sectores individualizados de la vida social y que se apoyan en ellos, distinguiéndose de otros grupos de normas y que pueden llegar a considerarse ramas o sectores del derecho, como el derecho público o el privado, el derecho administrativo o el derecho comercial.

Y cabe señalar que tales principios son permanentemente aplicados en las resoluciones administrativas y judiciales, aunque no tengan consagración expresa en un texto legislativo, como ocurre con el principio del informalismo en favor del administrado en la legislación mendocina (ley 3909).

X. Principios, de los anteriores, que pasan a ser normas generales a medida que progresa la regulación positiva

Por ejemplo, la estabilidad del acto administrativo y la motivación de este, la presunción de legitimidad de tal acto, etc., los cuales, recogidos primeramente por la jurisprudencia y la doctrina, han sido luego receptados en la legislación, reiterando que los principios que se normativizan continúan actuando como tales, facilitando la hermenéutica e integración de las normas.

Y es frecuente la construcción de nuevos principios con base en las noveles regulaciones, sin perjuicio de los anteriores que puedan haber sido normativizados (y todo ello confiere particular importancia a la doctrina, por su rol en la elaboración de teorías y soluciones jurídicas). Piénsese en el denominado fenómeno de la privatización y desregulación operado entre nosotros especialmente a partir de la reforma del Estado en 1989 y pareciera que reiterado en los tiempos que corren, en los problemas derivados de la necesidad de preservar el medio ambiente, de la intensificación de los esfuerzos para producir la integración con otros países (mediando nuevas normas constitucionales sobre tales cuestiones, como los arts. 41 y 75 inc. 24), de la exigencia de una democracia menos formal y más auténticamente participativa, de los nuevos órganos de control, etc.

XI. Las declaraciones de derechos

Ahora bien, la práctica de insertar en las constituciones escritas, o de dar forma de ley constitucional, a un catálogo de derechos, es un fenómeno propio del constitucionalismo moderno. La cuna originaria de tales declaraciones de derechos se encuentra en América del Norte, pero fue Francia, con su revolución de 1789, una caja de resonancia para los derechos proclamados por la emancipación norteamericana, difundiéndolos y vulgarizándolos y, a partir de entonces, casi todas las constituciones, en su llamada "parte dogmática", contienen un *bill* de derechos individuales, en su origen en una concepción abstracta, negativa, burguesa e individualista de la libertad.

Indudablemente, el surgimiento de los llamados derechos "sociales" y de "incidencia colectiva" ha sido motivado también por el natural impulso de superar esa concepción de la libertad muy propia de los racionalismos del siglo XVIII. Desarraigar esa errónea concepción es fundamental en la marcha histórica por la verdadera libertad. Ello impone que la sociedad política no se limite a declarar derechos, sino que a la vez desarrolle una acción positiva tendente a la efectividad de los mismos; que

no se restrinja el contenido de la libertad a los derechos de aquellos que han superado las exigencias primarias de la vida, incluyéndose como corresponde los derechos básicos, empezando por los que resultan de una vida humana, digna; que no se olvide el respeto por el bien común en el ejercicio de los derechos individuales y que no se marginen las legítimas libertades de las asociaciones infra políticas.

XII. Los derechos sociales

Surgen así, luego de los derechos “individuales”, los denominados “derechos de segunda generación” o “derechos sociales”, los que se incorporan a los tradicionales listados de derechos de las constituciones, que, además, imponen al Estado el deber de actuar, fundamentalmente en esto, a favor de la igualdad material. Paradigma de este modelo constitucional son las constituciones mexicana de 1917 y, en especial, la alemana de 1919, cuyos modelo fue recogido por la constitución española de 1931, la irlandesa de 1937 y la española de 1931, seguido después de la Segunda Guerra Mundial por las constituciones italiana de 1947, portuguesa de 1976 y española de 1978, entre otras.

Pero aquí se impone un breve desarrollo, señalando ante todo que en los Estados “sociales” más efectivos (Gran Bretaña, Suecia, Francia y Canadá) los “derechos sociales” no están consagrados en las constituciones, es decir, no han considerado esta materia una cuestión constitucional; y si alguno los ha incluido, ha quedado claro que, si consisten en prestaciones, solo adquieren eficacia una vez desarrollados en los niveles infraconstitucionales.

Los derechos sociales consisten principalmente en prestaciones (p. ej., a una vivienda digna), mas no en todos los casos, como el derecho de huelga o a los convenios colectivos de trabajo o a la sindicación.

Algunos derechos sociales son manifestaciones de derechos o libertades clásicos operando por ejemplo en el ámbito de las relaciones laborales: así, el de sindicación, que en el fondo no es sino manifestación del derecho de asociación, y los derechos de negociación colectiva y de huelga, que son en realidad una particular manifestación de la libertad individual; no obstante, los legisladores y en algunos casos los constituyentes los han consagrado expresa e independientemente de los clásicos, dado que durante mucho tiempo se castigaron penalmente las uniones de obreros y las paralizaciones de actividades laborales, y los trabajadores no tenían la posibilidad de negociar en conjunto con su empleador.

En verdad, el elemento definidor de los derechos sociales no es que se traduzcan en prestaciones, sino el fin que los inspira: hacer efectiva la igualdad solamente formal del constitucionalismo clásico y, en general, mejorar las condiciones materiales de vida de la sociedad, lo que hace que en su mayoría se traduzcan en prestaciones.

Por otra parte, el sujeto pasivo de los derechos sociales es por regla el Estado, aunque respecto de determinados derechos también pueden serlo particulares, como ocurre con el derecho a un medio ambiente adecuado. Y en tanto los derechos clásicos liberales exigen en principio de parte del Estado abstenerse de entorpecer su ejercicio, por regla general el objeto de los derechos sociales exige actuación estatal positiva.

Puesto que gran parte de los derechos sociales se materializan en prestaciones, el principal obligado a ellas, o sea el Estado, necesita contar con los recursos indispensables para llevarlas a cabo. Pero el Estado, como cualquier agente económico, no puede sustraerse al problema básico sobre el que se estructura la ciencia económica: la escasez de recursos. Ya en 1979, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo que “la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica”.

Es en razón de lo expuesto que la determinación del contenido concreto de los derechos sociales prestacionales corresponde al legislador, de acuerdo con los recursos disponibles. De ahí que los jueces puedan hacer poco o nada respecto de un derecho social prestacional no desarrollado por aquel. La pura enunciación constitucional no hace posible su protección jurisdiccional. El sentido común y el realismo nos dicen que si bien esos ideales son una aspiración loable, su consecución puede resultar irrealizable. La inclusión de derechos sociales prestacionales en la constitución garantiza jurídicamente bien poco, y políticamente a lo más puede garantizar que los poderes políticos no deroguen formalmente tales derechos. Pero su realización está sujeta a las condiciones económicas de cada momento, por más que se diga que son “operativos”.

Los preceptos constitucionales sobre derechos sociales envuelven claros mandatos al poder político (ejecutivo y legislativo), pero las prestaciones en que consisten la mayoría de los derechos en trato están sujetas a una importante variable: la situación económica del Estado y la forma en que se administran los recursos estatales, lo que hace difícil concebir la intervención judicial para el caso de incumplimiento de los mandatos constitucionales. Mientras no exista ley que determine su contenido concreto, los jueces —reitero— poco o nada pueden hacer. Y en caso de intervenir, invadirían competencias propias de los poderes

políticos que son los llamados a dar un contenido cierto y jurídicamente determinable al programa político configurado por los derechos sociales prestacionales constitucionalizados.

En concreto, los preceptos sobre derechos sociales prestacionales son meramente programáticos; son exhortaciones a los poderes públicos que solo pueden ser exigidas judicialmente cuando son recogidas en disposiciones infraconstitucionales (6).

XIII. Los derechos de incidencia colectiva

Es incuestionable que gran parte de la historia relativamente más reciente del mundo se explica por la presencia y acción de numerosos “colectivos” (de obreros, feministas, pacifistas, ecologistas, anticolonialistas, inmigrantes, aborígenes, etc.). Y la “incidencia colectiva” ha sido el modo elegido para calificar la tutela de los derechos de la sociedad, en su conjunto o de sectores sociales.

Igualmente anotamos que el tema ha quedado consolidado por la “legitimación anómala o extraordinaria”, por la cual resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como partes legítimas, quienes son ajenas a la relación jurídica sustancial, casos en los que se produce una disociación entre los legitimados para demandar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial; p. ej., cuando actúa en sede judicial el Defensor del Pueblo, que no defiende sino un derecho de incidencia colectiva, como ya surge de su propia denominación.

XIV. Derecho subjetivo, interés legítimo y derechos de incidencia colectiva

En la Argentina, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 no define el derecho subjetivo ni el interés legítimo; tampoco lo hace su Reglamento (dec. 1759/1972) ni el Cód. Proc. Civ. y Com.; en razón de ello, han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han ocupado del problema, siendo indudable que uno de sus logros más importantes en el siglo XX, radica en haber ampliado el sistema de control judicial y administrativo que inicialmente amparaba los considerados derechos subjetivos, extendiendo con posterioridad la protección a los que se dio en denominar intereses legítimos.

(6) Com. y ampliar en PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Colex, Madrid, 1997, Lecciones 10 y 11.

En efecto, en el procedimiento y en el proceso administrativo la actuación tenía dos actores principales (y, eventualmente, otros de elenco): la propia Administración Pública, que en el ámbito administrativo tiene a su cargo instruir el expediente, continente formal del procedimiento; el restante era el interesado, como portador de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

Ahora bien, no está de más abundar en el tema de los intereses colectivos que tomó impulso, en nuestro país, en la década de 1970; inicialmente, aquellos fueron llamados intereses “difusos”, “supraindividuales”, “meta jurídicos”, “meta individuales” o “confusos”; luego se registraron como intereses “colectivos” y por último, en nuestra Constitución Nacional reformada en 1994, se llaman “derechos de incidencia colectiva”; es decir, que resultan calificados por la nota que los singulariza: su colectividad o pertenencia a un sujeto de esas características.

Y, en verdad, los intereses colectivos son aquellos que afectan a una comunidad o grupo concreto, aunque tengan un repecho individual.

A través de los intereses colectivos se permite que amplios sectores sociales puedan participar en la vida pública, no de forma abstracta sino concreta, impugnando, por ejemplo, un proyecto que suponga el derribe de espacios boscosos o pretenda que una determinada zona de *uti universi* pase a ser destinada a un designio que termine afectando de algún modo el libre acceso.

En realidad, el ensanchamiento de la base de la legitimación procesal representa una de las facetas naturales de la renovación del derecho, que ya no solo admite la mera demanda individual del portador de un derecho subjetivo sino, además, la de otras personas menos justipreciadas pero que no obstante alcanzan a exhibir un grado de interés suficientemente protegido como para superar el acceso a los tribunales.

Y el reconocimiento o no de la existencia de derechos colectivos a favor de determinados grupos o colectividades, se ha convertido en una de las cuestiones jurídico-políticas más interesantes del momento, reiterando que la reforma constitucional de 1994 ha reconocido la categoría de los “derechos de incidencia colectiva”, derechos de carácter social o político cuyo ejercicio colectivo es factible.

Ahora bien, cierto es que ya en los tratados posteriores a la Primera Guerra Mundial se le otorgó, por ejemplo, una atención especial a la protección de las minorías étnicas; más fue la ONU la que, recién mediante el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, otorgó carácter oficial al reconocimiento y garantía de ciertos derechos colectivos, especialmente,

al prescribir en el art. 27, que “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma”.

Entre nosotros, refiriéndose el Preámbulo impar a todos “los hombres del mundo”, estos son tratados luego en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, en la redacción de 1957, como “trabajadores” o integrantes de una “familia”, y desde la de 1994, como “varones y mujeres”, “indígenas”, “usuarios y consumidores”.

Recordamos, además, que según el art. 14 del Cód. Civ. y Com., reformado, se reconocen los derechos de incidencia colectiva en general, añadiéndose que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, asunto sobre el que volveremos *infra*.

Conviene, a esta altura, señalar que hemos escrito antes (7):

“Se dice que en el derecho subjetivo la conducta del sujeto que ejerce función administrativa es debida a un individuo determinado en situación de exclusividad, la cual consiste en que una prestación puede ser exigida por un individuo. Si hay varios individuos que pueden exigir esa prestación y ella puede ser reiterada ante cada requerimiento individual, sigue habiendo exclusividad, pues hay una actividad para cada individuo. En el interés legítimo la conducta es debida a un conjunto de individuos simultáneamente, diferenciado del conjunto general de la sociedad, pudiendo cualquiera de ellos exigirla, porque de su observancia puede resultarle una ventaja o desventaja particular. En suma: en el caso del derecho subjetivo la conducta debida solo podría ser exigida por un único sujeto, aunque pudiera ser repetida posteriormente respecto de otros para los cuales es también exclusiva e individual; en el caso del interés legítimo, la conducta sería debida a un conjunto de administrados simultáneamente, o sea, en concurrencia, pudiendo exigirla cualquiera de ellos. Sin embargo, cabe destacar que consideramos que no parecería conveniente, tal como lo afirma también autorizada doctrina (8), conti-

(7) En especial, lo que consignamos con BUSTELO, Ernesto N., en el *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Mendoza comentado. Con desarrollos aplicable al proceso administrativo en general*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, ps. 58 y ss.

(8) Ver URRUTIGOITY, Javier, “El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa”, en SARMIENTO GARCÍA y otros, *Estudios de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 219 y ss.

nuar manteniendo la tradicional clasificación que distingue entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, la cual si bien *de lege lata* resulta inobjetable a la luz de las disposiciones contenidas en el código procesal administrativo provincial que las receptó expresamente (9), no parecería encontrar plena justificación en nuestros días (10), habiendo sido abandonada por numerosos códigos provinciales (11) e, incluso, excedida por la propia Constitución Nacional, la cual en sus arts. 41 y 43 ha ampliado notablemente la legitimación activa en los casos previstos en estas últimas normas” (12).

Así las cosas, se ha pensado que es hora de que el proceso administrativo tenga como objetivo central la protección del ordenamiento ju-

(9) El Cód. Proc. Adm. vigente en Mendoza exige expresamente la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo para poder deducir las acciones previstas en dicho cuerpo adjetivo o para permitir la intervención de terceros (arts. 1º y 15).

(10) En similar sentido BOTASSI, Carlos A., “Los principios...”, cit., p. 154; MIOLANO, José Luis, “La legitimación procesal en el contencioso administrativo”, en la obra colectiva *Proceso administrativo en la Provincia de San Juan*, San Juan, 2005, p. 103; DANIELE, Néida M., en la obra colectiva, BALBÍN, Carlos F. (dir.), *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2003, p. 92. Para ver la problemática en la Provincia de Santa Fe ver FERNÁNDEZ, Francisco A., “La legitimación en el contencioso administrativo de la Provincia de Santa Fe”, en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de derecho procesal administrativo*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 555. Comparar con LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, t. 1, ps. 333 y ss.

(11) Ver, al respecto, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, BALBÍN, Carlos F., “El proceso contencioso administrativo y tributario en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho procesal administrativo*, obra homenaje a Jesús González Pérez, Buenos Aires, 2004, p. 1816; y para la provincia de Neuquén, JUSTO, Juan, “Admisibilidad de la demanda procesal administrativa”, en la obra colectiva, GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo (coord.), *El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén*, Depto. de publicaciones - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Comahue, Neuquén, 2005, p. 46; y en BARRESE, María Julia, “La jurisdicción procesal administrativa en la Constitución de la Provincia de Neuquén. La posible reforma de la Constitución Provincial”, en *Proceso administrativo - II, Revista de Derecho Público*, Santa Fe, 2003, ps. 255 y ss. Un repaso del estado de cosas existente en las provincias puede verse en MIOLANO, “La legitimación...”, cit., ps. 97 y ss. y en SORIA, Daniel F., “Tendencias actuales del proceso administrativo en las provincias argentinas”, en *El derecho administrativo en la Argentina: situación y tendencias actuales (II)*, *Documentación Administrativa*, 269-270, INAP, 2004, p. 162.

(12) Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La legitimación”, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, cit., t. I, p. 541; ROJAS, Jorge A., “La cuestión de la legitimación en los procesos administrativos”, en *Proceso administrativo - III*, *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, 2004, ps. 57 y ss.

rídico objetivo (13), ampliando para ello la legitimación para accionar. Con esto se evitaría que numerosas actuaciones que despliega la administración en violación al orden normativo, queden a resguardo de la potestad anulatoria de los tribunales por la sencilla razón de no afectar de modo directo un derecho subjetivo o un interés legítimo de un administrado, en su concepción tradicional (14).

Ejemplo de lo expresado lo constituiría la impunidad con que las sucesivas administraciones van designando a sus empleados, salvo contadas excepciones, sin respetar el procedimiento de selección previsto por las normas, esto es, sin previo concurso que garantice tanto el goce del derecho a la igualdad real de oportunidades, como que ocuparán los cargos las personas más idóneas para hacerlo. Otro tanto podría decirse de las contrataciones que se realizan sin guardar un mínimo de razonabilidad en cuanto a precios y condiciones y que, de acuerdo con las previsiones normativas en lo procesal administrativo, solo habilitarían a quienes participaron del procedimiento licitatorio a cuestionar lo actuado.

Observa agudamente en este sentido Hutchinson que “un ciudadano puede defenderse ante una multa, mas no ante la pérdida de sus aportes jubilatorios, o ante las consecuencias de un cambio sustancial del sistema; puede cuestionarse exitosamente una expropiación, pero difícilmente pueda hacerse algo frente a la desafectación de una plaza pública” (15).

La solución a este problema puede encontrarse admitiendo la posibilidad de impugnar estas actuaciones contrarias a derecho, mediante la consideración ampliatoria de la legitimación activa para deducir acciones procesales administrativas (16), a sujetos que no han visto afectados ni un derecho subjetivo ni un interés legítimo de modo directo (según la

(13) Idea propiciada ya por Fleiner a comienzos del siglo XX, quien sostenía que “ha cristalizado en la admisión de un representante del interés público en el procedimiento contencioso-administrativo, y además en el reconocimiento de las acciones populares, y finalmente, en la ampliación expresa de la competencia contencioso administrativa a la protección de normas jurídicas que no originan derechos subjetivos de los ciudadanos”; cita como ejemplo de lo expuesto, a la Ley de Competencias de Prusia del 1º de agosto de 1883, arts. 15 y 17. FLEINER, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. de la 8ª ed. alemana por Sabino A. Gendin, Barcelona, 1933, p. 207.

(14) En el mismo sentido ver HUTCHINSON, Tomás A., “Reflexiones sobre el proceso administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, *Proceso administrativo - I*, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 22.

(15) HUTCHINSON, Tomás A., “Reflexiones...”, cit., t. I, p. 22.

(16) HUTCHINSON, Tomás A., “Reflexiones...”, cit., t. I, p. 22.

concepción tradicional restrictiva), para lo cual también habría que ampliar la idea de legitimación en el marco del procedimiento administrativo. Esto está ocurriendo ya con la legitimación procesal activa otorgada por la reforma constitucional de 1994 al Defensor del Pueblo por el juego de los arts. 43 y 86, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios por el 43 (17), y a todos los habitantes en materia ambiental por el art. 41. Pero no solo en estos ámbitos se advierte un ensanchamiento de la legitimación que resulta ciertamente superadora de las categorías tradicionales. A modo de ejemplo, puede mencionarse el caso “Cañas” (18), en el cual la Suprema Corte provincial mendocina interpretó que un Sindicato se encontraba legitimado para representar a los trabajadores del sector tutelando los derechos de incidencia colectiva referentes a situaciones individuales homogéneas. En el caso, la entidad gremial reclamaba el pago de un adicional por antigüedad que se abona a todos los empleados públicos provinciales y cuyo pago había sido suspendido. Los requisitos para la procedencia de este tipo de acciones requieren, según lo expresado por el Alto Tribunal local, la verificación de un hecho único o complejo que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del principio de acceso a la justicia. En esta misma línea, puede mencionarse la sentencia dictada por la sala I de la Suprema Corte local (19) en la cual, luego de adherir a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Halabi” en materia de legitimación procesal y efectos de las acciones que tienen por objeto la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos..., revocó las sentencias de grado que solo habían admitido la acción de amparo opuesta por una clienta individual contra una empresa de telefonía celular, pero habían rechazado la demanda presentada por una asociación de defensa de los derechos de los consumidores y con ello negado los pretendidos alcances colectivos de la acción. En sustento de su decisión, la Suprema Corte

(17) Ver CAPUTI, María Claudia, “Legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios”, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo*, cit., p. 329.

(18) SC Mendoza, sala I, “Cañas, Patricia y ots. c. Gobierno de la Provincia de Mendoza s/APA”, auto del 7/3/2007. Resolutivo reseñado en BUSTELO, Ernesto N., “Actualidad en jurisprudencia de la provincia de Mendoza 1/2007”, BOTASSI, Carlos A. (coord.), *Suplemento de Derecho Administrativo III-2007*, Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot, p. 77.

(19) SC Mendoza, sala 1ª, “Sosa, Beatriz Lucía en jº 3.428/13.283 Sosa Beatriz Lucía c. AMX Argentina SA Den. Comercial Claro p/Acc. amparo s/inc. cas.”, sent. dictada el 27/7/2012.

local sostuvo que la legitimación de la asociación civil actora para reclamar por el perjuicio sufrido por los consumidores y usuarios resultaba innegable, de conformidad con los arts. 43 de la CN y arts. 52, 54 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor. Explicó el tribunal que a los efectos de la legitimación, basta con que la defensa del derecho por el que acciona una asociación constituya una de las finalidades para las cuales ha sido creada, no interesando la cantidad de socios, no siendo tampoco relevante su grado de “representatividad”, ya que estos últimos no son recaudos que surjan de la ley o de la jurisprudencia a los fines de ponderar la aptitud para obrar en un juicio de connotaciones colectivas. Es de esperar que esta saludable tendencia constitucional a ensanchar el ámbito de la actividad pública sujeta a control judicial, se plasme también de modo expreso en las normas que regulan el proceso administrativo (20), evitando de ese modo cualquier duda que pudiera presentarse al respecto, y previendo la posibilidad de cuestionar la actuación antijurídica de la Administración, aún en los casos en que esta no afecte “derechos subjetivos” o “intereses legítimos” en forma directa (concepción tradicional restrictiva), y en que la impugnación se funde primordialmente en su simple contradicción con el orden normativo. En conclusión, nos parece que en la actualidad carece de sentido visualizar al proceso administrativo solo desde el punto de vista de un administrado afectado en sus “derechos subjetivos” o “intereses legítimos”, resultando más conveniente unificar las situaciones jurídicas subjetivas en una sola categoría (21) y, sobre esa base, aceptar que el juez en lo procesal administrativo pueda simplemente verificar si existen en el caso violaciones al ordenamiento jurídico que de algún modo afecten al impugnante (22). En tal orden de ideas se ha sostenido que, en superación de la multiplicidad de acciones o recursos en el proceso administrativo, cabe incorporar el sistema de unidad de acción, eliminando de este modo la distinción entre acción de “plena jurisdicción”, de “anulación”, etc., organizando un trámite común (pudiendo consagrarse no obstante ciertas diferencias, como la posibilidad de una tramitación “ordinaria”, “sumaria” o “sumarísima” de la acción), teniendo el tribunal en todos los casos competencia para decidir ampliamente lo que considera que en derecho corresponde respecto de las pretensiones del accionante.

(20) En el mismo sentido se pronuncia BOTASSI, “Los principios...”, cit., p. 154.

(21) Ver URRUTIGOITY, “El derecho...”, cit., ps. 219 y ss.

(22) El mismo Urrutigoity sostiene en el trabajo precitado que, aun cuando el Poder Judicial, en nuestro sistema constitucional, no es un mecanismo de control de legitimidad de la actuación de la administración, basta con adoptar una noción amplia de derecho subjetivo para sortear los inconvenientes que se tratan de evitar con las tesis extensivas de la legitimación.

La conducta debida por el sujeto en función administrativa puede resultar de una regulación directa o indirecta de la función administrativa, o de los límites de la discrecionalidad; siendo lo importante en esta materia que el ordenamiento jurídico asigne a la acción administrativa un sentido determinado, imponiéndole un dar, un hacer o un no hacer, el que al ser violado habilite a los particulares a exigir su cumplimiento. Una de las posibles consecuencias teóricas de esta asimilación procesal, ya señalada por la doctrina, sería el progresivo acercamiento de los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo (incluso de interés simple), por lo que no habría, entonces, necesidad de resolver si se está en presencia de un derecho subjetivo o de un interés lesionado, siendo suficiente la razonable valoración de la prueba producida y del derecho aplicable para resolver, dejando así de lado espinosos aspectos procesales de los códigos clásicos. Correspondería de tal modo a la sentencia determinar qué pretensiones acoge, y si produce efectos “inter partes” o *erga omnes*, de conformidad con la clase de tutela jurídica que considere ha sido invocada y corresponde otorgar. Y ello sería, esencialmente, volver al dicho del *praetor* romano: *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dame el hecho, yo te daré el derecho).

En suma, no es conveniente continuar manteniendo la referida clasificación, ello en razón de que las propias normas constitucionales y legales contienen previsiones expresas que, superando tales categorías, han otorgado legitimación procesal a sujetos distintos del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, en los términos en que eran tradicionalmente entendidos estos últimos.

Ello puede verse claramente, reitero, con la legitimación procesal activa que le ha otorgado la reforma constitucional de 1994 al Defensor del Pueblo por el juego de los arts. 43 y 86, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios por el 43, y a todos los habitantes en materia ambiental por el art. 41.

En materia de protección del derecho a la salud⁽²³⁾, a un medio ambiente sano, a los intereses de los usuarios de servicios públicos o los consumidores de bienes y servicios, no solo se confiere legitimación procesal al “afectado”, sino también a sujetos como los mencionados en el párrafo anterior.

(23) Ampliar en CAPUTI, Claudia M., “Procesos urgentes y derecho a la salud”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, UCA, Buenos Aires, 2007, p. 541.

Repárese que en materia de defensa de estos intereses la Constitución Nacional hace referencia al “afectado” y no ya al titular del derecho subjetivo o interés legítimo violado.

Ello ha sido objeto de expresa consideración por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que al analizar en el caso “Halabi” los efectos *erga omnes* de la sentencia dictada en dicha causa por las instancias inferiores, puso de resalto que el “verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente” (24).

En Mendoza, algo similar ocurre con la legitimación que posee el Fiscal de Estado, quien puede —y en realidad debe— accionar en contra de todo acto, hecho, contrato, reglamento o ley que resulte contrario a la Constitución o a la normativa aplicable, y ello aún actuando en defensa de la mera legalidad.

La superación de estas categorías se muestra saludable, fundamentalmente porque permite que en cada caso el órgano judicial recién al resolver evalúe si la conducta del órgano que ejerce funciones administrativas ha afectado o no la esfera de intereses del actor —y a los cuales el ordenamiento jurídico le brinda protección—, prescindiendo de tener que encuadrar su situación de antemano en alguna de las categorías tradicionales, lo cual exigía un gran esfuerzo hermenéutico que muchas veces, además de resultar innecesario, se convirtió en una férrea llave de paso que impedía el adecuado acceso a la justicia.

Este avance en materia de legitimación procesal necesariamente debe proyectar sus aires de cambio a los efectos que producirán las decisiones judiciales a dictarse en el proceso administrativo.

En efecto, la propia normativa constitucional y legal admite en nuestros días que quienes accionen en defensa de intereses comunes obtenga, además de la declaración de ilegitimidad de la conducta cuestionada, el restablecimiento de los derechos conculcados, e incluso, la reparación económica de los daños producidos.

(24) Consid. 21 del voto de la mayoría. Ver las citas legales allí realizadas.

Ejemplos paradigmáticos de lo expresado lo constituyen tanto la legislación ambiental como la referida a la defensa de los consumidores y usuarios de servicios públicos.

En estos casos los efectos de las sentencias a dictarse muchas veces serán generales o *erga omnes*, resultando lógico prescindir del hecho de que quien moviliza el aparato jurisdiccional actúe en nombre de un —en términos tradicionales— derecho subjetivo, interés legítimo o de cualquier otra categoría.

De cualquier manera, como con toda razón explica Cassagne, los jueces podrán siempre limitar los efectos de la anulación a las partes o a un sector de los afectados (25).

El estado actual de cosas torna ciertamente difícil, y hasta podría decirse inconveniente, intentar establecer de antemano clasificaciones o categorías aplicables a todos y cada uno de los supuestos que pueden presentarse en la práctica. Puede decirse que en cada caso concreto la justicia deberá analizar si la esfera de intereses del actor ha sido o no afectada y si corresponde o no ordenar restablecer los derechos vulnerados o desconocidos, y eventualmente incluso, condenar también a reparar económicamente los daños ocasionados.

XV. Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha realzado el alcance de los derechos tutelados por la acción de amparo del art. 43 de la CN, al clasificarlos en:

- a) derechos individuales;
- b) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos o comunes; y
- c) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En el primer caso, la regla general en materia de legitimación consiste en que los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular.

(25) CASSAGNE, Juan Carlos, "La justicia...", cit., p. 298.

En el segundo asunto, se trata de derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto “bienes colectivos”, siendo los legitimados para defenderlos el particular afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que representan el interés colectivo. Es que los bienes que se protegen por esta acción no pueden ser objeto de apropiación individual, ya que por pertenecer a la comunidad, son indivisibles.

La tercera categoría de derechos tutelados es la de los de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, por ejemplo, los derivados de afectaciones a la salud, al ambiente y a la competencia, los de los usuarios y consumidores, los derechos de sujetos discriminados, casos en los cuales hay derechos individuales enteramente divisibles, pero de incidencia colectiva.

Y la Corte, con designio didáctico, ha recalcado los recaudos necesarios para la procedencia de una acción en estos casos:

a) verificación de una causa fáctica común;

b) pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado; y

c) que, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

Bueno es advertir que cuando la acción se ejerce en defensa de derechos colectivos, como los de los usuarios, y tiene una pretensión resarcitoria, constituye la conocida como *class action*: la indemnización es para tales interesados lesionados en su patrimonio. La distribución del resultado económico de la sentencia entre los usuarios, en ese ejemplo, se puede hacer, como en los Estados Unidos, con base en el procedimiento de ejecución de sentencia, previa citación pública en dicha oportunidad procesal a los terceros interesados. Esta diligencia puede delegarse en los abogados de la causa con indicación de los recaudos de publicidad a cumplir: ellos prepararán y someterán al tribunal, para su aprobación, el proyecto de distribución. Si en nuestro país la acción colectiva corresponde iniciarla en la Corte Suprema Nacional, entonces, esta ha procedido a delegar en el juez federal de 1ª instancia del lugar la realización de las medidas tendentes a implementar la decisión judicial de la Corte.

Insistimos en que le ha correspondido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en los casos “Halabi”, “Mendoza”, “Unión de Usuarios y Consumidores” y otros— fortalecer este avance en el sentido que el bien colectivo puede requerir el reconocimiento de reparaciones pecuniarias a los afectados y, dado que puede ser ejercido por asociaciones, ello se asemeja a la *class action* del derecho de EE.UU.

XVI. El carácter expansivo de los derechos de incidencia colectiva

Ante el panorama descrito es obvio que todas estas manifestaciones impactan en el procedimiento administrativo, como antesala previa a un conflicto que puede concluir en el Poder Judicial; y para indagar el alcance de ese impacto es necesario estudiar el carácter expansivo o no del art. 43 de nuestra Carta Magna.

Compartimos que el catálogo de tal artículo es simplemente enunciativo, por lo que pueden considerarse incluidos otros derechos colectivos, además de los enunciados. En efecto, los derechos que nos ocupan surgen expresamente de los arts. 41 y 42 (a un medio ambiente sano y a la tutela de los usuarios y consumidores), a lo que debe agregarse que aquel art. 43, al referirse a la acción de amparo, establece en su segunda parte que se podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...; y de ello resulta que la Constitución reformada en 1994, establece en los arts. 41, 42 y 43 especies de los denominados “derechos de incidencia colectiva”, y que ofrece amparo no solo a los incorporados al texto, sino también respecto a los restantes derechos de incidencia colectiva, en general.

Apoyan tal hermenéutica los arts. 33 constitucional y 29 inc. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y así, por ejemplo, se ha sostenido fundadamente que el derecho a la seguridad debe ser incluido en esa enumeración, al igual que el derecho de acceso a la información pública, habiéndose afirmado incluso que la legalidad se suma al catálogo, máxime teniendo en cuenta que se trata de la legalidad objetiva y no meramente subjetiva.

Y no podemos marginar que en esto está en juego el principio del orden natural que establece que la resolución de conflictos, sean individuales o colectivos, constituye uno de los cometidos existenciales del Estado, habida cuenta que es imprescindible para el logro del bien común, fin de aquel y condicionante de su subsistencia.

XVII. ¿Son inmediatamente operativos los derechos de incidencia colectiva o es necesaria una regulación legal para su protección administrativa?

Ahora bien, hay quien ha sostenido que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se presenta como rebasada, ya que, mientras las normas en vigencia desde 1972 solo prevén la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos, la pauta constitucional más reciente contempla, además, los derechos colectivos por su incidencia, los que están huérfanos de protección en caso de ausencia de legislación reglamentaria: el procedimiento administrativo, tal cual hoy está regulado por la Ley Nacional, se muestra desautorizado para la tramitación de conflictos colectivos.

Se exige en esta primera postura, por lo tanto, una reformulación del procedimiento administrativo a fin de que encuentren cabida y reconocimiento las nuevas facultades jurídicas colectivas.

Ante ello recordamos, en primer lugar, que ha escrito con razón Agustín Gordillo que negarle el nombre de proceso al procedimiento administrativo no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida que fuere compatible, de todos los principios procesales.

Y en lo que hace al nuevo diseño de la legitimación resulta de gran trascendencia lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya citado caso “Halabi”: que la legitimación procesal puede delimitarse en tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Se habría ampliado así, entonces, la legitimación en el procedimiento administrativo, debiendo ponerse el acento en la afectación de los derechos individuales y de incidencia colectiva.

Creemos igualmente que en la actualidad debe hablarse de proteger al interés tutelado jurídicamente, lo cual es indeterminado en cuanto a la no utilización de la antigua terminología en diversas categorías: ellas van desapareciendo. Es menester volver, por vía normativa o jurisprudencial, a la definición del Pretor romano: “dame los hechos, yo te daré el derecho”.

Este criterio debe a nuestro juicio irse imponiendo bajo el principio de la legitimación constitucional de los derechos de incidencia colectiva, en sede judicial y también en la administrativa; y ese mismo fundamento rige para las autoridades locales, pues es la aplicación directa

de una norma constitucional operativa, como resulta del precedente “Ekmekdjian”.

Si se considera al art. 43 constitucional referido —principal pero no exclusivamente— a la más restrictiva de las vías judiciales, el amparo, de allí se sigue que la legitimación más ampliada es, asimismo, aplicable a los juicios de conocimiento, a lo que corresponde agregar el derecho a optar por una vía de mayor debate y prueba.

Así las cosas, nos parece evidente que, si la Constitución, que es la norma fundamental, contempla expresamente los derechos de incidencia colectiva, con un vehículo como lo es el amparo para que los habitantes los defiendan ante los tribunales nacionales y locales, es antijurídico que se pretenda que una ley ordinaria inferior restrinja la aplicación y vigencia de tal medio de defensa extraordinario, y menos aún que la falta de tal legislación secundaria (no imputable al habitante y en su caso derivada de un retraso del legislador al no emitirla), nacional o provincial, les depare detrimento a los administrados en los medios de defensa que la propia Constitución establece.

Además, para hacer la “justicia en la Administración”, en tratándose de disposiciones de la Constitución Nacional directamente operativas, de nada valdría si aquella hubiera de quedar supeditada al dictado de una ley, debiendo recurrirse a la aplicación directa de la Constitución, acudiendo a la similitud procedimental y procesal administrativa.

En afín orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires tiene dicho (en “Carretto, Pedro J. c. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa”, del 1/12/1998) que “Los jueces y la misma Administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario, pero sin depender que no hayan sido reglamentadas y aunque la ley disponga, en sus últimos artículos que ‘El Poder ejecutivo reglamentará la presente ley’”.

Por cierto que lo preferible es que el tema se regule legalmente tanto en la Nación como en las provincias y en la CABA, es decir, que exista en tales ámbitos una regulación procesal y procedimental para este tipo de asuntos que contemple de modo eficaz sus relevantes particularidades.

Más si la respectiva ley no llegase o se demorase, debería ser suficiente la interpretación que postulamos para atender incluso en sede administrativa los derechos de incidencia colectiva, pues —remachamos— son operativas las normas constitucionales que protegen los derechos de

incidencia colectiva, sobre la base que nuestra Corte Federal —desde el precedente “Ekmekdjian”— ha declarado que las normas protectoras de derechos no deben tornarse ilusorias y si el derecho ha sido reconocido su protección debe ser materializada por el Poder Judicial —y, se debe agregar, por la Administración— mediante la creación o adaptaciones que considere razonables, utilizando el recurso de la analogía o recurriendo a los principios generales del derecho (que incluyen a los principios de derecho natural), ya que si existe una denominada “laguna del derecho”, los jueces y administradores no pueden invocar como pretexto para rechazar el planteo dicha carencia, debiendo obligatoriamente dictar sentencia conforme a la Constitución, los tratados de derechos humanos, las leyes, los reglamentos, las costumbres y los principios generales del derecho.

XVIII. Existencia de numerosos procesos colectivos iniciados en diferentes tribunales con idéntico o similar objeto

En “García, José y otros c. PEN y otros s/ amparo ley 16.986”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10/3/2015, dijo:

“...atento a que las constancias de autos permiten advertir la existencia de un importante número de procesos colectivos iniciados en diferentes tribunales con idéntico o similar objeto al examinado en el sub examine (planteo de inconstitucionalidad de la res. 226/14 de la Secretaría de Energía y de la res. 2844/14 del Ente Nacional Regulador del Gas), corresponde hacer saber a los magistrados ante quienes tramitan esas causas que deberán proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos creado en la acordada 32/2014 y, asimismo, adoptar las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redunde en un dispendio de recursos materiales y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias... esta Corte advirtió acerca del incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país, y señaló que la insuficiencia normativa en la materia no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico (causa CSJ 1145/2013 (49-M) /CS1 ‘Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA s/amparo’, fallada el 23/9/2014)... en atención a la importancia que corresponde asignar a la preferencia temporal en el marco de los procesos colectivos, los jueces intervinientes en las causas a las que se hace referencia deberán unificar su trámite

en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integran, resulten excluidas”.

XIX. Sobre el acercamiento entre el derecho público y el privado

El art. 14 del Cód. Civ. y Com. reformado, establece: “Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva: En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. A ello debe agregarse lo dispuesto en los arts. 240 (“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”) y 241 (“Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”).

XX. Dos opiniones doctrinarias (Victoria Arias y Alberto Bianchi)

1) Translitero a continuación lo que sobre el tema que antecede ha escrito Victoria Arias en *Derecho público integral*: “Contamos este año con una innovación trascendental en materia de derecho ambiental. La noción de ambiente ha sido incluida como parámetro fundamental al evaluar la legalidad de las conductas de los particulares, justamente en el cuerpo normativo que las regula. A partir de agosto del presente, comienza a regir el nuevo Cód. Civ. y Com., que sistematiza las relaciones entre particulares, abarcando tanto las de índole individual como las que tienen asiento en dinámicas grupales, reconociendo la diáspora de vinculaciones que se dan en la actualidad y son merecedoras de protección y consagración normativa. Es esta, además, otra de las innovaciones más relevantes a la disciplina objeto de nuestro estudio. El *status* codificado de los derechos colectivos. En primer lugar, corresponde hacer una breve mención al nuevo art. 14, que reconoce en el citado cuerpo dos categorías de derechos: los individuales y aquellos de incidencia colectiva. A renglón seguido alude al ejercicio abusivo del derecho, agregando que no serán amparados por la ley aquellos supuestos en los cuales la efecti-

vización del derecho pueda afectar al ambiente. Podemos observar que, este instituto, con base solidaria, se resignifica bajo el paradigma ambiental (art. 14: “Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva: En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”). Arquetipo que, además, deberá ser interpretado a la luz de su dimensión constitucional, con la amplitud conceptual propia de la interacción entre las nociones de salud, equilibrio y aptitud para el desarrollo humano que claramente apuntara Falbo. Los derechos colectivos son nuevamente mencionados en el Capítulo referido a Bienes, en relación con las limitaciones al ejercicio de los derechos individuales que involucran. Los arts. 240... y 241... de la nueva redacción mencionan la necesidad de compatibilizar el uso de las prerrogativas individuales con los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, hablan de la conformidad que debe guardar esa utilización, a la normativa de derecho administrativo nacional y local dictada en el interés público. Ahora bien, estrictamente en la esfera que interesa al derecho ambiental, se introducen una serie de parámetros ampliatorios en términos de protección. De esa manera, prescribe el art. 240 que, además de la legislación administrativa, dicho ejercicio deberá guardar de no comprometer el funcionamiento de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Lo dispuesto en esta norma se traduce en una serie de tamicos que deberá atravesar el examen de las acciones particulares en las consecuencias que generen sobre los bienes colectivos. Ya no solo bastará para analizar la legalidad de una acción la no afectación del derecho de un tercero —sea individual o concebido en forma plural— sino que deberá analizarse si dicho actuar, además, no pone el peligro la fauna, la flora, la biodiversidad, el agua o el equilibrio de los ecosistemas. Examen que no hace más que repetir la fórmula del art. 41 de la carta magna, manifestando la marcada impronta constitucional que surge de la flamante codificación. Más allá que estas disposiciones necesitaran de un riguroso análisis y generaran sin dudas, un fuerte trabajo científico y de adaptación a la praxis, traducen todas ellas un proceso de filosofía del derecho interesante, en el que las nociones de solidaridad y orden público van evolucionando conforme se amplía su contenido, no debiendo ser concebidas como restricciones a la libertad individual, sino en realidad, marco fundante de su pleno ejercicio. Curiosamente, ellas tienen su basamento doctrinario en la noción de interés general —que ha sido históricamente el fundamento filosófico último del derecho público— pero que, conforme la evolución que ha tenido en nuestro país, viene, en este caso a introducirse de la mano de

estudiosos, principalmente, del derecho privado (Lorenzetti, Morello, Cafferata, entre otros). Recordemos, por ejemplo, el paradigma de “función ambiental de la propiedad”, que influye fuertemente en la teoría contractual. En definitiva, la sola inclusión de estos filtros refleja una vez más lo que Gonzalo Sozzo llamó la “regla de precedencia del bien colectivo”. En su trabajo, además, refiere el proceso de desfragmentación que fue sufriendo el concepto de orden público, señalando la insuficiencia de tales nociones para ser aplicadas a la teoría negocial, conllevando esto a un fundamental cambio en el mapa contractual. Parece ser que parte de estas ideas han encontrado asiento en las nuevas disposiciones del Código que vienen a influir determinantemente en la manera en que las relaciones jurídicas se plasmen y se ejecuten en los próximos años. Un camino hacia la sostenibilidad contractual”.

2) Por su parte, ha escrito Alberto Bianchi en “Un preocupante art. 240 del Cód. Civ. y Com.” (26), que “El Título III del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) regula el régimen de bienes. Su Capítulo I, dividido en tres secciones, se ocupa, sucesivamente de: (a) los conceptos generales sobre los bienes (Sección 1ª); (b) los bienes con relación a las personas (Sección 2ª) y (c) los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva (Sección 3ª). Si bien la temática relativa al régimen de bienes pertenece, en general, al campo del derecho civil y, por ende, su regulación ha estado siempre a cargo de este, no es menos cierto que la cuestión tiene proyecciones que exceden los horizontes civilistas y se extienden a otras regiones del derecho. Sin ir más lejos, determinar cuáles son los bienes que pertenecen al Estado nacional (ya sean de su dominio público o de su dominio privado), parecería ser algo más propio del derecho administrativo, aunque todavía esté regulada en el Cód. Civ. y Com., por una razón más histórica que jurídica. Vélez Sarsfield lo incluyó en el antiguo Cód. Civil en una época en la cual el derecho administrativo era apenas incipiente y allí ha quedado alojado desde entonces. Valga este preámbulo para decir que allí en la Sección 3ª del Capítulo I del Título III, hay un artículo que, sin perjuicio de cuál sea su naturaleza (civil, administrativa o de cualquier otro orden) establece algunos principios que merecen la atención pues, me atrevería a decir, son una invitación a la eliminación de los derechos individuales que se ejercen sobre los bienes. En este punto, como es fácil de advertir, la cuestión ya empieza a tener un interés constitucional. Me refiero concretamente al art. 240 que regula los “Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes” y dice: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de

(26) En DPI Cuántico, año 3, nro. 989.

incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Leído rápidamente y sin prestarle mayor atención, parecería que el artículo no enuncia más que algunas verdades de Perogrullo. Así, por ejemplo, su primera frase, al establecer que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes legislados en las secciones 1ª y 2ª —es decir sobre todos los bienes existentes— debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, constituye una gran obviedad, pues el ejercicio regular de cualquier derecho por parte de cualquier persona siempre debe ser compatible con los derechos de las otras personas, ya sean derechos individuales o derechos colectivos. Si no existiera esta compatibilidad entre el ejercicio de los derechos de unos y otros, no habría “ejercicio regular de un derecho” y se incurriría en “abuso de derecho” en los términos del art. 10 Cód. Civ. y Com., que reproduce, en buena medida, el antiguo art. 1071 del Cód. Civil. La segunda obviedad que —también en apariencia— enuncia el art. 240, es que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público. Me atrevería a decir que aquí, además de una obviedad, hay un error, pues la norma parecería atribuirle al derecho administrativo el monopolio del interés público, lo que no es correcto. En realidad no constituye novedad alguna que el ejercicio de los derechos individuales debe conformarse siempre al interés público, ya sea que el mismo esté contemplado y protegido por normas de derecho administrativo o de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico. De hecho, el ejercicio individual de un derecho no podría afectar el interés público que anida en muchas de las normas del propio Cód. Civ. y Com. Si el art. 240 Cód. Civ. y Com. concluyera aquí, no sería más que una pieza de legislación obvia, redundante y, como tal, innecesaria. Enunciaría una serie de principios generales que podrían agregarse al art. 10 Cód. Civ. y Com. sin mayores consecuencias. Sin embargo, el artículo avanza y, en los enunciados que siguen, su coloración empieza a subir de tono y podría llegar al rojo inconstitucional. Luego de enunciar estos dos primeros principios, el art. 240 sigue diciendo que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros”. Una primera observación es que, llegado a este punto, el artículo ya no habla de la “compatibilidad” entre derechos. Por el contrario, dice ahora que los derechos individuales no deben “afectar” ciertos derechos de incidencia colectiva. El cambio de verbo no puede pasar desapercibido por-

que “afectar” no es lo mismo que “compatibilizar” y podría ser entendido como cualquier forma de incidencia, injerencia, roce o colusión —por leve que fuera— con los derechos de incidencia colectiva allí enunciados. Aquí ya no nos encontramos, entonces, en el nivel de igualdad que sugiere la “compatibilidad”, sino en el de la subordinación que supone la “no afectación”. Obviamente todo ello depende en gran medida de la interpretación judicial, pero no creo que el lenguaje empleado sea fruto del azar y ello pone de manifiesto la intención del legislador. Pero, además de esta subordinación que el art. 240 Cód. Civ. y Com. ya establece como regla general, sin dejar abierta posibilidad alguna a la interpretación judicial, debemos prestar especial atención a los tres grupos de derechos de incidencia colectiva allí previstos, que son: (a) los del medio ambiente; (b) los de los valores culturales y (c) todos los otros. En cuanto a lo primero, nadie discute que el ejercicio de los derechos individuales no puede afectar irrazonablemente el medio ambiente (los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad y el agua), pero ello es tan obvio que no era necesario que el Cód. Civ. y Com. lo impusiera expresamente. El problema es que, al ser tan categórico en su expresión, el artículo no sea interpretado como la repetición de una obviedad, sino como una prohibición absoluta, que sería lo novedoso. Mucho más inquietante es el segundo grupo de derechos de incidencia colectiva que no puede ser afectado por el ejercicio de los derechos individuales. Me refiero al de los “valores culturales”. Aludir al valor cultural es algo tan vago e impreciso que todo, absolutamente todo, puede ser considerado como tal. Cualquiera que lea este artículo puede ver reflejados allí una variedad infinita de valores culturales: los de la filosofía tomista, los del manifiesto comunista, los del capitalismo, los del umbandismo, los de la poligamia, o los del arte pornográfico. En un mundo multicultural todos ellos son eventualmente invocables como “valores culturales” bajo el amplio paraguas que abre el art. 240 y, en teoría, ninguno de ellos (por extravagante que parezca) podría ser “afectado” por el ejercicio del derecho individual sobre un bien. Por último, el tercero de los grupos de derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 240 revela la verdadera intención de esta norma. Allí se alude, simplemente, a los “otros”, es decir, a todos los derechos y valores eventualmente existentes. Con esta extensión de proporciones absolutamente indefinidas, el art. 240 Cód. Civ. y Com. revela su verdadera intención. No se trata, entonces, de “compatibilizar” los derechos individuales y los derechos colectivos bajo el principio del art. 10 Cód. Civ. y Com. Lo que el art. 240 Cód. Civ. y Com. establece, en realidad, es una subordinación legal y de principio de todos los derechos individuales de contenido patrimonial a todos los derechos de incidencia colectiva, cualesquiera sean estos derechos y sus valores. En otras palabras, el art. 240 ha establecido dos jerarquías de derechos y les

ha dado a los de incidencia colectiva —insisto a todos ellos— una supremacía legal que podría llegar a anular a los derechos patrimoniales individuales. Si bien los límites y alcances de esta norma dependerán, en gran medida, de la prudencia de los jueces en su aplicación casuística, su texto, de suyo, es una amenaza latente al derecho de propiedad individual”.

XXI. Los derechos de incidencia colectiva podrían servir para “El cuidado de la casa común”

Ello, sobre la base que ha escrito Silvia Nonna (27): “*La encíclica del Papa Francisco sobre el Cuidado de la Casa Común*. Otros pontífices ya se habían expresado respecto de esta temática. En esta oportunidad el Papa Francisco nos da un mensaje muy claro fundamentado y concreto. No se trata solo de un documento para los católicos creyentes, sino para toda la humanidad. Nos invita a una investigación honesta que nos permita conocer con más detalle y profundidad las causas de los problemas. Y lo hace con un lenguaje sencillo y a la vez contundente, incisivo, provocador, convocante y muy convincente. Es destacable la profundidad y amplitud de temas que aborda: pueblos originarios, participación ciudadana, consumismo y generación de residuos, cambio climático, agua, diversidad biológica, desertificación, organismos genéticamente modificados, energía. Y, a la vez, toma temas tan generales y comunes como calidad de vida, educación, conciencia, responsabilidad. Sin dejar de tocar también otros como progreso, política, economía. Todos absolutamente relacionados con destacable coherencia y armonía. Pregunta en algún momento ¿Son las normas ambientales eficaces? Y se anima a decir que la eficacia de las normas requiere de salud institucional, haciendo luego hincapié en la necesaria transparencia. La encíclica tiene sin duda un contenido social muy fuerte, se refiere sin tapujos a la estrecha relación que existe entre la fragilidad del planeta y los pobres, y hace hincapié en la notable indiferencia que se advierte cuando se niegan o esconden ciertos problemas. Le da al hombre la categoría de administrador responsable y lo compromete con la noción de bien común asociada a las futuras generaciones. Planteando el concepto de ecología integral también advierte que existe una única y compleja crisis socio ambiental. El llamado del Papa Francisco ha repercutido con mucha fuerza en todo el mundo y tiene una notable aceptación. Ha generado adhesión del mundo científico y de defensores del ambiente. Pero también han aparecido algunas voces en contra. La encíclica es una apasionada defensa del ambiente y a la vez se refiere al actual sistema económico, a la sociedad

(27) En DPI Cuántico, año 3, nro. 88.

de consumo y conlleva una denuncia contra las especulaciones. El Papa se anima a señalar a las empresas y a los gobiernos por el cambio climático, a las empresas por especular con las ganancias y no tener en cuenta el calentamiento global y a los gobiernos y organismos internacionales por su inacción. Es un llamado que merece ser escuchado y estoy segura que así será. Y no es solo un documento bonito y completo, sino que también nos aporta ideas para que empecemos a hacer las cosas bien y que lo hagamos en conjunto, comprometiéndonos y participando. Conjuga desafíos y esperanza. Nos invita a cambiar el estilo de vida, nos pide que cambiemos nuestros hábitos y resalta la necesidad de encarar el correspondiente desafío a nivel educativo. Para quienes desde hace tiempo nos preocupamos por las cuestiones ambientales, esta encíclica tiene un enorme valor, pero no porque alguien como el Papa reafirma con tanta claridad algunas cuestiones que quizás ya hemos planteado, sino porque fundamentalmente señala con firmeza que tenemos que cambiar, que tenemos que dialogar, que tenemos que escuchar, que tenemos que unirnos, que tenemos que pensar en el presente para cuidar el futuro y que tenemos que actuar ya. Juntos y sin mezquindades”.

LA BUENA FE

POR LUIS ARMANDO CARELLO

Analizar la buena fe implica adentrarse en el estudio de lo que constituye la base de la conducta exigible y esperable en la vida en sociedad, tanto por parte de los particulares como del Estado.

El tema ha sido objeto de tratamiento en distintos campos del derecho, entre los cuales cabe destacar, especialmente, el derecho de seguros, en el cual tradicionalmente se ha venido diciendo que el de seguros es un contrato de buena fe, *uberrima bona fidei*(1).

Coviello ha señalado bien que existe una diferencia entre la *buena fe* "a secas" y el *principio general de buena fe*, pues suponen circunstancias distintas. "La primera significa la inclusión técnica en una norma jurídica para describir o limitar determinados supuestos de hecho en los que el ordenamiento confiere el amparo a quien actúa de buena fe...". Y continúa diciendo: "En la otra situación, la buena fe se torna en un principio general del derecho que se erige en una norma obligatoria, al imponer un modo de conducta a las partes en sus relaciones jurídicas" (2).

No obstante, hay un componente común a ambos supuestos, apuntado por Díez-Picazo, citado por Coviello: "la interna honradez con que la persona actúa" (3), requiriéndose, además, un comportamiento coherente de la contraparte que suscitó la confianza (4). O sea que la buena fe se le requiere a ambas partes. Queda así clara la relación existente entre el principio general de buena fe e instituciones como la doctrina

(1) HALPERIN, Isaac - MORANDI, Juan C. F., *Seguros*, Depalma, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 50.

(2) COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 403.

(3) DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 137, citado por COVIELLO, Pedro J. J., *La protección...*, cit., p. 404.

(4) DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos*, cit., p. 142.

de los actos propios (5) (conf. art. 1067 del Cód. Civ. y Com., así como la jurisprudencia de la Corte, p. ej. Fallos 258:299, 250:491; 294:220; 275:235; 275:459, entre otros (6)) y la protección de la confianza legítima (ver el interesante análisis jurisprudencial efectuado por Coviello que incluye fallos referidos también a la doctrina de los actos propios) (7).

Gordillo recuerda que este principio, muy antiguo, “...viene del derecho romano, con su *fraus omnia corrumpit* y su diminutivo *malitiis non est indulgendum...*” (8).

Si bien existe generalizada coincidencia acerca del nacimiento de este principio en el derecho civil, se acepta, hoy que “...es oponible frente al Estado porque este debe obrar de este modo; es decir, con transparencia y sin dobleces..., reconocido también como una directriz propia del derecho administrativo” (9). Cabe destacar el aporte hecho, desde la doctrina, por Héctor A. Mairal en su ya clásica obra (10).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido de modo expreso tanto la existencia del principio general como su aplicación al derecho público, al decir que “el principio cardinal de la buena fe informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado” (11). Y, precisando aún más su criterio: “...el ejercicio legítimo de la potestad de que disponen los órganos administrativos de manera irregular no puede comportar un proceder contrario al deber de buena fe exigible a la Administración, sus entidades y empresas, en la interpretación los contratos, en tanto se funda en la obligación de preservar la legalidad de dichos actos” (12).

(5) Ver MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

(6) Citados por ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, p. 143, nota 31.

(7) Ver la citada obra de Coviello.

(8) GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2014, t. 9, nota 25 al pie de la p. 620.

(9) BALBÍN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo*, Astrea y DPI Cuántico, Buenos Aires, 2016, p. 172.

(10) MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos...*, cit.

(11) CS, 18/7/2002, “Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos SA y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, Fallo 325:1787, citado por BALBÍN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial...*, cit., p. 172, nota 4.

(12) CS, 22/12/1993, “Espacio SA c. Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 316:3157, citado también por BALBÍN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial...*, cit., p. 173, nota 5.

I. El Código Civil y Comercial

En ese marco debemos analizar la situación generada a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial, acerca de cuya génesis y orientación consideramos necesario formular algunas consideraciones que van más allá del tema específico del presente trabajo.

Una transformación radical en el ordenamiento jurídico de un determinado país debería ser siempre precedida por un amplio debate, no limitado a la comunidad jurídica sino que debe abarcar a distintos sectores sociales que se ven necesariamente alcanzados por los cambios. Una tarea tan formidable requiere tiempo, paciencia, estudio y amplia participación de todos aquellos que pueden hacer aportes útiles y necesarios. Eso debió haber sucedido al impulsarse en nuestro país la unificación de los Códigos Civil y de Comercio. Lamentablemente no fue así.

La comisión de expertos encargada de preparar el anteproyecto fue integrada por dos ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una destacada jurista y ex magistrada mendocina. La capacidad y conocimiento de los tres está más allá de toda duda. Pero que, en un país en el cual abundan los buenos juristas, el Poder Ejecutivo encomendara a dos ministros de la Corte la elaboración del anteproyecto —junto a la Dra. Kemelmajer de Carlucci—, siendo integrantes del Poder que debería eventualmente juzgar sobre su constitucionalidad, es algo que de por sí no debe tener muchos antecedentes en el mundo. Pero que los ministros citados aceptaran es aún menos explicable que la invitación.

Durante un año se elaboró el anteproyecto, requiriéndose la colaboración de un importante grupo de juristas. Pero no existió un debate social acorde con la magnitud del cambio pretendido, que implicaba nada más y nada menos que reemplazar dos códigos a cuyas disposiciones los argentinos estábamos acostumbrados y los jueces —y reformas legislativas parciales— habían venido adaptando con prudencia y sentido de la oportunidad a las cambiantes condiciones económicas y sociales. El debate académico, por su parte, también fue muy limitado. Otro hubiera sido el trato merecido por las obras de Vélez Sarsfield y Acevedo.

Contra el anteproyecto se alzaron algunas voces críticas, aunque no tantas como hubiera sido dable esperar. Valgan dos por todas.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 28 de noviembre de 2013, dio a conocer una declaración en la cual consideró "... un deber reiterar su opinión sobre el tratamiento que merece una iniciativa de tamaño envergadura como es la sustitución del Cód. Civil vigente por otro nuevo. El proceso que debe desenvolverse para la

consecución de ese resultado, requiere contar con la efectiva participación y el más amplio consenso de todos los sectores del quehacer jurídico más representativo del país, tanto del ámbito académico y universitario, como los relacionados con la vida práctica del derecho, amén de la sociedad en su conjunto”.

Los académicos cordobeses, ante la celeridad que por razones institucionalmente inexplicables se impuso al proceso, agregaron: “Solamente menoscabando la trascendencia de la obra que se ha encarado, puede pensarse que únicamente resta supeditar su concreción a plazos perentorios amén de exiguos. Resulta imprescindible, por el contrario, promover un nuevo marco de amplia apertura, para que las opiniones de los diversos ámbitos que honran a la cultura jurídica del país y entrañan su más valiosa expresión, puedan, sin retaceos, ser escuchadas”. Y agregaron: “No existe ninguna urgencia que imponga el descontrolado apuro en una labor tan vasta y compleja. Por el contrario, si impera el buen sentido, es recomendable extremar los recaudos para que el objetivo que aspira a ser un paso adelante en nuestra evolución jurídica, no se convierta en un tropiezo y, por lo tanto, paradójicamente, entrañe, en múltiples aspectos, una regresión”.

Más tarde, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, hizo suyo el dictamen emitido por el Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” que, después de un meduloso análisis, concluyó diciendo: “La trascendental importancia social, jurídica y política de una norma como el Cód. Civ. y Com. y las graves irregularidades que han tenido lugar durante el trámite de su aprobación legislativa, reclaman la máxima atención por parte de las autoridades políticas, los jueces, la comunidad académica y los grupos de opinión pública”. Y agregó: “El manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido”. El dictamen señaló que “La vigencia apresurada del Código no tiene otra intención que buscar el hecho consumado...”. Y, efectivamente, el hecho se consumó.

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha dicho que las críticas relacionadas con la falta de discusión previa no son exactas (13). Las razones que invoca no parecen suficientes para desestimarlas sin más. No existió

(13) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Pautas para interpretar el Código”, que presenta la edición del *Código Civil y Comercial concordado con el régimen derogado y*

una consulta institucional, formal, a muchas de las más importantes entidades jurídicas de nuestro país. La mayor parte de los juristas llamados a colaborar (alrededor de 70, según se consigna en los “Fundamentos”), fueron hechos a jusprivatistas e incluso, para más precisión, civilistas. Naturalmente que ello puede haberse debido a la especialidad de los miembros de la Comisión, pero no cabe duda que dentro del mundo académico hubiera sido más enriquecedor el requerimiento a un espectro más abarcativo.

Lo cierto es que, más allá de lo expuesto, es preciso realizar un trabajo de análisis del nuevo Código en lo que al tema de este trabajo se refiere.

II. El tratamiento de los principios generales del derecho

Existe hoy una opinión muy difundida, entre destacados juristas, según la cual el ordenamiento jurídico está integrado ya no solo por normas sino también por los principios generales del derecho. Más aún, tal como señala Cassagne: “La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones. Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos...” (14).

Cassagne va aún más allá: “...existen principios que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como el derecho a la vida que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos)”. Y continúa diciendo: “Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio” (15).

Ya en una obra anterior, Cassagne había explicado que “Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con la ley natural, en el que encuentran su fundamento, siendo valores que se asemejan

referenciado con legislación vigente, revisado, ordenado y concordado por Eduardo A. Zannoni y otros, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 3.

(14) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 37-38.

(15) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, cit., ps. 38-39.

a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales, existen por sí mismos. Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (v.gr. la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el de justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva, etc.)” (16).

Bien señala Balbín: “Es interesante advertir que los principios en el marco del derecho administrativo, por razones históricas, ocupan un espacio mucho mayor que en el contexto del derecho privado” (17).

Para este autor, es menester distinguir entre los “principios básicos” (axiomas evidente por sí mismo y de los cuales pueden deducirse otros postulados o principios; los “principios expresos”; y los principios implícitos que surgen de los expresos. Y, por razones didáctica, considera necesario formular la siguiente distinción: a) Los principios generales del derecho administrativo instrumentales o secundarios, derivados de los principios constitucionales generales; b) Los principios de otras ramas jurídicas que cabe aplicar en el derecho administrativo solo en caso de indeterminaciones e imposibilidad de salvarlas por otros medios; c) los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico como principios propios y específicos del derecho administrativo (18).

La opinión acerca de los principios generales del derecho como fuente viene siendo planteada y reiterada a través del tiempo. Así, por ejemplo, ya el maestro Marienhoff, enrolado en esta corriente, decía en su clásico Tratado que “Tanto como acaece respecto a la analogía, tampoco existe unanimidad entre los autores acerca de si los principios generales del derecho deben o no ser considerados como ‘fuente’ jurídica. La generalidad de la doctrina se pronuncia afirmativamente; los expositores que les niegan el carácter de ‘fuente’ a los principios generales, son minoría. En nuestro país es obvio que constituyen una ‘fuente’ del derecho; ello se desprende claramente del art. 16 del Código Civil...” (19). Claro está que el distinguido jurista se refería a la recordada norma del viejo Código.

Actualmente, en cambio, el Cód. Civ. y Com. dice en su art. 1º que las fuentes de derecho son las leyes y los tratados de derechos humanos

(16) CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 54-55.

(17) BALBÍN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial...*, cit., p. 169.

(18) BALBÍN, Carlos F., *Impacto del Código Civil y Comercial...*, cit., ps. 171-172.

(19) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 271.

de los que nuestro país sea parte; y los usos, prácticas y costumbres solo cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, en este caso siempre que no sean contrarios a derecho. En el art. 2º agrega que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros elementos, los principios y los valores jurídicos.

El Código ha sido criticado en esta materia por cuanto, teniendo la oportunidad, no incluyó a los principios generales del derecho como fuente, en la línea del art. 16 del Cód. Civil y también del pensamiento jurídico más avanzado, limitándose a decir que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros elementos, a los principios. Es decir que normativamente lo redujo a herramienta interpretativa.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci dice que "...llama la atención que se haya dicho que el Código desvaloriza los principios generales, convirtiéndolos en meros instrumentos de la interpretación, eliminándolos como fuente del derecho" (20). En rigor, las críticas a las cuales hace referencia la distinguida jurista mendocina no hacen otra cosa que basarse en lo que dicen en forma textual los dos artículos citados del propio Código. Es cierto que si se leen atentamente los "Fundamentos" parecería que los autores anunciaban en este aspecto algo distinto a lo que finalmente fue plasmado en el texto de los artículos. Pero lo cierto es que los juicios de valor deben emitirse sobre la redacción que en definitiva se dio a las normas y no acerca de la intención que pudieran haber tenido los integrantes de la comisión.

Al negar que los principios generales del derecho no sean reconocidos como fuentes, la Dra. Kemelmajer de Carlucci dice que "Los principios generales operan como vías del propio razonamiento". Pese al esfuerzo que hemos realizado no nos ha resultado posible comprender tal argumento de refutación.

Lo cierto es que la redacción del nuevo Código, en el tema que nos ocupa, más allá de lo que hoy digan sus autores, ha llevado a decir: "Si bien en numerosas normas el Codificador hace referencias a la 'buena fe', no hay norma genérica que alude ni la imponga como regla de conducta" (21). Lo que afirma el autor es rigurosamente cierto, más allá de la obligatoriedad que surge del principio general de la buena fe,

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Pautas para interpretar el Código", cit., p. 9.

(21) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 19.

posición a la cual adherimos. Y ello pese a que el art. 9º haga referencia al “principio de buena fe”, que ha permitido a otros autores decir lo contrario (22).

Cabe recordar que el art. 16 del Cód. Civil de 1869 decía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Refiriéndose a ese artículo del viejo Cód. Civil, dijo Cassagne: El cumplimiento del deber de resolver está íntimamente conectado con el reconocimiento, por parte del Cód. Civil, de los principios generales como fuente del derecho administrativo, y si bien, con cierto sentido práctico, se ha dicho que se trata de una fuente de naturaleza subsidiaria, la circunstancia de constituir una fuente residual cuando se agotan las posibilidades de aplicación de las normas y principios del derecho positivo y la congruencia que debe haber con los principios, hace que estos constituyan una fuente autónoma —en algunas circunstancias separable del derecho escrito—, habida cuenta que son el fundamento de todo el ordenamiento”.

Y el autor citado completó su pensamiento diciendo poco después: “En la fórmula utilizada por el codificador, que tiene como fuente el art. 7º del Código de Austria, no cabe duda de que los principios generales del derecho son los que surgen del derecho natural, y en ese sentido, estos vienen a cumplir la función de integrar el ordenamiento jurídico” (23).

El análisis del texto elaborado por Vélez Sarsfield ha llevado a ciertos juristas, durante la etapa en que todavía era posible intentar incidir sobre el que, entonces, era anteproyecto o incluso proyecto, a sostener que era preferible mantener el contenido del art. 16, pese a que pudiera considerárselo perfectible (24).

(22) CALVO COSTA, Carlos A., *Código Civil y Comercial de la Nación concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015.

(23) CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 43.

(24) ESBORRAZ, David F., “Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina”, vol. 34/2013, Módena-Bogotá, ps. 229-265 (www.romaeamerica.it), a título de ejemplo.

Adoptado por los legisladores el criterio de los autores del Anteproyecto, quienes como ya hemos dicho optaron por restringir normativamente la buena fe al rol de herramienta interpretativa, es menester preguntarse si con ello se ha reducido efectivamente el papel del principio de buena fe, en general, y particularmente, por lo que aquí nos interesa, en el derecho administrativo. La respuesta es negativa, aunque por razones distintas a las apuntadas.

“La buena fe se vincula con los comportamientos éticos de las personas cuya exigibilidad se incorpora al derecho que, al tener en cuenta la moral, implica otra ruptura del positivismo legalista. Ella resulta directamente aplicable al derecho administrativo y rige con independencia de su reconocimiento por el derecho positivo, si bien las tendencias de los ordenamientos se inclinan por su incorporación expresa, ya sea como principio general en el Cód. Civil o bien, como ocurre en Colombia, a través de la recepción constitucional del principio (art. 83), cuya proyección al procedimiento administrativo ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y doctrina de ese país” (25).

En cuanto a si los principios generales lo son del derecho en general o de cada rama del derecho (tesis de la multiplicidad o de la unicidad), nos inclinamos por esta última, sin perjuicio de su génesis o de la aplicación adecuada en cada rama.

III. La buena fe en el Código Civil argentino

Es sabido que Dalmacio Vélez Sarsfield, al redactar el Cód. Civil, dio a la buena fe, con relación a los contratos, un tratamiento distinto al que habría de brindársele posteriormente. El codificador, en la nota al art. 1197, cita como fuente el art. 1134 del Cód. Civil francés, pero si se realiza la debida comparación puede verse que omitió la parte final, según la cual “Las convenciones... deben ser ejecutadas de buena fe” (versión vigente desde el 17 de febrero de 1804 hasta el 1° de octubre de 2016, fecha esta en que el texto más que centenario fue modificado).

Mucho se ha discutido acerca de las razones que tuvo Vélez Sarsfield para omitir la inclusión de la última parte del artículo que tomó como fuente. Entre las distintas opiniones nos inclinamos por la que atribuye esa decisión al temor de ver afectada la seguridad de las convenciones

(25) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público*, cit., ps. 52-53. En la nota 202 Cassagne refiere, como ejemplo de incorporación expresa como principio general, el art. 7°, apart. 1° del Cód. Civil español.

por entregar a los jueces un concepto que podía permitirles, so capa de interpretación, apartarse de lo efectivamente convenido por las partes.

El principio, como tal y con relación a los contratos, tal como es sabido, fue introducido recién al sancionarse la ley 17.711 (art. 1198): “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...”. Se trata, en la opinión de Guillermo Borda, autor intelectual de la reforma citada, de la buena fe lealtad u objetiva, a diferencia de la buena fe creencia o subjetiva (26). Naturalmente que en el Código velezano, sin perjuicio de lo expuesto, había diversas disposiciones que se referían a la buena fe con respecto a otras cuestiones (27), pero ello no resta importancia a la innovación introducida en la reforma de la ley 17.711.

Todo lo expuesto, naturalmente, se restringía normativamente al derecho privado. En nuestro país la buena fe aparecía de algún modo limitada en su aplicación a ese campo del derecho. Parecía limitarse a la relación entre los particulares. Su extensión al derecho administrativo, por ejemplo, fue parte de un proceso, al comienzo lento. Esto no sucedió solo en nuestro país, como es dable comprobar estudiando el tema.

En España, por ejemplo, se ha dicho: “El principio de la buena fe que ha de inspirar el comportamiento tanto de la Administración como de los administrados es invocado continuamente ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así nos lo recuerda alguna sentencia. Sin embargo, lo cierto es que hasta fechas recientes nuestra jurisprudencia raramente lo utilizaba en sus argumentaciones. La buena fe parecía relegada a las relaciones jurídico-privadas, apareciendo en el derecho público solo de modo ocasional, en cuestiones de índole procedimental y con una eficacia muy reducida” (28).

Quiere decir, entonces, que ya durante la vigencia del hoy derogado Cód. Civil, entre nosotros se viene aceptando en forma incuestionada la existencia del principio general de buena fe, aplicable tanto en el derecho privado como en el derecho público.

(26) BORDA, Guillermo, “El principio de buena fe”, *Revista Signos Universitarios*, Miscelánea II, nro. 20, - Ediciones Universidad del Salvador, Buenos Aires, diciembre de 1991, p. 41 (SAIJ).

(27) Por ejemplo, los arts. 552, 1329, 1476, 1990, 2059, 2212, 2473, 2568, 2570, 2588, 2751, 3945 y muchos otros vinculados a temas específicos que son bien conocidos.

(28) SAINZ MORENO, Fernando, “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, (J) - Comentario monográfico, RAP, nro. 89, Madrid, 1979, p. 1.

IV. La buena fe en el Código Civil y Comercial

Numerosas son las disposiciones del Cód. Civ. y Com. que se refieren a la buena fe, en forma directa o indirecta. Nos referiremos a algunas de ellas, sin pretender agotarlas. Los números de los artículos corresponden a dicho Código.

1. El art. 9º dice que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. El artículo anuncia el tema como “Principio de buena fe”.

Se ha dicho que esta norma se vincula al art. 1198 del Cód. Civil, pero es menester destacar que en dicho Código la disposición se refería exclusivamente a los contratos (“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...”). La actual formulación, de carácter general, nos parece más apropiada.

2. El art. 10, por su parte, referido al abuso del derecho, dice que “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

El antecedente se encuentra en el art. 1071 del Cód. Civil, reformado en su momento por la ley 17.711.

3. “Buena fe. Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe”. Tal es el texto del art. 729, incluido en el Título I del Libro Tercero, referido a las obligaciones en general.

La norma tiene su fuente en art. 1175 del “Codice civile” italiano de 1942.

4. En la misma línea vemos que el art. 961 dice: “Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

El artículo citado encuentra también sus antecedentes en los arts. 1197 y 1198, el primero de ellos velezano y el segundo, como ya he-

mos recordado, incorporado con la reforma introducida al Cód. Civil, oportunamente, por la ley 17.711.

5. El tratar el Cód. Civ. y Com. el tema de la personalidad jurídica, encontramos el art. 144: “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 puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

Esta disposición encuentra sus antecedentes en lo dispuesto por la ley 19.550 (art. 2º y 54, párr. 3º).

6. También se refiere al tema que nos ocupa el art. 292, referido a los instrumentos públicos: “Presupuestos. Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación en sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata. Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título”.

Este artículo se relaciona con los arts. 982 y 983 del Cód. Civil.

7. También referido a los instrumentos públicos cabe referir el art. 298: “Contradocumento. El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe”, que se vincula con los arts. 960 y 996 del Cód. Civil.

8. Con respecto a los documentos firmados en blanco, el art. 315 establece que “...El firmante de un documento en blanco puede impugnar su contenido mediante la prueba de que no responde a sus instrucciones, pero no puede valerse para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito. El desconocimiento del firmante no debe afectar a terceros de buena fe. Cuando el documento firmado en blanco es sus traído contra la voluntad de la persona que lo guarda, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio. En tal caso, el contenido del

instrumento no puede oponerse al firmante excepto por los terceros que acrediten su buena fe si han adquirido derechos a título oneroso en base al instrumento". Se trata de un tema que ya había sido objeto de tratamiento en el Cód. Civil, arts. 1016, 1017 y 1019.

9. Al regular lo relacionado con la simulación y el fraude se incluyen varias referencias a la buena y también a la mala fe (arts. 337 y 340), y lo mismo sucede al tratarse el tema de la condición suspensiva pendiente (art. 347).

10. El art. 365, referido a los vicios en la representación voluntaria, abarcando tanto la buena como la mala fe, establece que "...El acto otorgado por el representante es nulo si su voluntad está viciada. Pero si se ha otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado es nulo solo si estuvo viciada la voluntad de este. El representado de mala fe no puede aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante", cuestión que ya había sido objeto de tratamiento en el Cód. Civil.

11. Cuando el Cód. Civ. y Com. regula la ineficacia de los actos jurídicos, en varios de los artículos se refiere también a la buena fe (arts. 387, 392, 395 y 398).

12. El art. 407 regula una situación de interés en materia de derecho administrativo (además, naturalmente, del derecho de familia), que es el de la incompetencia de la autoridad que celebra un matrimonio: "... La existencia del matrimonio no resulta afectada por la incompetencia o falta del nombramiento legítimo de la autoridad para celebrarlo, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquellos ejercieran sus funciones públicamente".

13. El art. 426 dispone que la nulidad matrimonial no afecta los derechos de terceros de buena fe que hubiera contratado con los cónyuges, tema ya tratado en el Cód. Civil.

14. Varios artículos, referidos a la nulidad del matrimonio, se refieren a la buena fe (arts. 426 a 429), con referencia a los efectos sea con respecto a los propios cónyuges como a terceros. El tema había sido ya tenido en cuenta por el Cód. Civil.

15. En cuanto a los procesos de familia, el art. 706, primer párrafo, dice que "...El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente...".

16. Dentro del Título dedicado a las Obligaciones en general, el art. 729 se refiere a la requerida buena fe del deudor y del acreedor: "...Deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe".

17. Al regular las obligaciones de dar se analizan distintos supuestos en los cuales la buena fe aparece requerida o como supuesto. Así, los arts. 757, 758 y 760.

18. El art. 961 contiene una de las disposiciones cuyo contenido aparecía ya en el Cód. Civil a partir de la reforma por la ley 17.711: "...Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor". Los antecedentes pueden hallarse en los arts. 1197 y 1198.

19. Refiriéndose al deber de buena fe en materia de tratativas preliminares el Cód. Civil y Comercial dispone en su art. 991: "...Durante las tratativas preliminares y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato".

20. Regulando una cuestión vinculada a los bienes litigiosos, gravados o sujetos a medidas cautelares, en el art. 1009 se dispone que los mismos: "...pueden ser objeto de los contratos, sin perjuicio de los derechos de terceros. Quien de mala fe contrata sobre esos bienes como si fuesen libres debe reparar los daños causados a la otra parte si esta ha obrado de buena fe". En el Cód. Civil el tema había sido parcialmente tratado en el art. 1174.

21. En el art. 1011, referido a los llamados contratos de larga duración, se consigna que en ellos: "...el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos".

22. De manera coherente con otras disposiciones del mismo cuerpo, el art. 1061, en materia de interpretación de los contratos, dispone que

“...El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de buena fe”, mientras que en el supuesto de resolución de los mismos, conforme al art. 1079, inc. b), la misma “...produce efectos retroactivos entre las partes, y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe”.

23. El Cód. Civ. y Com. explica que pueden celebrarse pactos de retroventa, reventa y de preferencia con relación a la venta de cosas muebles o inmuebles (art. 1165), pero cuando se trata de la venta de cosas muebles no registrables, los pactos citados no son oponibles a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

24. El art. 1170 establece los casos en que el comprador de buena fe de un inmueble por boleto tiene prioridad sobre quien hubiere trabado cautelares sobre el inmueble vendido, mientras que el art. 1171 regula la situación del comprador de buena fe en caso de concurso o quiebra.

25. Por el art. 1483 se impone al agente la obligación de actuar de buena fe en el ejercicio de sus actividades.

26. Toda persona está obligada a adoptar “...de buen fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud...” (art. 1710, inc. b)].

27. Al tratar de la función resarcitoria, el art. 1732 establece, en cuanto a la imposibilidad de cumplimiento que “El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”.

28. Al tratar, en la parte dedicada al daño resarcible, lo atinente a la dispensa anticipada de la obligación de indemnizar, es menester mencionar lo dispuesto por el art. 1743: “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas...”.

29. Conforme a lo dispuesto por el art. 1772, inc. b), el poseedor de buena fe de una cosa o bien puede reclamar la indemnización por el menoscabo que los mismos sufran.

30. En la parte dedicada a la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de los derechos reales, se incluye varias veces la buena fe

cumpliendo un rol significativo (arts. 1895, 1896, 1898, 1899, 1901, 1902 y 1903).

31. Tiene importancia, naturalmente, la buena fe, en cuanto atañe a la posesión: "...El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad" (art. 1918). Y "...La relación de poder se presume, a menos que exista prueba en contrario..." (art. 1919). También, respecto de los efectos de la relación de poder, se refieren a la buena fe los arts. 1935 y 1936.

32. En la parte que regula la acción reivindicatoria, se refieren a la buena fe los arts. 2254, 2258, 2259 y 2260.

33. Diversas disposiciones incluidas en la parte relacionada con las cuestiones sucesorias contienen referencias importantes a la buena fe.

Hay muchas otras menciones concretas de la buena fe, en forma explícita o implícita, pero también de la mala fe ("contracara" de la primera, al decir de Rosatti (29)). Basta con las expuestas, que a nuestro juicio son las más importantes.

Se trata en todos los casos de la buena fe "a secas", como explicamos al comienzo, de conformidad a lo dicho al respecto por Coviello, salvo el caso del art. 9º, que como hemos visto, se refiere al "principio de buena fe".

En su obra titulada *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, el Dr. Horacio Rosatti menciona varios de estos artículos. Con respecto al tema concluye diciendo: "La buena fe nos lleva al plano de las conductas, vinculándose con la previsibilidad, la confianza y, en consecuencia, con la no contradicción con actos anteriores de las partes..." (30).

Sin perjuicio de los casos de buena fe contenidos de manera expresa en el Cód. Civ. y Com., naturalmente debe tenerse en cuenta la existencia del principio general de la buena fe, respecto del cual nos remitimos a lo ya dicho sobre el mismo.

(29) ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial...*, cit., p. 139.

(30) ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial...*, cit., p. 142.

LAS *ASTREINTES* CONTRA EL ESTADO

POR JAVIER INDALECIO BARRAZA

El 2 de julio de 2014 se sancionó la ley 26.944 que regula la responsabilidad estatal. Hasta ese momento, este tipo de responsabilidad se había regido por la jurisprudencia y las elaboraciones doctrinales.

La ley resulta objetable por:

- 1) técnica normativa deficiente,
- 2) imprecisiones conceptuales y
- 3) una filosofía inspirada en propiciar la omnipotencia del Estado y la impunidad de los funcionarios.

En esta oportunidad analizaré lo relativo a las *astreintes* contra el Estado, pues parecería que a partir de la sanción de la mencionada ley no se podrían aplicar aquellas.

A tal fin dividiré este trabajo en las siguientes cuestiones:

En primer lugar, formularé algunas reflexiones respecto del positivismo jurídico y el falso dilema en el que se nos pretende introducir respecto de la responsabilidad del Estado y su regulación por el derecho público o privado.

En segundo término, analizaré lo relativo a las *astreintes*, su denominación, antecedentes históricos, concepto y caracteres.

En tercer término, abordaré lo relativo a la imposibilidad de establecer *astreintes*, el origen de esta prohibición, y las objeciones que se pueden formular.

I. Algunas reflexiones

I.1. *El positivismo jurídico*

Se ha dicho por ahí, que la sanción de esta ley clausura el debate sobre lo relativo a la responsabilidad estatal. De ninguna manera podemos aceptar este sofisma, pues estaríamos abdicando de nuestra tarea como juristas, pues un jurista, no es una persona que conoce la letra de la ley y se atiene a ella. Eso es crudo positivismo. Siempre he pensado que el positivismo jurídico extendió su dominio histórico mediante la glorificación de la norma escrita, y luego mediante sus inmensos recursos envolventes, nos hizo creer que el derecho, es solamente norma escrita. Por lo contrario, el derecho; es mucho más, y obviamente un verdadero jurista excede el mero conocimiento de la letra fría de la ley. En efecto, guiado por valores humanísticos, debemos intentar una construcción de la responsabilidad estatal en donde prevalezca el ser. En nuestro rol de juristas debemos defender dos valores: la justicia y el sostenimiento del Estado de Derecho.

I.2. *Un falso dilema*

Otro punto que merece una particular reflexión es lo relativo al debate que se ha impuesto acerca de si la responsabilidad estatal debe ser regulada por el derecho administrativo o por normas de derecho civil. Y lo primero que pienso es que el derecho administrativo es un derecho con características particulares. Así, lo estimo, pues exhibe reglas distintas a las del derecho común, sus conceptos *sui generis* y sus instituciones fuertemente moldeadas sobre ideas políticas y necesidades históricas, nos indican que difícilmente esta rama de la ciencia jurídica pueda ser comprendida cabalmente si se utilizan los esquemas interpretativos del derecho civil. En consecuencia, esta particular rama del derecho y la responsabilidad estatal, solo serán entendidos si previamente se analizan problemas fundamentales, tales como: las relaciones del Estado con el ciudadano, la continua tensión entre autoridad y libertad, la puja perpetua entre interés individual e interés general. Por ello, la tarea fundamental de los juristas es restablecer las conexiones del derecho administrativo con la ciencia política, la sociología, la filosofía, la epistemología de la ciencia (1).

Por lo demás, las numerosas instituciones que están reguladas por el derecho administrativo han generado múltiples interpretaciones. Tal

(1) BARRAZA, Javier I., *Tratado de derecho administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 1.

vez, porque se ignora que aquellas fueron creadas por necesidades políticas, o responden a conceptos sociológicos. Así, la teoría del acto de gobierno, fue una respuesta jurídica a una necesidad política, la necesidad de los miembros del Consejo de Estado de preservarse y subsistir. Del mismo modo, para entender el poder reglamentario, previamente se debe analizar la realidad de un Estado, y luego de ello, estaremos aptos para determinar la forma en que se ha recepcionado tal poder.

Lo mismo puede decirse de la responsabilidad estatal, la cual debe estar regida por los principios del derecho administrativo, solamente para un jurista desatento, las apariencias permiten asimilar aquella responsabilidad a la de un régimen del derecho civil. Por lo demás, el derecho administrativo es producto de una larga evolución que aún no ha concluido, pero es tal el grado de desarrollo en que nos encontramos, que unánimemente se acepta que el Estado debe estar sometido al derecho. No obstante, existen ámbitos donde el poder del Estado resulta infranqueable, p. ej.: la discrecionalidad, la razón de Estado, secreto de Estado. En fin, múltiples conceptos que demuestran que la lucha por el sometimiento pleno del Estado al Derecho no ha concluido, es que la razón de Estado no capitula de un día para otro.

II. Las *astreintes*

El art. 1º, última parte, de la ley 26.944 dispone que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Parecería que se ha prohibido la aplicación de *astreintes* contra el Estado. Si bien, algunos señalan que esto se refiere al daño punitivo, lo cierto es que cabe preguntarse: ¿qué se ha querido señalar con “sanción pecuniaria disuasiva”?

Por otra parte, si se quiso prohibir la aplicación del daño punitivo ¿Por qué no se lo expresó con un lenguaje preciso?

Una de las mayores exigencias hacia un texto legislativo es la claridad y precisión conceptual. La mencionada ley carece de estos aspectos.

Por lo demás, ¿tenía sentido sancionar una ley si la jurisprudencia y la doctrina habían fijado parámetros claros?

En otro orden de ideas, con esta prohibición ¿se está propiciando la responsabilidad o la irresponsabilidad del funcionario? Yo diría que la irresponsabilidad, pues el funcionario puede incumplir una orden judi-

cial, sin consecuencia alguna. ¿En qué lugar queda el *imperium judicial*? ¿Cómo se compadece esta solución con una de las bases fundamentales de la jurisdicción: la *coertio*?

Analizaré, en consecuencia, lo relativo a las *astreintes* (2), su denominación, antecedentes históricos, concepto y caracteres.

(2) V. ALTERINI, Atilio A. *et al.*, *Curso de obligaciones*, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, nro. 328; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Las astreintes*, EDESA, Madrid, 1985, p. 110; BARRAZA, Javier I., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, La Ley, Buenos Aires, 2003; BARRAZA, Javier I., *Tratado de derecho administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016; DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats: ou des obligations conventionnelles*, Auguste Durand-Hachette, París, 1968; FENOCHIETTO, Carlos - ARAZI, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1993; HUC, Teophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, F. Pichón, París, 1892; LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Medios compulsivos en derecho privado*, Ediar, Buenos Aires, 1978, ps. 45 y ss.; MAZEAUD, Jean - MAZEAUD, Henry - MAZEAUD, Léon - CHABAS, François, *Leçons de droit civil. Obligations*, 6ª ed., Editions Montchrestein, París, 1978; MORELLO, Augusto - SOSA, Gualberto - BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, 4ª ed., Librería Editora Platense/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984; POTHIER, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 2007; GHERSI, Carlos A., *Obligaciones civiles y comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2005; BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1998; SALERNO, Marcelo U., *Obligaciones*, Estudio, Buenos Aires, 1995; LARENZ, Kart, *Derecho de las obligaciones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958; BUSO, Eduardo, *Código Civil anotado: obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1951; ENNECERUS, Ludwig, *Derecho de las obligaciones*, Bosch, Buenos Aires, 1948; AYARRAGARAY, Carlos, "El respeto a la justicia. Las *astreintes*", JA, 1961-IV-369; BARATELLI, Germán A., "Astreintes. La protección legal del crédito", LL del 24/12/2014; BARBADO, Analía R., "La *astreinte* desde el punto de vista jurisprudencial", DJ 1986-1-577; BORDA, Guillermo, "La reforma del Código Civil. Las *astreintes*", ED 30-825; BREST, Irina D., "Astreintes en el proceso contencioso administrativo de la provincia de Corrientes a la luz de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", LL Litoral, 2016 (marzo), p. 127; CARRANZA CASARES, Carlos A. - CASTRO, Patricia E., "Las *astreintes* y el cumplimiento puntual e íntegro de la obligación alimentaria", LL 1987-C-594; CENTANARO, Esteban, "Acercas de las *astreintes* en el contencioso de la Ciudad", LL, Buenos Aires, 2010 (abril), p. 138; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Astreintes (algunos de sus aspectos en el derecho argentino y francés)", LL 1992-D-575; CORTI, Aristides, "La aplicación de *astreintes* a un contratista del Estado por desobedecer una medida cautelar suspensiva de un proceso arbitral", LL 2005-C-651; GÓMEZ ALONSO, Julio, "Sanciones conminatorias o compulsorias en la reforma procesal civil española", JA 1991-I-912; LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Medios de forzar el cumplimiento de las obligaciones. Las *astreintes* como mecanismo de compulsión", DJ 2001-3-569; MARTÍNEZ CRESPO, Mario, "Astreintes. Síntesis doctrinaria y jurisprudencial", DJ 1990-2-806; MOISSET DE ESPANÉS, "Las *astreintes* y el incumplimiento de mandatos judiciales", ED 85-428; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Sanciones conminatorias o 'astreintes'. Obligaciones a las que son aplicables", LL 1983-D-217; MUÑOZ, Ricardo A., "Prohibi-

II.1. Denominación

El término *astreintes* es un vocablo francés que deriva del latín *as-tringere*, que significa compeler. En un intento por castellanizar este término se han utilizado distintas denominaciones:

- a) sanciones conminatorias,
- b) condenas conminatorias,
- c) constricciones,
- d) conminaciones,
- e) multas conminatorias,
- f) penas pecuniarias.

No obstante este esfuerzo el término francés se impuso. Así, en la jerga cotidiana de los abogados se utiliza el término *astreintes*.

II.2. Antecedentes históricos

II.2.1. Francia

El primer antecedente de las *astreintes* se remonta —según Llam-bías (3)— al siglo XIII.

ción de aplicación de *astreintes* en contra del Estado”, LL 2016-A-789; PÉREZ GIMÉNEZ, Pablo, “Las sanciones conminatorias o *astreintes*. Un análisis doctrinario actual”, LL, 2009 (julio), p. 575; PEYRANO, Jorge, “La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso”, JA 1987-IV-857; PEYRANO, Jorge, “La medida de apremio en general y la conminatoria en particular”, LL 1991-D-989; PEYRANO, Jorge, “Medidas conminatorias”, LL 1989-E-1042; PEYRANO, Jorge, “Límites de las aplicabilidades de sanciones procesales conminatorias”, LL 1984-B-118; QUADRI, Gabriel H., “Imposición de *astreintes* al Estado”, LL del 3/12/2014; REIMUNDÍN, Ricardo, “Las *astreintes* en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, JA, 1969, Doctrina; RUFINO, Marco A., “*Astreintes* en el proceso comercial”, DJ 2007-II-1204; SARAVIA PATRÓN, Vicente D., “Las *astreintes*”, LL 149-880; SMITH, “Incorporación de la *astreintes* en la legislación argentina”, LL 133-1039; TORRES TRABA, José M., “Las sanciones conminatorias (*astreintes*): Características particulares”, LL 2009-B-221; VILLAFANE, Liliana, “Las *astreintes* en sede administrativa. Su tratamiento en el ámbito nacional y provincial”, LL, 2007 (octubre), p. 896; VINCENT, Mabel, “*Astreintes* y cuota alimentaria. Ámbito de aplicación”, LL 1989-A-380.

(3) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 3ª ed., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

Por otra parte, se su creación se encuentra en dos fallos franceses de 1809 y 1811, en donde se aplicó este instituto para vencer la resistencia del deudor en el cumplimiento de una decisión judicial. Cabe señalar, que los juristas galos se oponían a este instituto (4).

En 1811, se condenó a una persona a abonar tres francos hasta que esa persona se retractara.

Posteriormente, en 1824, un tribunal de Gray condenó a un litigante a devolver una documentación a su cliente, dado que se había negado a tal devolución, por lo que se le aplicaron *astreintes* de diez francos diarios hasta que modificara su actitud y entregara la referida documentación.

Luego de ello, quedó plasmado en el art. 1036 del Código de Procedimiento Civil, por el que se permite a los jueces dictar mandamientos con el fin de que sean acatadas sus decisiones, aunque solo para asegurar el desarrollo de la audiencia de vista del proceso.

II.2.1.1. Características

En el derecho francés, las *astreintes* tienen las siguientes características:

- 1) se pueden aplicar de oficio,
- 2) el auto que ordena la aplicación no requiere fundamentación,
- 3) los deberes que impone la resolución pueden ser: hacer, no hacer, dar u obligaciones extrapatrimoniales,
- 4) el monto impuesto es a favor del acreedor,
- 5) son provisorias o definitivas.

II.2.2. Alemania

En ese país se recepcionó la figura en los arts. 888 y 890 del Código de Procedimientos, pero el beneficiario no era el acreedor, sino el fisco.

Cabe señalar que una previsión similar existía en Austria e Inglaterra.

(4) V. DEMOLOMBE, Charles, *Traité des contrats: ou des obligations conventionnelles*, Auguste Durand-Hachette, París, 1968; HUC, Teophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, F. Pichón, París, 1892.

II.2.3. Argentina

En nuestro país, las *astreintes* fueron admitidas por la doctrina (5), y luego —en una evolución posterior— fueron recepcionadas por la jurisprudencia.

El primer fallo judicial se remonta a 1921. En dicho caso se impuso una multa de cien pesos mensuales al dueño de un establecimiento por los ruidos molestos ocasionados por un molino que afectaban a su vecino (6) y hasta que cesara de producirlos.

Posteriormente, en otro caso se establecieron *astreintes* durante el tiempo que durara la violación del deber del locador de no turbar por sí o por sus dependientes el goce pacífico del inmueble del locatario (7).

Más tarde, el juez Ignacio Anzoategui impuso *astreintes* a un padre que no permitía que la madre pudiera ver a su hijo. A fin de que depusiera de esta actitud se le impuso una sanción conminatoria de trescientos pesos diarios en beneficio del Consejo Nacional de Educación. Cabe señalar, que el Tribunal de Alzada revocó esta decisión, basado en que no existía ninguna norma legal que lo autorizara (8).

Luego de ello, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (9) se aconsejó la incorporación al Cód. Civil de normas que permitieran a los jueces dictar “condenas de carácter pecuniario en contra de quienes dejan de cumplir un deber jurídico impuesto en sus resoluciones”.

Finalmente, esto obtuvo recepción legislativa en el art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. y en el art. 666 bis (hoy art. 804 del Cód. Civ. y Com.).

II.3. Concepto

Las *astreintes* son condenaciones conminatorias pecuniarias que los jueces imponen a quien incumple una resolución judicial.

(5) SALVAT, Raymundo - GALLI, Enrique, *Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, TEA, Buenos Aires, 1962; REZZÓNICO, Luis M., *Manual de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1967; COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

(6) C2ª Civ. Capital Federal, 6/4/1921, puede encontrarse en JA 6-314.

(7) C2ª Civ. y Com. La Plata, 29/12/1952, puede encontrarse en JA 1953-II-181.

(8) CNCiv., sala A, 4/8/1952, puede encontrarse en JA 1952-IV-9.

(9) Celebrado en la Ciudad de Córdoba en 1961.

II.3.1. *Distintas posturas*

Sin embargo, los autores difieren en cuanto a la definición.

Marty y Raynaud señala que es una “condenación complementaria y condicional a una suma de dinero fijada en forma global, o sea tanto por día de retardo impuesta al deudor cuando este no ejecute voluntariamente su obligación”.

Mazeaud, por su parte, considera que es “una condenación pecuniaria pronunciada por un juez que tiene por objeto vencer la resistencia de un deudor recalcitrante y poder ejecutar una orden judicial” (10).

Llambías estima que es “una imposición judicial de una condena pecuniaria que afecta al deudor mientras no cumpla lo debido y que, por ello, es susceptible de aumentar indefinidamente”.

II.4. *Caracteres*

II.4.1. *Potestativas*

Cierta doctrina considera que las *astreintes* son discrecionales. En realidad, la discrecionalidad es una potestad legal para decidir entre varias alternativas posibles todas igualmente válidas e igualmente justas. Así, por ejemplo, si el juez debe aplicar una multa que va de uno a diez pesos, si el juez aplica tres o cuatro o cinco pesos, eso es una cuestión que hace a la discrecionalidad.

En el caso de las *astreintes* no son discrecionales, sino potestativas o facultativas del juez. Para decirlo de otro modo, es una facultad o potestad del juez para hacer cumplir sus resoluciones.

II.4.2. *Provisionales*

Se trata de resoluciones que intentan que la persona que no ha cumplido lo haga inmediatamente. Esta circunstancia determina su provisionalidad, pues en el caso de que la persona cumpla, las *astreintes* quedan sin efecto (11).

(10) MAZEAUD, Jean - MAZEAUD, Henry - MAZEAUD, Léon - CHABAS, François, *Leçons de droit civil. Obligations*, cit.

(11) CNFed. Cont. Adm., sala I, *in re* “Ojea Quintana, Tomás c. UBA s/amparo por mora de la Administración”, 17/8/1994.

Se podría decir que las *astreintes* consisten en una advertencia, para el incumplidor, y en el caso de que persista en su conducta se le aplicarán sanciones pecuniarias.

Ahora bien, esta provisionalidad no debe conducirnos a pensar que si a una persona se le han aplicado *astreintes* y con posterioridad cumple, el beneficiario debería devolver el monto. Esta postura nos conduciría a lesionar los valores de la seguridad jurídica y la firmeza de las decisiones judiciales.

Por lo demás, no debemos olvidar que se imponen *astreintes* a una persona que no ha cumplido una resolución judicial. Si la persona cumple, luego de aplicada la *astreinte*, no corresponde devolución alguna, pues ello implicaría una burla a la decisión judicial: cumpro porque me impusieron una sanción pecuniaria, y luego de cumplido recupero lo que aboné.

II.4.3. Variables

El juez las puede modificar conforme el cumplimiento de la persona, las puede aumentar, disminuir y, aun, dejarlas sin efecto.

En el caso de que las aumente, el juez puede fijar un aumento por día, semana o mes.

II.4.4. Conminatorias

Con esto se quiere significar que tiene por objetivo vencer la resistencia de la persona que ha incumplido. Se conmina a la persona a cumplir.

II.4.5. Pecuniarias

Solo pueden consistir en sumas de dinero.

II.4.6. Accesorias

Las *astreintes* se relacionan con un deber principal que surge de una decisión judicial. Es decir, debido a que una persona no cumple, una cuestión accesoria al incumplimiento es la imposición de aquellas.

Esta accesoriedad queda demostrada, pues si se cumple la obligación principal, se extingue la obligación principal y, juntamente con ella, las

astreintes. Por lo demás, en el caso de créditos contra el Estado, las *astreintes* se suspenden, conforme las previsiones de la ley 23.696.

II.4.7. A favor del acreedor

Existe una discusión respecto del destino de los montos en dinero que producen las *astreintes*. Por un lado, se considera que ese monto debe percibirlo el acreedor. Una segunda postura, estima que ese monto debe destinarse a una institución de bien público.

En nuestro país, el legislador se ha inclinado por la primera solución. Sin embargo, estimo que dicha cuestión debe ser analizada con suma prudencia.

El objetivo de las *astreintes* es lograr que el incumplidor desista de su actitud. Por otra parte, no debemos olvidar que en un juicio están involucradas pasiones, odios y resentimientos. ¿Por qué no cumple el deudor? ¿Simplemente porque no puede? ¿Por qué le tiene odio al acreedor? En mi vida profesional, he atendido clientes que prefieren no pagar antes que abonarle lo debido al acreedor, guiados por sus pasiones, así me han referido, “prefiero que mi plata vaya a una entidad de bien público, antes que al patrimonio del acreedor”.

Entonces, si el objetivo es vencer la resistencia, nada mejor que sea para beneficio para del acreedor. En suma, si esa persona está guiada por sus pasiones, y eso es lo que lo guía a no cumplir, nada mejor que advertirle que su incumplimiento le acarreará mayores beneficios al acreedor. Nada mejor que advertirle que su incumplimiento beneficia mucho más a quien él intenta perjudicar.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el que incumple es el Estado y el acreedor es una persona que ha solicitado el cumplimiento de un derecho fundamental? Por ejemplo, la persona ha solicitado que se le asigne una vivienda, porque no tiene donde vivir, está en situación de calle. El Estado en el curso del proceso le asigna un subsidio y al cabo de un tiempo deja de cumplir. ¿Corresponde que el juez le aplique *astreintes* a favor de quien ya recibe fondos del Estado?

Tal vez, deberíamos pensar con un criterio de solidaridad social, y pensar que el objetivo de las *astreintes* es vencer la resistencia de quien incumple, permitir que se haga pleno el *imperium* judicial. De ninguna manera han sido ideadas para beneficiar económicamente al acreedor, aunque lateralmente produzcan ese efecto. Por tales razones, deberíamos discutir el destino de las *astreintes* cuando se trata de fondos del Es-

tado, máxime cuando la persona beneficiaria ya recibe fondos del Estado y guiados por un criterio de solidaridad social, que esos fondos se remitan, por ejemplo, a la Casa Cuna. De esta forma, vencemos la resistencia del Estado a cumplir, y favorecemos a una entidad de bien público.

II.4.8. Ejecutables

Una vez establecida son ejecutables en el patrimonio del condenado (12), si así no fuera resultaría ilusoria su imposición. Sería simplemente darle al acreedor un sable de madera (Mazeaud y Tunc) o un sable de papel (Llambías), pues no servirían para vencer la resistencia del obligado.

II.4.9. Transmisibles

El crédito que surge de las *astreintes* puede ser cedido (conf. art. 1444, 1446 a 1448 del Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, ¿qué ocurre si el deudor a quien se le impusieron *astreintes* fallece? ¿Puede el acreedor presentarse en la sucesión de aquel y solicitarles a los herederos que le abonen la suma que ha fijado el juez? La respuesta es positiva, pues se trata de una deuda, y como tal puede ser exigible.

En el III Congreso Nacional de Derecho Civil, se recomendó lo siguiente: “Las condenaciones conminatorias se transmitirán a los herederos del deudor, pero el fallecimiento de este interrumpirá su curso en las obligaciones *intuitu personae*”.

III. La regulación legal

III.1. Imposibilidad de aplicar astreintes

La ley en el art. 1º dispone desordenadamente y sin sistema, cuatro cuestiones, el ámbito de la responsabilidad, carácter, inaplicabilidad de las disposiciones civiles y prohibición de aplicar *astreintes*.

La ley utiliza un lenguaje ambiguo, con términos fácilmente intercambiables. En efecto, se establece en el citado artículo, última parte, lo siguiente: “La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

(12) Conf. art. 500 inc. 2º del Cód. Proc. Civ. y Com.

La ley no habla de *astreintes*, hace referencia a “sanción pecuniaria”. Si hacemos un razonable esfuerzo de interpretación, se podría pensar la locución “sanción pecuniaria” se refiere a las *astreintes*.

III.1.1. El origen de esta prohibición

La aplicación de *astreintes* ha generado hechos de corrupción y de enriquecimiento ilícito. En efecto, en el caso “Lopardo, Abel Israel c. Ferrocarriles Argentinos”, el Estado fue condenado a abonar una suma indemnizatoria, pero como el Estado incumplió la sentencia se le impusieron *astreintes* por una suma de dos millones doscientos siete mil pesos argentinos (en ese momento por nuestra paridad con el dólar, se trataba de dos millones doscientos siete mil dólares). Esto motivó una denuncia ante el Consejo de la Magistratura de la Nación del —por entonces— Secretario Legal y Administrativo del Ministerio de Economía, Dr. Alfredo Castañón, la cual fue caratulada “Castañón, Alfredo - Bielsa Rafael c. Dr. Miralles, Julio C. (Juzg. Civ. Com. 4 La Plata)”, expte. 385/01.

III.2. Las objeciones

Ahora bien, esa denuncia nos permite pensar que deberíamos eliminar las *astreintes*. El objetivo es loable, el medio no es idóneo.

III.2.1. El método científico

Por lo demás, el método científico también resulta objetable, pues se parte de un hecho particular para sentar premisas generales. En efecto, nadie ha hecho un relevamiento cuantitativo de la cantidad de resoluciones en las que se fijan *astreintes* contra el Estado, ni mucho menos de los montos que anualmente abona el Estado sobre esta cuestión. En definitiva, la ley se ha sancionado sin ningún tipo de estudio.

Pasemos ahora, a analizar las disposiciones de la ley en este punto legal. Para quien no está en el ámbito del derecho, la lectura de esta previsión legal parece correcta, pues se entiende que nadie debe tener contra un funcionario una actitud intimidante o disuasiva. De esta forma, también se permite al funcionario desplegar su actividad con libertad y no se obstaculiza el accionar administrativo.

Ahora bien, si la ley se hubiera redactado de esta forma “Se prohíbe a los jueces aplicar *astreintes*”. ¿Qué hubiera pasado? ¿Qué sensación tendríamos al leer una disposición con un lenguaje neutro y objetivo?

Por tales razones entiendo que la ley encubre, mediante un lenguaje ambiguo e impreciso una restricción a las potestades jurisdiccionales. Esto me recuerda a la profecía de Wittgenstein: “No nos damos cuenta de la prodigiosa diversidad de juegos del lenguaje porque el revestimiento exterior de nuestro lenguaje hace que parezca todo igual”.

III.2.2. La limitación a las potestades del juez

Por otra parte, ¿cómo hará el juez para poder lograr que se cumplan sus decisiones? (13).

Lo establecido en el art. 1º, última parte de la ley 26.944, constituye un grave retroceso. Así, cómo no se admitía la demandabilidad del Estado, a inicios del siglo XX, y fue necesario un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial, luego no se admitía la responsabilidad del Estado. Ahora estamos discutiendo si el Estado debe cumplir con el *imperium judicial*. Si seguimos en el medio de esta discusión, habremos creado un privilegio injusto para el Estado y sus funcionarios, en detrimento del individuo que litiga contra aquel.

Por lo demás, generaremos mayor impunidad y una clara violación al principio de igualdad, pues los funcionarios podrían tomar y disponer y voluntad sin riesgos de ser compelidos por un tribunal.

En otro orden de ideas, basta simplemente mirar al Estado para ver un cuerpo de agentes sin pericia técnica, que no acata las decisiones judiciales. Si el juez no puede contar con medidas forzadas para hacer cumplir sus decisiones, estaríamos erigiendo a una persona que solo puede emitir recomendaciones. Estaríamos vaciando de sentido la jurisdicción, al eliminar uno de sus elementos: la *coertio*.

En este sentido, estaríamos ante una paradoja: una sentencia o una cautelar firme, sin cumplirse, y al juez impotente legalmente para compeler a la parte incumplidora (14).

(13) MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, Henry - MAZEAUD, Léon - CHABAS, François, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie general*, 7ª ed., Montschrestien, París, 1985, t. II, vol. I; PEYRANO, Jorge, “La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso”, JA 1987-IV-857; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Las *astreintes* y el incumplimiento de los mandatos judiciales”, ED 85-428; AYARRAGARAY, Carlos, “El respeto a la justicia. Las *astreintes*”, JA 1961-IV-369.

(14) FALKE, Ignacio, “Restricciones a la potestad jurisdiccional emanadas de la ley 26.944”, en *Doctrina judicial, La Ley*, Buenos Aires, Volumen 2014-52, p. 95 y ss.

En otro orden de ideas, esta restricción altera todo el sistema constitucional, y uno de los postulados previsto en el preámbulo de la Constitución Nacional, que es el afianzamiento de la justicia. En efecto, la misión de los jueces es resolver conflictos entre partes, pero ¿cómo haría el juez para dar efectiva vigencia a la justicia si su decisión resulta impotente frente a la desobediencia o inacción del funcionario? En definitiva, la ley olvida que la jurisdicción es una función esencial del Estado, la que mediante un órgano judicial determina el derecho en un caso concreto, y asigna el derecho a cada una de las partes, mediante una sentencia definitiva que, luego será la cosa juzgada (15).

Además, si los jueces no tienen plenas facultades para ejecutar sus decisiones, convertimos al magistrado en un árbitro, pues los elementos de la jurisdicción la *coertio* y la *executio* —entre otros— no están presentes (16). En suma, cuando se somete una contienda al conocimiento de un árbitro, este en ningún caso puede dictar medidas compulsorias o de ejecución (17) y, por ello, “no revisten la calidad de jueces estatales”.

III.2.3. Violación al principio de igualdad

La violación a este principio es evidente, pues se pueden aplicar *astreintes* a los particulares, pero no al Estado. Podríamos aplicar el principio *reductio ad absurdum*, y así en un mismo proceso, al particular se le podrían imponer *astreintes* y al Estado no. ¿Cuál es la razón de este tratamiento dispar?

III.2.3.1. Violación del principio *favor debilis*

El ciudadano está sometido al poder de imperio del Estado (ese ente cobra impuestos, limita sus derechos y tiene un régimen exorbitante). No obstante, para equilibrar ese poder, se ha establecido un principio general: *favor debilis*, que protege al más débil en esa dispar relación Estado-particular. La norma violenta el referido principio, pues la figura más débil ni siquiera puede solicitar la aplicación de *astreintes* para compeler

(15) RIVAS, Adolfo A., *Teoría general del derecho procesal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 133 y ss.

(16) V. FALCÓN, Enrique, *Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y leyes complementarias*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 73 y FENOCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1999, t. I, ps. 122 y ss.

(17) PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. II, ps. 415 y ss.

al Estado a cumplir. En suma, se potencia el poder estatal en detrimento del más débil: el ciudadano.

III.2.4. Transgresión a la seguridad jurídica

La seguridad jurídica es una de las máximas aspiraciones del sistema. En este caso, al impedir la aplicación de *astreintes*, se colocaría en vilo al administrado, pues no sabría si el Estado va a cumplir o no.

IV. Conclusiones

La ley ha construido un concepto para un Estado que no habrá de responder. ¿Qué se ha querido significar cuando se prohíbe la aplicación de “sanciones conminatorias disuasivas”? ¿Cuál ha sido el objetivo de esta previsión? Sin lugar a dudas, el objetivo fue propiciar la irresponsabilidad estatal y la impunidad de los funcionarios.

Lo que quiero significar, que basados en esta ortodoxia, hemos hecho realidad lo que la filosofía de Heidegger nos alertó: hemos antepuesto los entes al ser humano. Es decir, hacemos prevalecer al Estado por sobre el ser humano. Lo que quiero significar que la prohibición de la ley coloca al Estado por encima del ciudadano.

Por ello, es indispensable deconstruir el concepto de Estado y de la responsabilidad estatal (como nos enseñó Jacques Derrida) y reflexionar que aquellos fueron elaborados en un momento histórico y político determinado. Debemos saber que esta ley, mediante una acumulación metafórica intenta justificar la inacción de los funcionarios, y la ausencia de respuestas justas y adecuadas.

Estimo que hemos olvidado lo claro y evidente. ¿Qué es lo claro? Que tenemos una ley insuficiente. ¿Qué es lo evidente? Que el Estado no puede eximirse de responsabilidad. Si podemos avizorar nuevas y originales formas de actuación estatal, si podemos recorrer el delicado equilibrio, entre libertad y autoridad, la puja perpetua entre interés individual e interés general, podremos también fijar un nuevo concepto de Estado y de responsabilidad.

Por último, quiero dejar sentada una propuesta: ni tan amplia responsabilidad estatal, de manera que el Estado se convierta en un asegurador de todo, ni tan limitada responsabilidad, de modo que el Estado pueda tomar y disponer a voluntad, mostrándole al individuo su impotencia, y la ausencia de respuestas justas y oportunas.

*Fallos**Cámara Nacional en lo Civil**Sala A*

“Beorlegui, Juan c. Comisión Municipal de la Vivienda”, sent. del 31/10/1991.

“Consortio de Propietarios c. Benítez”, sent. del 8/5/1984.

“Cibeira de Esnaola, Nélica c. Cipollino, Antonio”, sent. del 13/9/1983.

Sala B

“Avecilla, Luis c. Trisiano, Humberto”, sent. del 4/7/1991.

“Iglesia Mesiánica Mundial c. Yasue Yoschihet”, sent. del 4/5/1989.

“Taddia, Horacio c. Raíces SCA”, sent. del 10/9/1985.

“Avecilla, Luis c. Trisano, Humberto”, sent. del 4/7/1991.

Sala C

“Cubas y otra p/suc.”, sent. del 12/6/1979.

“Rigano, Miguel c. Comisión Municipal de la Vivienda”, sent. del 24/4/1992.

“Alderete, Martín c. Cotillo, Gutemberg, suc.”, sent. del 16/5/1985.

“Barrientes c. Comisión Municipal de la Vivienda”, sent. del 31/10/1989.

“Laurenzano, Carlos c. Laurenzano, Norberto N y otro”, sent. del 28/2/1986.

“Zaffaroni de Ratto, Mirta c. Ratto, Alberto E.”, sent. del 10/10/1989.

“Zacevich, Ricardo c. Municipalidad de la Capital”, sent. del 29/10/1982.

Sala D

“Nole, Ricardo c. Paglilla, Arnoldo, suc. y otro”, sent. del 7/5/1985.

“Cabrera, Clinea c. Comisión Municipal de la Vivienda”, sent. del 19/11/1981.

“Nino de Soprano, Marcelina c. Lambierto, Carlos”, sent. del 17/10/1980.

“Landajo, Tomás R., suc.”, sent. del 22/4/1991.

“Galizia, Francisco”, sent. del 2/6/1981.

“Alimena, Marta c. Carcano, Héctor”, sent. del 30/11/1981.

Sala F

“Elizeta SCA c. Municipalidad de la Capital”, sent. del 21/10/1980.

“Mariuna SCA c. Consorcio de Copropietarios Perú 84”, sent. del 2/9/1982.

“Szames, Moisés c. La Primera Caja Mercantil”, sent. del 8/8/1983.

“Gabba, Pablo y otros c. Vázquez Fernández, Francisco”, sent. del 25/2/1981.

Sala G

“Sosto c. Comisión Nac. de la Vivienda”, sent. del 4/6/1990.

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala I, “Meneguzzi c. Gobierno Nacional”, sent. del 21/9/1989.

Cámara Nacional Civil y Comercial Federal

Sala I

“Maciel c. Comisión Municipal de la Vivienda”, sent. del 6/4/1989.

Sala II

“Chaparro c. Bco. Hipotecario Nacional”, sent. del 17/8/1990.

“Flota Fluvial del Estado Argentino c. Trecenave”, sent. del 28/4/1989.

Cámara Nacional Comercial

Sala D, “Amarillo c. Nuevas Mueblerías Belgrano”, sent. del 24/5/1983.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Loyola, Jorge y otros c. Pedemonte y Benegas SRL”, sent. del 30/8/1988.

“Molina, Oscar José c. Pryor e Hijos SRL”, sent. del 22/11/1988.

ASTREINTES, ¿SON APLICABLES AL ESTADO Y SUS FUNCIONARIOS EN LA REALIDAD JURÍDICA ARGENTINA ACTUAL? (1)

POR JUAN MARTÍN ALTERINI

I. El instituto

“Las *astreintes* tienen como finalidad vencer la resistencia de un deudor recalcitrante que se obstina en no cumplir, pese a la existencia de un mandato judicial que lo obliga a ello. Es una forma de coacción psicológica a doblegar la voluntad del renuente” (2), de lo que puede lógicamente colegirse que “no constituyen una condena, sino una amenaza a ser condenado” (3) y, con ello, la promoción de un contexto desventajoso para el incumplidor.

Respecto de ellas, y de las llamadas *sanciones conminatorias* que establecen las leyes adjetivas (4), se ha aclarado que “si bien *lato sensu* se acostumbra considerar a las *astreintes* como una forma más de asegurar el debido respeto a los magistrados judiciales, su finalidad es muy

(1) Este trabajo obedece a la inconmensurable generosidad que ha tenido el profesor, doctor académico y entrañable persona, Juan Carlos Cassagne; sin su duradero, constante e invariable esfuerzo, seguramente, el derecho administrativo argentino hubiera adolecido de uno de sus “tutores” que, como en el crecimiento de una joven planta que requiere apoyo y constancia para colaborar con su crecimiento, en tan distinguida persona que a su vez fue quien impulsó esta obra, la *rama del derecho* ha encontrado un “sostén” que le permitió evolucionar y desarrollarse hasta su grado actual de robustez. De ahí que sirvan como renovado agradecimiento hacia él, estas breves líneas sobre la temática propuesta.

(2) TRIGO REPRESAS, Félix - COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Código Civil de la República Argentina, explicado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 725.

(3) CNCiv., sala B, 4/7/2016, “Luques, Silvina Nora y otros c. Husson, Alejandra s/ interdicto”, AR/JUR/44008/201.

(4) Art. 45 Cód. Proc. Civ. y Com.

distinta de la que corresponde reconocerle a las multas procesales establecidas por el art. 45 del Cód. Procesal. Es que mientras las primeras tienden específicamente a asegurar que se cumplan, efectivamente, mandatos judiciales, las segundas apuntan a preservar la buena conducta procesal *in genere*. Si estamos, entonces y por vía de ejemplo, ante la conducta procesal ‘morosa’ del declarado perdedor por sentencia definitiva, en cumplimentar lo mandado por esta, el descripto será un supuesto de eventual aplicación de *astreintes* y no de imposición de una multa procesal. Ello porque la inconducta a reprimir (incumplimiento de la obligación judicialmente reconocida) es ‘específica’ y como tal está regulada por la norma especial (art. 37, Cód. Procesal) y no por la general (art. 45, Cód. Procesal)” (5).

Corresponde señalar que muchos autores(6) no distinguen entre una y otra, utilizándolas de manera indistinta (*astreintes* o sanciones conminatorias) con una única finalidad y objetivo: “mediante la imposición de un castigo en su patrimonio, se busca mover la voluntad del remiso a fin de lograr que cumpla con lo ordenado por el Poder Judicial; estructuradas de este modo, las sanciones conminatorias son, en definitiva, un medio de compulsión, de coacción psicológica, que opera con finalidad coercitiva, apuntando a influir en la voluntad del obligado para que se decida a pagar lo que debe, so pena de una imposición económica que se irá acrecentando con el tiempo; tienden, así, a vencer la reticencia a cumplir con el mandato impuesto” aclarando que, aún con matices (7) y diferencias interpretativas (8), nuestra doctrina (9) y los precedentes de

(5) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Las *astreintes* y el cumplimiento de mandatos judiciales”, ED 85-408; REIMUNDIN, Ricardo, “La imposición de *astreintes* por nuestros jueces”, JA 1959-V-88; SARAVIA PATRÓN, Vicente, “Las *astreintes*”, LL 149-875; PEYRANO, Jorge W., “El desacato disciplinario”, *Anuario de la Facultad Católica de Derecho de Rosario*, t. I, ps. 293 y ss., citado por PEYRANO, Jorge W., “Límites de la aplicabilidad de sanciones procesales conminatorias”, LL 1984-B-116.

(6) QUADRI, Gabriel H., “El esquema sancionatorio en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (tercera parte)”, APBA 2012-11-1211; LÓPEZ MESA, Marcelo, “Medios de forzar el cumplimiento de las obligaciones. Las *astreintes* como mecanismo de compulsión”, DJ 2001-3-569 y “La ejecución de sentencias contra el Estado y las *astreintes* (¿Son realmente efectivas las *astreintes* para compeler al Estado a cumplir las sentencias dictadas en su contra?)”, JA 1999-III-1112.

(7) Fallos 320:186.

(8) Fallos 328:1553.

(9) Por todos, Aída Kemelmajer de Carlucci, quien adopta la definición unívoca del instituto al sostener “Por mi parte, adopto la de Alterini - Ameal - López Cabana: ‘Condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no

la Corte Suprema de Justicia establecieron su procedencia, también, dirigida al Estado si adoptara una postura renuente al cumplimiento de una obligación *judicialmente establecida*.

Ahora bien, tal obligación debe estar contenida, como dijimos, en resoluciones judiciales dispuestas en la sentencia que resuelve el fondo del asunto, “pero también en otro tipo de decisiones, como son, por ejemplo, las que disponen medidas precautorias, cautelares, de sustanciación de pruebas, etc., pues la imposición de *astreintes* hoy se extiende a los actos de desarrollo del proceso” (10).

Por otra parte, como las *astreintes* suponen resistencia, la condena no puede estar fijada —por regla— *ab initio*, en tanto es menester haber intimado al cumplimiento de la obligación y, de suyo, que ello no ocurra lo que dará la posibilidad a la parte de requerirla, y al Juez de otorgarla. Así, con acierto, se ha dicho que no corresponderá su aplicación “por si no cumple” (11) sino que más bien, deberá primero intimarse bajo apercibimiento frente al defectuoso, parcial o absoluto incumplimiento.

En tal orden de ideas, en principio no resulta procedente el pedido de *astreintes* a devengarse desde que se entabló la demanda, ni desde que quedó trabada la *litis*, así como tampoco lo será en ausencia de orden o medida judicial por cumplir.

Es preciso recordar que sea quien fuere el incumplidor, Estado o particular, “no corresponde aplicarlas a quien no es un litigante recalcitrante en el cumplimiento de la sentencia, aunque lo haga con cierta demora y negligencia” (12).

En este estadio, ¿resulta pertinente efectuar un interrogante apriorístico; cuando hablamos de sanciones conminatorias sobre un funcionario público o *astreintes* sobre el Estado, estamos hablando *lato sensu* sobre la responsabilidad de estos? Entiendo que efectivamente es así, nos encontramos frente a un régimen especial de ella que tiene sus principios propios que, huelga remarcarlo, serán los que la rijan pero sin es-

cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial”, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2-A, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 579”.

(10) PEYRANO, Jorge W., “La medida conminatoria y el valor eficacia en el proceso”, JA 1987-IV-860.

(11) Entre otros, CNCiv., sala E, 7/10/1980, “Chaibul c. Pérez”, LL 1981-A-119.

(12) CNCiv., sala A, 5/2/1974, LL 154-325.

capar, es decir, contenidos, dentro de los principios generales que el sistema aporta sobre la temática (13).

II. La cuestión en nuestra historia jurídica

El texto del Cód. Civil de 1857 no preveía la responsabilidad del Estado. Este, al ser una persona jurídica, no podía ser declarado responsable de los daños que produjera su actuar, ya sea lícito o ilícito. Así fue que el anterior texto del art. 43 del Código no regulaba el instituto, al contemplar solo y exclusivamente situaciones de derecho privado.

En ocasiones (14) he tenido la oportunidad de señalar que, desde sus orígenes, el Estado tuvo variantes para facilitar que los particulares cuestionaran sus decisiones o actos. *El rey no puede hacer el mal* (*The king can do no wrong*) (15) aparecía como principio en Estados Unidos permitiendo, únicamente, la demanda por responsabilidad de los funcionarios si habían actuado sin el consentimiento del Soberano (16). Tampoco se

(13) Resultaría notablemente ajeno al objetivo propuesto en este trabajo ahondar en tal indagación, aunque, no obstante, parece que en el nuevo sistema, al remarcar el carácter local —con tanto énfasis— y, asumir que cada jurisdicción conserva sus facultades para hacerlo, los códigos procesales, serán la renovada herramienta con que se cuente para esbozar —o mejor dicho profundizar— su teoría, para que cobre el lugar que necesariamente, en el estado actual, debe ocupar para prevenir el incumplimiento de la orden judicial, o reparar el ocurrido.

(14) “Aproximaciones a la Responsabilidad del Estado en el Derecho de Crisis”, en el libro *Derecho Administrativo Iberoamericano. Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Ediciones Paredes, Caracas, 2007; “Aproximaciones al derecho de crisis. Poder de policía financiero”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, nro. 3, Núcleo de Derecho Civil, editor Carlos Álvarez, Montevideo, 2006, entre otras.

(15) Este principio que, junto con otros, conforma una suerte de *indemandabilidad del soberano*, nace de la premisa según la cual “el rey no debe estar bajo ningún hombre, sino bajo Dios y bajo la ley, porque es la ley la que hace al rey” (BRACON citado por MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, vol. I, p. 23). Asimismo, entre nosotros y en otro orden de ideas, se ha dicho que la ley “es lo que los jueces dicen que es” (BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, nro. 1650). De allí que en nuestro derecho, será responsable el soberano —Estado— en la medida en que la jurisdicción así lo determine lo cual, de suyo, importa la posibilidad de acceder a ella en procura de un acto jurisdiccional.

(16) “Mientras que el gobierno goza de inmunidad soberana frente a los juicios, sus funcionarios no participan de tal inmunidad. Son responsables, como particulares, por los actos ilícitos cometidos aun en el curso de su función oficial, así como un mandatario privado es responsable por un acto ilícito cometido por él en nombre de

admitía que el mismo Soberano fuera cuestionado por sus propios tribunales lo que se traducía, sin más, en la total irresponsabilidad del Estado.

Frente a esta situación y en ese ordenamiento, se estableció que si los legisladores son los representantes del pueblo y dictan las normas inherentes al presupuesto, también era de su competencia otorgar lo que en nuestro país se llamó la *venia legislativa*, a efectos de poder llevar al Estado frente a los estrados del Tribunal. Va de suyo que el engorro que implicaba la instrumentación del sistema continuaba bregando por la irresponsabilidad estatal, situación que se morigeró —en Estados Unidos— con la creación de la *Court of Claims* en el año 1855 que tenía jurisdicción frente a los reclamos de índole contractual. La creación de tal órgano dentro de la esfera del Poder Legislativo era necesaria a fin de facilitar que la Administración celebrara contratos por cuanto los contratistas, hasta entonces, carecían de remedio jurídico a excepción de la petición ante el Congreso (17).

En el otro extremo se encuentra el sistema continental europeo que —inspirado en los principios de la Revolución francesa— creó órganos administrativos que juzgan determinados actos del Estado y que, con sus decisiones, pueda accederse a la necesaria instancia *revisora* (18) indiscutida en todo régimen de gobierno que se base en las libertades como uno de sus pilares.

su principal o por orden de este (...) De esta manera, el remedio judicial básico para la protección del individuo contra la conducta oficial ilegal es la acción privada por daños y perjuicios contra el funcionario en la cual el tribunal determina (...) si el funcionario estaba o no autorizado para hacer lo que hizo en el caso dado" (MAIRAL, Héctor A., *Control judicial...*, cit., vol. I, ps. 32 y ss.).

(17) Resulta necesario resaltar nuevamente aquí que el tema no se agota con esta somera explicación que impone el marco del presente trabajo. No obstante, se debe recordar junto con Mairal que "A través del tiempo el carácter de este tribunal varió: en un principio no fue considerado integrante de la justicia federal, luego se le dio tal carácter y en la actualidad se han dividido sus funciones entre una nueva *Claims Court* que no forma parte de la justicia federal y que actúa como tribunal de primera instancia y una nueva Cámara Federal que actúa como segunda instancia e integra la organización judicial federal" (MAIRAL, Héctor A., *Control judicial...*, cit., vol. I, p. 36).

(18) Respecto de la jurisdicción administrativa o el Juez administrativo mucho se ha escrito en nuestro país, aunque lo cierto es que nuestras normas constitucionales no resisten tal denominación sino en casos de excepción, pero en modo alguno, por regla. Entre nosotros, el inicio de un camino dirigido hacia la *revisión plena* de los actos de la Administración, lo marcó el precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 247:646, en el que se dispuso, en síntesis, que la *revisión* de los actos administrativos, por parte de la jurisdicción, debe ser amplia, ya que ese es el sentido que inspira nuestra Constitución Nacional.

En nuestro país se creó la confusión puesto que mientras algunos autores —y sentencias— miran hacia el norte, otros tantos miran hacia el viejo continente sin que nuestra Constitución permita tal estructuración. Es que ni tenemos una *Court of Claims* ni tampoco un *Consejo de Estado* que revise los actos emanados de la Administración (19) y que goce del prestigio e imparcialidad con que se luce el Consejo de Estado francés (20).

Corolario de lo expuesto resulta la siguiente síntesis: “La historia del derecho administrativo nos muestra dos sistemas que pueden considerarse típicos en cuanto al control judicial de la actividad administrativa. Son conocidos como sistema francés y sistema anglosajón. Característica del primero es la atribución del control a un organismo administrativo; del segundo, la atribución de él a los jueces. Sin embargo, uno y otro, a través de su evolución, han venido a coincidir, ya que más allá de la ubicación institucional del órgano de control ambos vienen a identificarse en lo esencial que es la independencia del órgano y su no subordinación al poder controlado. Existen, por cierto, diferencias de estructura, y sobre todo de actitudes, pero no de esencia” (21).

Ahora bien, la atribución de responsabilidad al Estado responde, entonces, a una *construcción* de nuestra Corte Suprema, la cual ha ido desarrollando —con diferentes matices— su aplicación a lo largo de sus

(19) Una de las contadas excepciones con que contamos está dada por creación del Tribunal Fiscal que resulta ser un órgano administrativo respecto de cuyas decisiones se estableció un recurso ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a fin de ejercer el control judicial de sus decisiones (ley 11.683). En el orden local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, podemos citar a modo de ejemplo, el art. 21 de la ley 210 que establece que, contra las decisiones de *naturaleza jurisdiccional y los actos sancionatorios* del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos, se puede interponer un recurso directo ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (ver, sobre la naturaleza del ente, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “Funciones jurisdiccionales del ente único regulador de los servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, LL del 18/7/2001).

(20) Respecto de este último se ha dicho que “tiene algo de político, pero de política jurídica, constructiva, que afianza los derechos de los administrados y tiene a raya a la *administración activa* (...) sin garantía de inamovilidad, sin independencia formal, ese Consejo de Estado tiene el reconocimiento más honroso en el propio ejecutivo de la gran República. Es *cuestión de cultura, de liberad y de derecho*” (BIELSA, Rafael, *Sobre lo contencioso administrativo*, Castellví, Santa Fe, 1964, 3ª ed., XXXVI).

(21) DIEZ, Manuel M., *Derecho procesal administrativo (lo contencioso administrativo)*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, p. 18.

sentencias (22). En una primera etapa, puede identificarse a partir del caso “Devoto” (23) en el cual la Corte se apartó de las disposiciones del texto del art. 43 por entonces vigente y aplicó el art. 1113 del Cód. Civil —de Vélez Sarsfield— por considerar al Estado un *patrón*, en los términos de su texto.

Luego, en “Ferrocarril Oeste” (24), aplicó indirectamente el art. 1112 del Cód. Civil, dando lugar a la Responsabilidad del Estado por omisión. A su vez, en una tercera etapa, en “Vadell” (25), por aplicación directa del art. 1112, la responsabilidad estatal deja de ser indirecta y *subjetiva* para pasar a ser directa y *objetiva*. En este momento se identifican dos enfoques interpretativos del art. 1112: como responsabilidad directa del funcionario público por el ejercicio irregular de sus funciones, y como una especie de responsabilidad especial directa del Estado (26).

(22) A pesar de los diferentes criterios adoptados por nuestra Suprema Corte, se ha destacado que el “examen pormenorizado de los precedentes del más Alto Tribunal de Justicia de la Nación en la materia, desde los primeros tiempos hasta hoy, permite afirmar que, a pesar de verificarse algunas contramarchas, la preocupación primera del Tribunal ha sido siempre confirmar la vigencia de los citados valores supremos de ‘equidad’ y ‘justicia’, constituyendo estos —en definitiva— el sustento primero de la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado en sus distintas vertientes, esto es, tanto por su actividad ‘ilícita’ como ‘lícita’, por sus ‘actos normativos’ (leyes y reglamentos), por la actividad ‘judicial’, y finalmente, tanto por sus “actos” como por sus ‘omisiones”.

En ese orden, no puede obviarse que —como bien se ha dicho— “repugnaría a los mentados principios superiores de la Justicia y la equidad que el particular perjudicado por un acto estatal no pudiese obtener la reparación de su derecho violado por el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico, el Estado [...], y es en esos términos en los que la cuestión debe quedar planteada, sin que a ello se oponga la “presunta” ausencia de fundamentos jurídicos de orden positivo, cuando —precisamente— esos fundamentos provienen del plexo de disposiciones constitucionales que dan origen y contenido al “estado de derecho”. MERTEHKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, el autor, Buenos Aires, e-book, 2006, p. 26.

(23) CS, 22/9/1933, “Tomás Devoto y Cía. Ltda. SA c. La Nación”.

(24) CS, 3/10/1938, “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires”.

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

(26) CESERANI, Luis, “Responsabilidad del Estado por los daños derivados de los actos ilícitos”, LLLitoral 2010 (noviembre), 1063.

En lo que se refiere a la indemnización, también ha habido discrepancia respecto de su extensión. A modo ilustrativo, se ha entendido que en casos de daños provocados por la actividad lícita del Estado, únicamente cabría la indemnización del daño directo e inmediato (27), con exclusión del lucro cesante y del daño moral (28); que solo correspondería la del daño emergente; o que el daño patrimonial inmediato resarcible incluye el lucro cesante. Finalmente, también se ha sostenido la tesis de la responsabilidad plena (29). Es valioso destacar el caso “Aquino” (30), en el cual nuestra Corte Suprema estableció la “reparación integral” del daño en los supuestos de responsabilidad extracontractual encuadrada en los arts. 1109 y 1113, al incorporar el derecho de daños al concepto de los derechos humanos de los tratados internacionales (31).

(27) Por ejemplo, invocando las disposiciones de la Ley de Expropiaciones 21.499, cuyo art. 10 establece que “La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

(28) Construcción que en su *genética*, podrá atribuir también al primer caso de responsabilidad del Estado por su actividad lícita que previó el art. 15 CN: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

(29) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 869.

(30) Fallos 308:1109.

(31) La Corte entendió “Que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el ‘principio general’ que ‘prohíbe a los «hombres» perjudicar los derechos de un tercero’: *alterum non laedere*, que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’. A ello se yuxtapone, que ‘la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil solo consagra el [citado] principio general’, de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto ‘a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica’ (‘Gunther c. Estado Nacional’, Fallos 308:1118, 1144, consid. 14; asimismo: Fallos 308:1109).

”En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Cód. Civil las cuales, como ha sido visto, expresan el también citado ‘principio general’ enunciado en la Constitución”.

Su consid. 4º continúa esa línea argumental, al expresar “Que la Corte, en ‘Provincia de Santa Fe c. Nicchi’, juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no

Ahora bien, sin perjuicio de que el art. 1112 del Cód. Civil aparece en los supuestos de responsabilidad del Estado por la actuación de un funcionario público, se han identificado cuestiones de interpretación de su texto, como *cuáles* son los hechos y omisiones allí comprendidas, cual es el alcance del concepto de funcionario público, en qué supuestos debe aplicarse el art. 1109 si este está “en ejercicio, de sus funciones”, y que ocurre en aquellos casos en los cuales la acción o la función se cumple, aunque se da de un modo distinto al prescripto por la ley (32).

A dichas inquietudes se agrega la normativa que se aplica en la materia: a pesar de haber recibido críticas la aplicación del Cód. Civil —al considerarse una temática propia del derecho administrativo y por tanto de regulación eminentemente local— lo cierto es que la responsabilidad por daños es un instituto del derecho privado, aplicable a supuestos en los que el Estado es parte, a menos de forma subsidiaria en aquellas jurisdicciones en las cuales no se cuenta con normativa específica al respecto (33).

Así, se ha destacado que “la responsabilidad extracontractual del Estado está rígida, en el sistema jurídico argentino, por las normas civiles que reglan el daño resarcible y su atribución indirecta y objetiva a las personas jurídicas; régimen que resulta de aplicación a la referida persona jurídica pública en atención a la unidad conceptual del principio

fuera ‘justa’, puesto que ‘indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento’, lo cual no se logra ‘si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida’ (Fallos 268:112, 114, consids. 4º y 5º). Esta doctrina, por cierto, fue enunciada y aplicada en el campo de la indemnización derivada de una expropiación y con base en el art. 17 de la CN. Empero, resulta a todas luces evidente que con mayor razón deberá serlo en la presente controversia [...] la propia Constitución Nacional exige *expressis verbis*, y no ya implícitamente como ocurre con el citado art. 17, que la ley asegurará condiciones ‘equitativas’, i.e. justas, de labor (art. 14 bis). Y aun podría agregarse que si el expropiado amerita tan acabada reparación, insusceptible de mayores sacrificios ante nada menos que una causa de ‘utilidad pública’ (art. 17 cit.), a *fortiori* lo será el trabajador dañado, por cuanto la ‘eximición’ de responsabilidad impugnada tiene como beneficiario al empleador, que no ha sabido dar cumplido respeto al principio *alterum non laedere*. Adviértase, por lo demás, que según lo indicó el juez Risolía, la regla de ‘Provincia de Santa Fe’ transcrita al comienzo de este párrafo, es aplicable a los litigios por daños y perjuicios (en el caso, derivados de un accidente de tránsito), lo que ‘impone que la indemnización deba ser «integral» —que vale tanto como decir «justa»—, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte’ (Fallos 283:213, 223, consid. 4º y su cita —el destacado es del original—)”.’

(32) CESERANI, Luis, “Responsabilidad del Estado...”, ob. y lug. citis.

(33) Sugiero ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado (balance y perspectivas)”, LL 2009-F-1226.

constitucional que ordena reparar los daños causados a terceros, a su adecuada reglamentación por parte de las normas civiles y al carácter privado —individual o corporativo— de las eventuales víctimas. En los términos de la tesis propuesta, las normas que rigen la restitución por daños, cualquiera sea su situación normativa dentro del sistema jurídico del que se trate, resultan de aplicación a los daños causados por la persona jurídica Estado” (34). Similares criterios han sido plasmados de manera casi unánime en los eventos jurídicos que, desde hace muchos años ya, abordaron el tema (35).

(34) La aplicación de las normas civiles a la responsabilidad extracontractual del Estado resulta de la construcción basada en la justicia, como ha destacado la Corte Suprema en sentencias como “Los Lagos”, “Gunther” y “Aquino”. Ver: CUADROS, Oscar, “¿Pueden las Provincias legislar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado? A propósito de la aparente falta de regulación de tal materia en el proyecto de Código unificado Civil y Comercial”, DJ del 13/2/2013, p. 1; LLBA 2013 (febrero), p. 1.

(35) Entre muchas otras, las *Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil* (1986) cuya Comisión nro. 4 - *Responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos* dispuso: 1) *Despacho de lege lata*:

1) Obligación de reparación del daño. La obligación de reparación del daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos.

2) Presupuestos de la obligación de reparar: La responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos reconoce como presupuestos básicos a los siguientes: a) Actividad del Estado a través de cualquiera de sus órganos; b) Daño y c) Relación causal. También es presupuesto básico el factor de atribución.

3) Fundamentos de la responsabilidad estatal por actos lícitos: La responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos deviene como una consecuencia lógica del cúmulo de principios del “Estado de Derecho”.

4) Normas y principios aplicables: La responsabilidad extracontractual derivada de la actividad lícita lesiva del Estado, forma parte integrante de la teoría general del derecho de daños. Dicha responsabilidad es directa y objetiva. Tal deber de reparar se basa en normas de la Constitución Nacional y principios y normas del derecho público que rigen casos particulares. Ante la ausencia de previsión normativa específica, se aplicarán: A) Las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en el derecho común (Dres. Luís Andorno, Bueres, Lloveras de Resk, Roberto Andorno, Bittar, Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Carbonell, Sabatini, Mundet, Zapata de Tamantini, Garrido Cordobera, Menardi de Araya, Carranza Latrubesse, Laplacette de Rezaval, Magdalena Álvarez, Messina de Estrella Gutiérrez, Barcellona, Sánchez Torres, Cerutti). B) Las disposiciones que gobiernan el deber de reparar en la analogía de los supuestos contemplados en el derecho público porque tienen en común el accionar del Estado en el interés público de la comunidad (Dres. Ghersi y Bossert). C) Enmarcándose el caso en una problemática interdisciplinaria, no es posible prescindir de la conjugación de preceptos y principios que brindan el derecho administrativo y el civil, lo que se refleja especialmente cuando se pretende fijar la extensión del quantum indemnizatorio. (Dr. Norberto Palacio).

5) Extensión de la reparación: A) El resarcimiento debe ser integral, comprendiendo tanto el daño material como el moral. La extensión de la reparación se medirá por

Es preciso en este punto detenernos unos instantes; hace unos años ya, a modo de homenaje a mi padre, Atilio Aníbal Alterini, he trabajado la *división* entre el Derecho Público y el Derecho Privado (36), concluyendo, en lo que aquí interesa, que “Cada supuesto que se presente en la realidad del sistema, debe ser abordado sin paradigmas que, de manera exclusiva, agoten la exploración. Entiendo, como se señaló, que lo público y lo privado, en derecho, se fusionan e interrelacionan al punto de reencontrarse en todo momento” (37).

Y este, precisamente, es uno de ellos. Como dijimos, es “común afirmar que la admisibilidad de la responsabilidad del Estado constituye uno de los requisitos esenciales de aquello que, con valores sobreenten-

la relación de causalidad, comprendiendo —al tratarse de una obligación reparatoria extracontractual— las consecuencias inmediatas y mediatas (arts. 901, 903 y 904 del Cód. Civil). Por tanto, aparte del daño emergente, se indemnizará el lucro cesante cuando se enmarque en las directivas precedentes respecto de la responsabilidad extracontractual (Dres. Luis Andorno, Bueres, Parellada, Laplacette de Rezaval, Kemelmajer de Carlucci, Sabatini, Lloveras de Resk, Bittar, Carbonell, Mundet, Zapata de Tamantini, Garrido Cordobera, Menardi de Araya, Carranza, Latrubesse, Magdalena Álvarez, Barcellona, Sánchez Torres, Cerutti y Wayar). B) La extensión de la reparación solo abarcará el daño emergente. En estos supuestos, el lucro cesante se conjuga con el beneficio de la comunidad de la cual también el damnificado es parte. Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario apelar a la reparación de equidad en ciertos supuestos donde esté en juego el estado de necesidad u otros similares. El daño moral en ningún supuesto puede ser resarcido, pues se trata de actividad en beneficio de la comunidad que en manera alguna puede afectar el espíritu y los sentimientos del damnificado (Dres. Ghersi, Messina de Estrella Gutiérrez y Roberto Andorno). C) El momento histórico en el cual se sitúa la vida del país, impone la consideración de la responsabilidad extracontractual del Estado por actos lícitos como situación coyuntural y especial que merece tratamiento particularizado, signado por la estrictez y rigurosidad de admisión y aplicación; todo lo cual deberá reflejarse en la indemnizabilidad limitada, ceñida al valor objetivo del derecho sacrificado, excluyendo —por ejemplo— circunstancias personales, ganancias hipotéticas, etc. Resulta indemnizable el daño emergente, daño material y aún excepcionalmente, daño moral; también excepcionalmente lucro cesante; siempre como consecuencia directa e inmediata del acto, debiendo el *quantum* indemnizatorio fijarse según arbitrio muy prudente, razonado y fundado de los jueces, pudiendo hallarse inspiración para ello en la figura que aparece como significativamente cercana: Expropiación por causa de utilidad pública (Dr. Norberto Palacio).

6) Prescripción de la acción. La acción de reparación por actividad lícita lesiva del Estado prescribe a los dos años (art. 4037 Cód. Civil).

(36) ALTERINI, Juan Martín, “Derecho ¿público o privado?”, en NEGRI, Héctor (dir.), *Atilio Aníbal Alterini, testimonio de una vocación*, Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2009.

(37) ALTERINI, Juan Martín, “Derecho ¿público o privado?”, cit., p. 19.

didados, denominamos Estado de Derecho. Y, desde esta perspectiva, bien se comprende que, por extensión, la recepción de la teoría de la responsabilidad del Estado viene también a operar como exigencia fundamental para la configuración del Derecho administrativo, pues si la responsabilidad y potencial demandabilidad del Estado comportan pautas inexcusables de este tipo ideal de Estado que llamamos Estado de Derecho y este juega, a su vez, como presupuesto jurídico del Derecho administrativo, no parece dudoso que, en última instancia, la responsabilidad del Estado es soporte fundamental del Derecho administrativo” (38).

Así lo entendieron las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en 1999, en Santa Fe, cuando su Comisión 9, al ocuparse de la “Responsabilidad del Estado”, concluyó por unanimidad:

“1.- El Estado responde por los daños derivados de las actividades, lícitas o ilícitas de sus tres poderes y por el riesgo o vicio de las cosas de las que sea propietario o guardián.

”2.- La responsabilidad del Estado se sustenta en los principios constitucionales del Estado de Derecho.

”3.- La obligación de reparar del Estado se rige por el derecho común, *salvo que exista norma específica*”.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada al texto Constitucional Nacional en el año 1994 (art. 75, inc. 22), expresa, dentro del capítulo dedicado a la competencia y funciones del Tribunal Supranacional que “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá (...) asimismo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. De ahí se sigue que, ante el perjuicio prodigado al patrimonio de un ciudadano, sin justificación válida, la plena, íntegra y justa indemnización, se impone.

Pero tal imposición no resulta del derecho común, del Cód. Civil, sino del propio texto constitucional que obliga a los estrados argentinos a dar cabal reparación, en su terminología, a garantizar una justa indemnización. Y, ahora, sí, tal reparación será reglamentada o bien por las normas de derecho público, o bien, a modo de regla hermenéutica, por el

(38) Ídem, p. 25.

Cód. Civil claro está, siempre y cuando se trate de dirimir o esclarecer el deber de responder de la Administración Nacional.

Tal línea de pensamiento, también, fue la mantenida por nuestro más alto tribunal cuando sostuvo, en supuestos de responsabilidad estadual derivada de su accionar lícito, que “Los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquellos, por lo que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas. Tal principio se traduce en el derecho a una indemnización plena, que solo podrá encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular” (39).

Conteste con el criterio señalado, en nuestra más calificada doctrina publicista, también, se tiene dicho que “Como criterio general, los principios de la responsabilidad contractual en derecho administrativo son los mismos que rigen en el derecho civil. Será contrario a toda ‘lógica’ y a toda ‘moral’ no responsabilizar al Estado por el incumplimiento de un contrato. Una ‘irresponsabilidad’ semejante chocará con el concepto mismo de ‘derecho’. Los contratos —a través de los cuales las partes establecen y limitan recíprocamente sus derechos y obligaciones— se hacen para ser cumplidos y respetados: el quebrantamiento de esta norma esencial de conducta determina responsabilidad” (40).

Pero, tal regla de derecho surge ínsita del texto de nuestra Constitución Nacional y, de ahí, que resulte válido el pasaje transcripto en cuanto si el Estado se somete voluntariamente a una regulación específica —de derechos y obligaciones recíprocas con su cocontratante— será la norma constitucional la que le autorice el resarcimiento al damnificado por el obrar desarreglado del Estado y no, de manera apriorística, el Cód. Civil.

No se escapa del desarrollo que ya habíamos llegado a que “La desactualización y el vacío normativo han generado que el Juez deba recurrir, para resolver los conflictos en el ámbito contractual, a la equidad como un principio de interpretación de las leyes o principio general del Dere-

(39) Entre otros, los registrados en Fallos 315:2266 y 316:1337.

(40) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, t. III-A, p. 475.

cho que traduce la interpretación objetiva del Derecho Natural” (41), lo cual complementa, de igual modo, la idea aquí expresada (42).

Pero, para ello es necesario dejar claramente sentado que el derecho privado, más específicamente el derecho civil, no es todo derecho común aplicable sin más a todas las relaciones jurídicas posibles; sino que aquel, por razones históricas, ha dado forma legislativa a principios generales del derecho (43).

Así es que, en plena vigencia del Cód. Civil cuya autoría tuvo Vélez Sarsfield, se sostuviera con criterio que comparto, que “en cualquier sistema jurídico conformado por un dualismo en el que el derecho público aparece separado del derecho privado, como es la característica común en los ordenamientos europeos continentales y latinoamericanos, resulta prácticamente imposible predicar la unidad del derecho de daños, máxime cuando esa unidad se resiente en muchos aspectos internos de las respectivas teorías civilistas o administrativistas que no llegan a ponerse de acuerdo en cuestiones fundamentales que se plantean en las respectivas disciplinas”. Así es que “la unidad del derecho de daños constituye una pretensión basada en un pragmatismo que choca abiertamente con el sistema federal y las consecuentes autonomías provinciales que perfilan el carácter local del derecho administrativo ¿Podrían desconocerse acaso las potestades de las Provincias para legislar sobre los presupuestos y alcances de su responsabilidad?” (44).

Asimismo se ha planteado, a modo de ejemplo: “¿Es razonable que la responsabilidad de un Estado provincial (o del nacional) causada por una ambulancia pública sea distinta a la causada por una ambulancia

(41) CASAS DE CHAMORRO VANASCO, María L., “Actualidad en la jurisprudencia en el ámbito contractual”, LL 1999-D-1262.

(42) Conteste, asimismo, con otros tantos precedentes judiciales entre los que podemos encontrar los registrados en Fallos 310:3824 en los que la Corte Federal sostuvo: “La realización de las obras requeridas para el cumplimiento de las funciones administrativas, si bien es ciertamente lícita, no exime de responsabilidad al Estado cuando con aquellas obras se priva a un tercero de su propiedad o se lesiona esta en sus atributos esenciales”; el de la CNCiv., sala D, 10/12/1985: “La indemnización debida por el Estado con motivo del ejercicio razonable de sus poderes propios no tiene como fuente un obrar ilegítimo sino que tiene por objeto la tutela de la incolumidad del patrimonio lesionado del particular que fue privado de una autorización del cual era beneficiario, con sustento en el art. 17 de la CN” (ED 117-417).

(43) Conf. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de derecho financiero*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, t. I, vol. 2, p. 192 y VALDÉS COSTA, Ramón, *Instituciones de derecho tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 42.

(44) CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado...”, cit.

particular? Lloverían los cuestionamientos al principio de igualdad, así como ocurrió cuando se brindó en su momento un distinto tratamiento a los daños causados por el transporte público de pasajeros. Lo mismo puede decirse en relación al daño causado por una mala praxis en un hospital público o cualquier acto ilícito causado por el Estado a través de sus dependientes” (45).

Por su lado, y con otro punto de vista también fundamentado, se plantea que “no puede admitirse que cada Estado Provincial module la responsabilidad patrimonial del estado por daños causados a terceros a su gusto y antojo, de manera distinta a lo que una ley de fondo disponga, dicha materia es competencia del Congreso de la Nación. Como bien ha señalado Petracchi en un memorable voto en disidencia, ‘la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedor y deudor es materia propia de los códigos de fondo’. Cualquiera sea su fuente, su regulación corresponde al Cód. Civil —en defecto de otra norma de derecho común que prevea lo contrario— por ser materia de fondo [...] la responsabilidad patrimonial del Estado, plantea en esencia, una cuestión obligacional, entre acreedor (damnificado) y deudor (estado) [...] El régimen jurídico que regula las relaciones sustanciales entre acreedor y deudor, que incluye establecer qué es un crédito y qué es una deuda (argum. art. 499 Cód. Civil), cuándo, cómo y a quién se debe, y con arreglo a qué criterios, es competencia exclusiva y excluyente del Congreso Nacional. Lo mismo vale para los aspectos atinente al nacimiento o extinción de las relaciones creditorias, sea quien sea acreedor o deudor. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es pacífica en ese sentido. Esto determina que las Provincias no puedan establecer soluciones normativas incompatibles o que contradigan lo que la legislación de derecho común establece. De hacerlo, tales disposiciones legales serán inconstitucionales” (46).

Como vemos, la armonía entre el Cód. Civil y el derecho público solo puede alcanzarse trazando pacientemente, por vía doctrinal y jurisprudencial, las fronteras del que se ha denominado “fondo jurídico común” que será el que, en definitiva, permita trazar racionalmente los límites de aplicación de las normas que integran cada sector del ordenamiento jurídico (47).

(45) IBARLUCÍA, Emilio, “El derecho constitucional...”, cit.

(46) PIZARRO, Ramón D., “La responsabilidad patrimonial del Estado y las normas de derecho público provincial”, LLC 2011 (diciembre), p. 1159.

(47) Por todos, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 16 y ss.

III. El Código Civil y Comercial de la Nación

Luego que la Comisión de Reforma (48) remitiera su Proyecto, que contenía una regulación expresa sobre la responsabilidad del Estado y del funcionario, el Poder Ejecutivo efectuó una serie de modificaciones (49) entre las que se incluyó la temática, quedando desplazada a los ordenamientos locales por tratarse de derecho público local (50).

“El proyecto fue defendido en el inicio de la reunión por Patricio Sammartino, en representación del Ministerio de Justicia, e indicó la constitucionalidad del mismo en los siguiente términos:

El cuarto párrafo del art. 1º se refiere a la sanción pecuniaria disuasiva. Algunos colegas —de buena fe, por cierto— han entendido que la sanción pecuniaria disuasiva se refiere a las *astreintes*. Lamentablemente, no es esa la concepción. La sanción pecuniaria disuasiva es una multa civil que está prevista, por ejemplo, en el art. 52 bis de la ley del consumidor. Es decir que es una sanción que se vincula por el incumplimiento de un contrato de consumo, de una relación de consumo. No se refiere a lo que son las *astreintes*. Además, la sanción pecuniaria disuasiva —que, según el proyecto, es improcedente contra el Estado— también aparecía, o aparece, en el proyecto de Cód. Civil unificado.

Pero, en verdad, no es una *astreinte*. Reitero: la sanción pecuniaria disuasiva no es una *astreinte*. Es una multa civil que tiene otra finalidad y que rige, básicamente, en las relaciones de consumo, que son de carácter contractual. El senador Morales lo increpó.— En cuanto al cuarto párrafo del art. 1º, a la confusión que usted dice: multa civil que no refiere a *astreinte*. ¿Dónde está dicho que es posible la aplicación de *astreintes*? Sr. Sammartino.— Lo que yo le estoy diciendo, senador, es que algunos han malinterpretado que la sanción pecuniaria disuasiva es una *astreinte*. Y lo que le estoy señalando es que la sanción pecuniaria disuasiva, a la que algunos han confundido con sanciones combinatorias, no son sanciones combinatorias; es otra cosa. La sanción combinatoria tiende a ser un me-

(48) Establecida por el Poder Ejecutivo Nacional, dec. 191/2011.

(49) Dec. PEN 884/2012.

(50) El tema lo he abordado en distintos trabajos y aspectos, entre otros: “Responsabilidad del Estado ¿vigencia o ausencia del Código Civil?”, DJ del 19/3/2008, p. 677; “La responsabilidad del Estado en Argentina. Un abordaje desde el proyecto de Código Civil y comercial de 2012”, en REGUEIRA ALONSO, Enrique M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Asociación de Docentes de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014.

dio compulsivo para el cumplimiento de una obligación judicial, art. 666 bis. Esto es otra cuestión.

La sanción pecuniaria disuasiva básicamente se llama daño punitivo. Nuevamente el senador Morales espetó: Por eso, ¿en qué artículo concreto de la normativa quedaría? Sr. Sammartino. En el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Sr. Morales.— Me refiero al *astreinte*. Sr. Sammartino.— No está el *astreinte* acá. Sr. Morales.— Por eso, ¿en qué norma quedaría? Sr. Sammartino.— En el art. 666 bis del Cód. Civil. Sr. Morales.— Pero si no son aplicables las normas del Cód. Civil por el párrafo anterior... En el párrafo tercero dice que las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a las responsabilidades del Estado. Entonces, ¿dónde queda establecido que se pueden aplicar *astreintes*? Sr. Presidente.— Es un tema procesal. Sr. Sammartino.— Es un tema que hace al propio proceso. Insisto en cuanto a la *astreinte*: cuando un particular incumple —o una autoridad pública— una orden judicial, el juez para contenerlo, con mecanismo compulsivo, le aplica esa sanción combinatoria, y lo hace en el marco de un proceso judicial. Por eso es una norma básicamente procesal, que también se encuentra en el Código Procesal Civil y Comercial. Sr. Morales.— Pero al no ser aplicable por el Cód. Civil esta norma de sanción combinatoria... Se declara que las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a las responsabilidades del Estado en manera directa ni subsidiaria. Eso es lo que no entiendo. Sr. Sammartino.— Pero también está en el Código Procesal Civil y Comercial, sin perjuicio de que el Cód. Civil se aplica analógicamente, el *astreinte* es un tema básicamente procesal. No es un tema que trate esta ley. Esta ley no trata las cuestiones ni del derecho procesal ni del derecho civil; está regulando la responsabilidad del Estado. La *astreinte* —insisto con esto— es un medio compulsivo en el marco de un proceso judicial. Y la sanción pecuniaria disuasiva es otra cosa; es una multa en el marco de una relación contractual de consumo” (51).

Más allá de las *pintorescas* formulaciones que no guardan relación alguna ni con la realidad jurídica, ni con, incluso, las enseñanzas que dieran a lo largo de años quienes —en la emergencia— parecieran haber olvidado, lo cierto es que ello nos ubica conceptualmente, si se me permite la licencia, en el improvisado desorden que genera el Instituto en nuestro sistema jurídico.

En el *Diccionario del Español Jurídico*, no encontramos el plural ni el singular de la voz *astreinte*, ni el de “sanción conminatoria”.

(51) CORREA, José Luis, “*Astreintes* contra el Estado Provincial”, LL Gran Cuyo 2015 (noviembre), p. 1083, quien hace un pormenorizado y distendido análisis de la temática.

No obstante, hurgando de sus páginas podemos hallar “Sanción” la que es definida como: “Consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado” (52).

Las mencionadas ausencias tienen seguramente su razón de ser en la claridad de los conceptos —y normas— que disipan las dudas sobre aquel principio elemental de todo orden jurídico, y que denominamos seguridad jurídica.

De tal suerte que no ingresa como posibilidad real, el hecho que el Estado pueda ocasionar daños a los particulares y dejarlos sin indemnizar, en tanto, como se señaló, estamos —en ese caso— frente a la involución (53) del sistema íntegro, reprobada por el mismo sistema.

Con un ejemplo: Piénsese qué ocurriría si, por falta de normas locales regulatorias de la responsabilidad del Estado, en una provincia, el Estado anulara de manera infundada todos sus contratos de concesión ¿la Constitución Nacional no resultará aplicable? La respuesta, por obvia, no requiere mayor análisis toda vez que bastará solo recordar, por ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la responsabilidad de los actos de los funcionarios del Estado es imputable al Estado con independencia de que hayan actuado en contravención de disposiciones de derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aún si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno (54).

Tal disparidad entre la realidad y la casuística —todavía imaginaria por la escasez de precedentes— resultará, cuando menos, insostenible en los términos actuales. Y ello no importa desconocer la autonomía local, sino más bien y como se verá seguidamente, preservarla.

IV. La ley 26.944

Queda claro que similares conclusiones a las obtenidas en el número precedente, serán obtenidas a propósito de las sanciones conminatorias

(52) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA - CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL - MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), *Diccionario del español jurídico*, voz “Sanción”, Espasa, Barcelona, 2016, p. 1489.

(53) *The King can do no wrong*.

(54) Corte IDH, en el precedente “Neira Alegría y otros”, párr. 63 entre otros.

o *astreintes*. Esta norma comienza por “establecer” la inaplicabilidad de las disposiciones del Cód. Civil al instituto de la responsabilidad del Estado, y acerca de la improcedencia de imponer una sanción pecuniaria disuasiva al Estado, sus agentes y funcionarios (55).

Así las cosas, no está de más recordar aquí que en el Cód. Civil, encontramos normas del llamado derecho común (56), aunque, del mismo modo, nos encontramos con normas de derecho público (57). Ello así, en tanto “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución” tal como lo dispone el art. 1º de nuestra Constitución Nacional.

Por su parte, en consonancia: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” (58).

Ello importó, a las claras, la necesidad de regular la competencia del Congreso de la Nación, lo cual fue abordado por el art. 75 en cuanto dispuso que “Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.

En otras palabras, el sistema constitucional que adoptó la Nación argentina, “En orden a la capacidad de las provincias, su primer aspecto es el ejercicio del poder constituyente. Cada provincia dicta su propia constitución (...) respetando la relación de subordinación con la constitución federal. O sea, el ordenamiento constitucional de las provincias debe guardar congruencia, coherencia y armonía con el del estado

(55) Dispone expresamente: “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Las disposiciones del Cód. Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

(56) A las que se refiere el art. 75 inc. 12 de la CN.

(57) Fallos 247:646.

(58) Art. 5º, CN.

federal” (59); de modo tal que conservan su competencia en todo cuanto no haya sido delegado en la Nación (60).

Y, también del propio texto constitucional surge cuáles son las materias reservadas por las provincias: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero” (61).

A ello, en lo que a este trabajo importa, podemos sintetizarlo en “que las provincias han reservado su poder en materia de derecho público interno” (62).

“Una ley nacional que esté en contradicción con los principios constitucionales no es ley suprema de la Nación” (63); “No todas las leyes de la Nación, por el mero hecho de ser tales, tendrán supremacía sobre las de las provincias; la tendrán, si han sido dictadas en consecuencia de la Constitución, es decir, en consecuencia o virtud de los poderes que, de modo expreso o por conveniente implicancia, ha otorgado aquella al Congreso. Una ley nacional puede no ser constitucional frente a una ley de provincia que sí lo es; en este supuesto, tiene supremacía la segunda. La supremacía final, en tal caso, es como siempre la de la Constitución, porque ambas órdenes de gobierno, el nacional y el provincial, actúan dentro del marco de poderes que les está señalado por dicha ley fundamental” (64).

De tal suerte que, el principio general nos indica que, en la prelación normativa argentina, se encuentra, en primer grado, la Constitución Nacional —y los tratados a ella incorporados—, y luego las leyes dictadas por el Congreso de la Nación.

“Está explicado que la trinidad del derecho latamente llamado ‘federal’ a que se refiere el art. 31 cuando en el término ‘ley suprema’ engloba

(59) BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 249.

(60) “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación” (conf. art. 121, CN).

(61) Art. 123, CN.

(62) BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., p. 250.

(63) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, t. 3, p. 547.

(64) Fallos 186:201.

a la constitución federal, a las leyes del congreso (federales y de derecho común) y a los tratados internacionales, prevalece sobre todo el derecho provincial (incluida la constitución de cada provincia)” (65). Si tenemos claro que “el carácter común de las normas no depende de que se encuentren en uno de los códigos mencionados por el art. 67, inc. 11, desde que hay numerosas disposiciones que se hallan fuera de ellos y revisten carácter común, así como otras numerosas que se encuentran dentro de esos cuerpos legales y carecen de tal naturaleza” (66), podría sostenerse, con similar claridad que la responsabilidad del Estado regulada en el Cód. Civ. y Com. sería aplicable, de manera excluyente, a la Administración Pública Federal y no a las jurisdicciones provinciales.

Efectivamente, si la delegación efectuada por las provincias a la Nación no comprende al derecho público provincial, mal podría interpretarse que la responsabilidad del Estado, por hallarse en el Cód. Civil de la Nación, es materia federal sino que, por lo contrario, estamos en presencia de la regulación de la responsabilidad de la Administración Nacional que, con una constitucionalidad al menos cuestionable —por imperio incluso, de sendos tratados internacionales— sería la única jurisdicción expresamente autoexcluida de ser responsabilizada frente a la causación de un daño en cualquiera de sus formas reprobadas por la misma norma.

Y, no debemos olvidar que distintas constituciones provinciales regulan su propio régimen de responsabilidad de los Estados que integran la República, y que ello obedece al diseño constitucional adoptado. En efecto, diseño que tiene una fuerte impronta del norteamericano pero, a su vez, ha sido “ajustado” al concepto de Nación que auspiciaba Alberdi: “Este gobierno, general y local a la vez, será complicado y difícil, pero no por ello dejará de ser el único gobierno posible para la República Argentina. Las formas simples y puras son más fáciles, pero todos ven que la República Argentina es tan incapaz de una pura y simple federación como de una pura y simple unidad. Necesita, por circunstancias, de una federación unitaria o de una unidad federativa.

Esta fórmula de solución no es original. Es la que resolvió la crisis de ocho años de vergüenza, de pobreza y de desquicio por la cual pasó la Confederación de Estados Unidos antes de darse la forma mixta que

(65) BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., p. 242.

(66) Fallos 247:646, “Fernández Arias c. Poggio” que, cuando se refiere al art. 67, lo hace con anterioridad a la reforma operada en el año 1994, por lo que debe leerse art. 75.

hoy tiene. Allí, como en la República Argentina, luchando los dos principios unitario y federativo, y convencidos de la incapacidad de destruirse uno a otro, hicieron la paz y tomaron asiento unidos y combinados en la Constitución admirable que hoy los rige.

No se triunfa de un principio por las bayonetas; se lo desarma instantáneamente, se lo priva de sus soldados, de su bandera, de su voz, por un azar militar; pero el principio, lejos de morir, se inocula en el vencedor mismo, y triunfa hasta por medio de sus enemigos. Así el principio unitario de gobierno, aunque se lo suponga muerto por algunos en la República Argentina, no lo está, y debe ser consignado con lealtad en la Constitución general, en la parte que le corresponda, y en combinación discreta y sincera con el principio de soberanía provincial o federal, según la fórmula que hemos dado.

La aplicación de esa fórmula a nuestro país no es un expediente artificioso para escamotear la soberanía provincial. Yo califico de inhábil todo artificio dirigido a fascinar la sagacidad del espíritu provincial, y una constitución pérfida y falaz lleva siempre el germen de muerte en sus entrañas. Es la adopción leal y sincera de una solución, que los antecedentes del país hacen inevitable y única.

Tampoco será plagio ni copia servil de una fórmula exótica. Deja de ser exótica desde que es aplicable a la organización del gobierno argentino; y no será copia servil desde que se aplique con las modificaciones exigidas por la manera de ser especial del país, a cuyas variaciones se presta esa fórmula como todas las fórmulas conocidas de gobierno” (67).

Con esas precisiones, retomando la temática de la sanción conminatoria como la sanción económica disuasiva, ambas pueden ser impuestas por el Juez, de suyo, con diferentes finalidades como ya señalamos en este trabajo.

Sin ánimo de reiteraciones innecesarias, queda claro que la sanción conminatoria obedece a una figura procesal que se encuentra incorporada en el código de fondo y en el Código Procesal Civil y Comercial, de la Nación, art. 37, cuya finalidad radica en que un mandato judicial sea cumplido (68), y su procedencia está condicionada a que el incumpli-

(67) ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2002, ps. 62-63 y 104-105.

(68) No necesariamente una sentencia que haya alcanzado el carácter de cosa juzgada.

miento, sea injustificado, y esté aún vigente. Ergo, se dirige a lograr el cumplimiento de un mandato judicial aún desatendido.

Se *conmina* (69) al cumplimiento, en un supuesto, o se *sanciona* (70) en dinero por la reticencia en dar, ahora sí, cumplimiento una resolución que por sus características, ostenta una fuerza tal que resultará poco discutible como, por ejemplo, ocurre en los casos de la cosa juzgada.

No debemos dejar de lado el ya señalado carácter provisional que ostentan ni que, cuando se verifica el cumplimiento que se encontraba demorado, el magistrado puede dejarla de lado sin que, por ello, necesariamente se conculquen derechos de la contraria.

Por su parte, “La palabra *astreinte* proviene de la lengua francesa *astreindre*, que deriva de la acepción latina *adstringere*, que significa apretar, estrechar, contraer, es decir, que genera una coacción para lograr determinada conducta” (71).

Con respecto a la “sanción pecuniaria disuasiva la encontramos regulada expresamente en la ley 26.361, que la incorporó a la ley 24.240, art. 52 bis (72), de defensa del consumidor.

En dicho cuerpo legal se la trata como multa civil que se le puede imponer al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a favor de la víctima; se la aplica en forma conjunta con el monto indemnizatorio, en la medida que se determine una ilicitud en dicha conducta y que, generalmente, se la considera grave. Es decir, se trata de una sanción que se adiciona a la indemnización en la medida que exista una grave inconducta del obligado y que tiene por objeto, además, corregir las conductas futuras por el efecto disuasivo que ella, en sí misma, conlleva.

(69) Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, *Conminar*, en su segunda acepción significa: “Apremiar con potestad a alguien para que obedezca”.

(70) *Sanción*: “Pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores”.

(71) FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 501.

(72) Art. 52 bis. “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b), de esta ley”.

Si esta prohibición se la interpreta en forma conjunta con las limitaciones a la extensión de la reparación a cargo del Estado por hechos del concesionario del servicio público, evidentemente, tiene por finalidad limitar los alcances de la facultad del Juzgador en los graves casos que han ocasionado accidentes por la falta de vigilancia, que tenía a su cargo el Estado como concedente de un servicio público y extensiva a los funcionarios y agentes.

En ambas figuras, brevemente analizadas, nos encontramos con una conducta renuente a cumplir por el obligado, ya sea ante un mandato judicial o ante un incumplimiento que podría ser de origen contractual.

En el caso de las sanciones conminatorias, han sido receptadas sin mayor discusión en la medida que las prerrogativas del Estado no constituyen un obstáculo infranqueable para el cumplimiento de los mandatos judiciales, de ahí que, las sanciones conminatorias constituyen un mecanismo idóneo para la consecución de ese objetivo, especialmente cuando se trata del cumplimiento de una obligación de hacer” (73).

Está claro, entonces, que más allá de las finalidades, la sanción tiene por objeto que el obligado corrija su actuación mediante una multa o una pena que alcance cierto peso, es decir, que ambas, más allá del *no-men iuris*, tienen finalidad la corrección o concreción de una conducta.

Coincido con la calificación de “novedosa” que le otorga Aberastury a la parte final de la norma, en cuanto dispone que “la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”, y tampoco abrigo dudas acerca de que con ella se prohíben las clásicas *astreintes* y se rompe con la igualdad —frente a los tribunales— de los particulares contra el Estado. En ese sentido, el art. 10 de la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos fija como principio que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”, y de que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica - 1969) los Estados partes se comprometieron a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso sencillo y rápido, conforme al art. 25, inc. 2º.c), que son los previstos en el art. 43 de la CN. Sin lugar a duda, la posibilidad de estar exento de ser conminado es un privilegio

(73) ABERASTURY, Pedro, “La nueva ley de responsabilidad del estado”, disponible en <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf>.

acordado al Estado que no pareciera, de momento, poder superar el *test* de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, también es cierto que los “jueces han echado mano a algunos instrumentos tradicionales para compeler al cumplimiento de distintas parcelas de estas órdenes complejas” como cuando se aplican multas procesales que son “denominadas *astreintes* en la doctrina Argentina, tienen origen en el derecho francés y han sido receptadas por el Cód. Civ. y Com. y por nuestro ordenamiento procesal nacional. Las mismas asumen la calidad de condenas accesorias, condicionales y discrecionales impuestas por el juez a efectos de conminar al deudor que incumple una manda judicial a cumplir con lo ordenado en la misma. De tal modo, sirven para proteger tanto el interés público por el respeto debido a la autoridad de los magistrados, como el interés privado del interesado en el cumplimiento de la prestación” (74).

V. A modo de conclusión

Cuando nos encontramos con un sistema jurídico *conmovido* e *impregnado* legalmente de principios de derecho constitucional (75) nos encontramos con la difícil tarea de darle una u otra postura que, de manera científica y armónica, permita que este, el sistema, encuentre su cauce.

Tal tarea, por cierto, lo será, en buena medida, si cada uno de los distintos *operadores* del Derecho trabajamos partiendo de la empírica reflexión acerca de nuestra naturaleza humana y, de allí, en nuestras im-

(74) A propósito del precedente de la CS, *in re* “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, sent. del 12/8/2008, DJ 2008-II-1394, ver VERBIC, Francisco, “El derecho argentino en materia de tutela colectiva de derechos y la influencia recíproca del código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”, *Relato Nacional por la República Argentina. XXV Jornadas Iberoamericanas de Direito Processual - XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual*, Porto de Galinhas, 14, 15 e 16 de setembro de 2016. Painel 10 - Balanço sobre a influência dos Códigos Modelo de Processo Civil e Processos Coletivos para Iberoamerica nos diversos países, disponible en <https://www.academia.edu>.

(75) “El gran cambio reside en la mudanza de los grandes paradigmas, es decir, en el modo en que están organizadas las reglas. Es natural que, al principio, uno pueda interpretar un artículo conforme al contexto del Código anterior, pero, poco a poco, esos mismos textos tendrán otra luminosidad. Es como el ejemplo de la Catedral de Rouen; la misma catedral tiene distintas visiones según la luz que la ilumina” (LORENZETTI, Ricardo L., “Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL, del 3/8/2015).

perfecciones que si son negadas redundarán en distorsionar al sistema tornándolo inaplicable y reñido con, precisamente, lo que en sus aspiraciones, anhela contener.

La “igualdad formal de las partes, la igualdad ante la ley, es la esencia de todo proceso: de ahí surge todo lo demás, porque si las partes son iguales ante la ley quiere decir que deben tener las mismas oportunidades de ser escuchadas y de ser informadas; las mismas oportunidades de defensa e impugnación; y que el juez no puede hacer diferencias de trato entre una y otra parte; ni mostrar preferencia o brindar ayuda a una parte en perjuicio de la otra; todo lo cual coincide con lo que los pueblos civilizados denominan debido proceso o proceso justo” (76).

Félix A. Trigo Represas —recientemente desaparecido en lo terrenal— dijo sobre el tema que “tenemos, lo cual es de tanta mayor importancia y gravedad, la modificación de los arts. 1764 a 1766, en un tema que si bien ha sido muy controvertido doctrinariamente, conlleva la posibilidad de que se sustraiga la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos del régimen originario del Proyecto, con remisión a normas y principios ‘del derecho administrativo nacional o local según corresponda’.

Lo cual por otra parte, de hecho ya ha derivado prácticamente en la ‘irresponsabilidad’ del Estado y de los funcionarios públicos, con la reciente sanción de la ley 26.944, paradójicamente denominada de Responsabilidad civil del Estado” (77).

Como recuerda López Mesa (78), el maestro Boffi Bogero enseñó con su indiscutible estilo pedagógico, que “Muchas veces las soluciones de un Código se extraen mediante planteamientos novedosos que surgen de doctrinas que les han sido ajenas. Los códigos tienen una vida propia que se desprende en alguna medida del ‘pensamiento’ y ‘voluntad’

(76) VERBIC, Francisco, “El derecho argentino...”, cit.

(77) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Incertidumbres generadas por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, en *Anales*, segunda época año III, nro. 52, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 516. Allí, agrega como “cierre del tema”, una remisión que comparto plenamente: “Sobre ello, creo, no puedo dejar de recomendar el trabajo de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., ‘El nuevo régimen de Responsabilidad Civil del Estado. Todo un tema en conflicto’, publicado en el diario LL del 25 de agosto de 2014”.

(78) En “La interpretación de la ley en el Código Civil y Comercial (y algunas reglas indicativas para superar escollos prácticos en la faena hermenéutica)”, RRCyS, LL AR/DOC/2368/2016.

de sus 'autores'" (79) y es, en dicho sendero, que se plantea la cuestión: Nos encontramos frente a un régimen novedoso, pendiente de desarrollo doctrinario y jurisprudencial, o nos encontramos frente a un incordio jurídico que nos pone, frente a la literalidad de las normas, en la necesaria interpretación federal en el sentido que las prohibiciones de *responsabilizar* o *conminar*, son auto contradicciones únicamente escrutables y eventualmente aplicables para la Administración Pública Nacional.

(79) BOFFI BOGGERO, Luis M., *Discurso en Homenaje a la memoria del Prof. Alfredo Colmo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 16.

LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA Y EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

POR PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO

El texto del art. 1067 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), al mencionar que la interpretación debe entre otras pautas, *proteger la confianza*, introduce, quizás por primera vez en el ordenamiento argentino, el principio de protección de la confianza, o también, como lo cita nuestra Corte Suprema, “legítimas expectativas”, en un texto positivo de tamaño importancia. Esto me lleva a tres preguntas: ¿es el derecho privado el que introduce el principio en nuestro derecho?, lo cual principio podría llevar a la idea de que el derecho privado aparece prioritario en la conformación del instituto; en segundo lugar, a qué institución se refiere, en atención a la forma que está inserta la locución en el artículo, y por último, ¿qué incidencia tendría dicho texto en el derecho administrativo?

Se tratará de responder a los interrogantes en los próximos acápites.

Antes de su inicio, destaco que la presente exposición se basa en lo escrito en otras oportunidades y aquí reproduzco sus conceptos fundamentales que adapto a la ocasión (1).

I. El art. 1067 del Cód. Civ. y Com.

La norma está situada en capítulo 10, titulado “Interpretación”, del libro tercero, “Derechos personales”, del Título II “Contratos en general”

(1) “La confianza legítima”, ED del 4/5/1998, 177-894. *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. “La confianza legítima”, en *Estudios jurídicos*, Universidad Católica del Uruguay, nro. 11, 2013. “La confianza legítima en la jurisprudencia federal”, en *Jornadas sobre el Derecho Administrativo hoy. 16 Años después*, Rap, Buenos Aires, 2013, ps. 31-49.

del Cód. Civ. y Com., bajo el epígrafe “Protección de la confianza”, con el siguiente texto:

“Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto” (el énfasis me pertenece).

Surgen también otras cuestiones de su lectura: dicho capítulo, ¿debemos entenderlo como un conjunto de principios extensibles al derecho público en materia de interpretación contractual, por ejemplo, la buena fe (art. 1061), *lex contractus* (pacatamente difuminado entre los arts. 959, 1021, 1061, 2061, entre otros) o de los propios actos, inserido en dicho artículo al referirse a la “conducta jurídicamente relevante...”?

II. La confianza en el derecho privado

Si se leen los clásicos libros del derecho privado, se verá que el instituto que más aparecía era la buena fe y la doctrina de los propios actos. Es más, me atrevo a adelantar que la protección de la confianza, tal como se la concibió en el derecho administrativo, era casi desconocida.

1. Debemos remontarnos a los alemanes, en cuyo campo la confianza legítima constituye una extrapolación del “principio de la confianza” del derecho privado alemán, especialmente en el derecho de las obligaciones, como producto del desarrollo y evolución jurisprudencial en la búsqueda de nuevas fórmulas y soluciones equitativas y justas (2).

En obras clásicas del derecho alemán, que utilizaban el título “principio de confianza”, como la de Esser, dicha protección es “un nombre colectivo que se aplica a todas las reglas que el arbitrio judicial ha creado, inspirándose en aquel principio, para la protección del que confía en la apariencia jurídica y que, originadas en los conatos legislativos de atender a tal protección, han sido luego transferidas a nuevas necesidades” (3).

En materia de las obligaciones Larenz, al tratar la buena fe como principio fundamental de las obligaciones dijo que “[e]l principio de la ‘buena fe’ significa que cada uno debe guardar ‘fidelidad’ a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que esta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el condu-

(2) SCHÄFER, Hans-Bern - OTT, Claus, *Manual de análisis económico del derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1991, ps. 332 y ss.

(3) ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de la edición alemana de 1956, Bosch, Barcelona, 1961, ps. 315-316.

cirse como cabía esperar de cuantos, con pensamiento honrado, intervienen en el tráfico como contratantes o participando en él en virtud de otros vínculos jurídicos” (4).

En otra parte, Larenz señaló que la “salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por lo tanto, en el derecho de cosas, en el derecho procesal y en el *derecho público*” (5).

La *buena fe* “a secas”, y el *principio general de buena fe*, suponen circunstancias distintas (6). La primera significa la inclusión técnica en una norma jurídica para describir o delimitar determinados supuestos de hecho en los que el ordenamiento confiere el amparo a quien actúa de buena fe, por ejemplo, en nuestro derecho la situación del adquirente de buena fe y a título oneroso de un inmueble transmitido por una persona que llegó a ser propietario en virtud de un acto anulado (art. 1051, Cód. Civil, actuales 390 y 392 del Cód. Civ. y Com.) o el acto otorgado por un demente en favor de un tercero de buena fe, sin que la demencia sea notoria (art. 473, Cód. Civil, actual art. 45, Cód. Civ. y Com.).

En la otra situación, la buena fe se torna en un principio general del derecho que se erige en una norma obligatoria (7), al imponer un modo de conducta a las partes en sus relaciones jurídicas.

(4) LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado (EDERSA), Madrid, 1958, t. I, ps. 142 y ss.

(5) LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones...*, cit. p. 144. El énfasis me pertenece. Ver también del mismo autor, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, EDERSA, Madrid, s/f, ps. 87 y ss., en lo que respecta a la frustración de las “esperanzas” en la celebración de un contrato.

(6) WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*, prólogo de Luis Díez-PICAZO, Civitas, Madrid, 1982 (reimpr.), ps. 11-12. Calmes destaca que la etimología de la locución equivalente en alemán, *Treu und Glauben*, aporta precisiones sobre su significación, por la interacción de los dos componentes: *Treu* significa “fidelidad”, “lealtad”, que debe ser entendida como *Vertauen wahren*, “mantener la confianza”, y *Glauben*, “creencia”, “fe”, que debe entenderse como *Vertauen schenken*, “ofrecer confianza”. Así, destaca la autora, la confianza parecería como un elemento constante de la protección de la buena fe, en el concepto alemán. CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, París, 2001, p. 228.

(7) Díez-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 139.

2. La doctrina civilista ha distinguido la buena fe en su aspecto objetivo y subjetivo.

2.a. La primera, denominada también *buena fe-lealtad*, se trata de un criterio objetivo que impone el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente, criterio con el que se protege la honestidad en la circulación de los bienes (8). Ello se reflejaba en el Cód. Civil en el antiguo art. 1198 (actuales 9º, 961 y 1061, también algo más tímido y disperso), que establecía que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe; o la prohibición del abuso del derecho en el art. 1071, actual art. 10; o la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos conmutativos bilaterales y en los unilaterales de ejecución diferida o continuada, contemplada en el art. 1198, y actualmente en el art. 1091. También antes, y fuera del mero texto legal, se había reconocido la aplicación de la *doctrina de los actos propios* (9), ahora receptada en el art. 1067.

2.b. La *buena fe-creencia*, el aspecto subjetivo o psicológico cobra relevancia por la confianza legítima puesta por el afectado que creyó haber obrado conforme a derecho o ignorando que podría ocasionar daño a terceros. Ejemplo de ello es la teoría de la apariencia, que tiene aplicación en los supuestos contemplados en el antiguo art. 1051 del Cód. Civil, actuales 390 y 392 del Cód. Civ. y Com., o la situación de quien adquirió un derecho de un demente (10).

No puedo dejar de mencionar que Spota había tratado el rol de la confianza al exponer sobre la teoría de la voluntad en su monumental *Tratado de derecho civil*, especialmente al referirse a la doctrina de Windscheid y De Ruggiero (11).

3. Díez-Picazo señaló un componente común a los distintos supuestos en los que tanto la buena fe como el principio general de la buena fe se aplica, que interesa destacar: *la interna honradez con que la persona actúa* (12).

(8) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 11ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 24; RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 291; BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 59-60.

(9) BORDA, Guillermo, *Tratado...*, cit., ps. 24-25.

(10) BORDA, Guillermo, *Tratado...*, cit., ps. 25 y ss.

(11) SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1967, t. I, vol. 3 -6 (8), "Hechos y actos jurídicos", ps. 182, 186 y 187.

(12) DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina...*, cit., p. 137.

El otro componente fundamental, y en el que se ve notoriamente la relación entre la buena fe y la confianza legítima, se configura a partir de la exigencia de un comportamiento coherente de la contraparte que suscitó la confianza. Como expresa el autor, “[l]a exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza”; agregando que “[t]odo el que suscita no solo una apariencia jurídica, sino una expectativa seria de una conducta futura, debe ser consecuente con la expectativa suscitada” (13).

4. Ahora bien, si leemos el contexto actual de la protección de la confianza recogida en el nuevo Cód. Civ. y Com., qué pudieron entender sus autores. He recurrido para ello a la obra bastante difundida antes del texto definitivo del Cód. Civ. y Com., dirigida por Lorenzetti (14), donde en el comentario a dicho artículo, efectuado por Carlos Alfredo Hernández, que podemos considerar en cierto modo como la versión de por lo menos uno de los autores del equipo que intervino en la redacción del nuevo texto.

En dicho comentario se lee que está el principio ceñido a la interpretación del contrato. Precisamente el capítulo donde está insertado el artículo se titula “Interpretación”. Hernández lo interrelaciona con los otros principios de la buena fe y de los actos propios. No obstante, destaca: “el nuevo Código consagra un principio bastante reconocido por la cultura judicial y forense, que al igual que ocurre con el principio de conservación, tiene un alcance que trasciende el derecho contractual, constituyéndose en una regla con amplio margen de ‘exportación’”.

En el código comentado dirigido por Bueres (15), nada se dice en concreto acerca de la protección de la confianza, haciéndose mera referencia a la doctrina de los propios actos, como si solo a ella se refiriera. Otro tanto puede decirse de la obra dirigida por el profesor Jorge Alterini, que específicamente lo limitan a explicar la “lealtad” (16).

(13) DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina...*, cit., p. 142.

(14) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. VI, ps. 134-135.

(15) BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 612.

(16) ALTERINI, Jorge H., (dir. gral.) - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis P. (dir. del tomo), *Código Civil y Comercial comentado Tratado exegético*. Thomson Reuters, La Ley, Buenos Aires.

Uno de los civilistas que más ha estudiado el tema, Marcelo López Mesa (17) lo estudió en distintos y destacados trabajos, pero cuando bien se los leen, se aprecia que en realidad, para desentrañar el sentido del instituto, se ha remontado a los trabajos y jurisprudencia elaborados en el derecho administrativo (18).

De allí que puede decirse que el auspicio del profesor Hernández, en cuanto a que constituye “una regla con amplio margen de ‘exportación’”, por lo menos tal regla —lo mismo que la doctrina de los propios actos— ya existía en el derecho administrativo antes de su inclusión normativa y con excelentes resultados es aplicada.

III. La confianza legítima en el derecho administrativo comparado

La protección de la confianza, al que con el tiempo se le agregó el adjetivo “legítima”, hizo su aparición a mediados de los años cincuenta del siglo pasado en Alemania, donde se introdujo a través del denominado “caso de la viuda de Berlín”, del año 1956.

1. En cierto sentido puede considerarse su alumbramiento, a través de dicho precedente, como una reacción contra la rígida aplicación del principio de la legalidad en aquellos casos en que su seguimiento habría determinado la nulidad de actos que habían conferido beneficios a los particulares que obraban de buena fe.

Fue el pronunciamiento del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, del 14 de noviembre de 1956 (19), donde se reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la entonces República Democrática Alemana, a quien se le había oficialmente certificado que si se trasladaba a Berlín occidental tendría derecho a percibir su pensión, por lo que, en consecuencia,

(17) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios”, LLC, año 26, nro. 1 (febrero de 2009), ps. 1-18. Íd.: “Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima”, LL 2010-E-1167. Íd.: “La doctrina de los actos propios, su alcance, sus presupuestos y sus requisitos de aplicación”, *Revista Jurídica Thomson Reuters*, Lima, año I, Nro. 5, 28/1/2013, ps. 23 y ss. Íd.: “El llamado ‘pago de lo indebido’ (Su régimen en el Código de Vélez, en la jurisprudencia y en el nuevo Código Civil y Comercial)”, *elDial* del 19/12/2014.

(18) En especial recomiendo “Declaración unilateral de voluntad y confianza legítima”, cit. en la nota anterior.

(19) La traducción de la sentencia fue hecha por Evelyn Patricia GOTTSCHAU en EDA 2013-531, con un comentario de la traductora: “El caso de la viuda de Berlín”.

basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, concretó el cambio de radicación, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión. Tiempo después se comprobó que no cumplía las condiciones legales, en virtud de la equivocada información que había recibido, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente abonadas.

La protección invocada por la viuda tuvo acogida en el tribunal alemán, decisión esta que fue confirmada por el Tribunal Administrativo Federal el 25 de octubre de 1957. Lo más interesante del caso es que se resolvió no solo que no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión (20).

2. La evolución ulterior del principio fue destacable tanto en el propio país de origen, como en la jurisprudencia del entonces Tribunal de las Comunidades Europeas, denominado a partir del año 2009, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como también en Gran Bretaña, España, Francia, entre otros países europeos, y ello a punto tal que en el Código Europeo de la Buena Conducta Administrativa, aprobado por el Parlamento Europeo, se lee en el art. 10, bajo el epígrafe “Legítimas expectativas, consistencia y asesoramiento”, que

1. *El funcionario será coherente en su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual; este fundamento deberá constar por escrito.*
2. *El funcionario respetará las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado.*

En especial, en el derecho alemán § 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo alemana (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), de 1976, explicitó normativamente la institución en orden a definir los alcances de la anu-

(20) GARCÍA MACHO, Ricardo, “Contenido y límites del principio de la confianza legítima: Estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 56, 1987, ps. 557-571, publicado luego en el *Libro homenaje al profesor Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989. GARCÍA LUENGO, Javier, *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 29. MAURER, Hartmut, *Droit administratif allemand*, LGDJ, París, 1994, pp. 290-291. JESCH, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución el principio de legalidad*, trad. esp., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 246. FORSYTH, C. S., “The provenance and protection of legitimate expectations”, *Cambridge Law Journal*, 47 (2), julio de 1988, ps. 238-260, esp. ps. 243-244.

lación de los actos administrativos (21). Al mismo tiempo, la confianza legítima ha significado en el derecho alemán oponer un límite a la indiferencia que muestran los gobernantes en la toma de decisiones que afectan la situación de aquellos que desarrollaron su vida y proyectos de conformidad con la situación legal imperante antes de los cambios normativos (22), o de acuerdo con las promesas de aquellos.

Asimismo, en el derecho español —nación donde el estudio y aplicación del principio es notable, sea en la doctrina como en la jurisprudencia— la protección de la confianza se había insertado en el art. 3º del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aprobado por la ley 30/1992 (y sus modificatorias, en especial la de la ley 4/1999, que incluyó el texto que se transcribe), donde se establecía que las Administraciones Públicas “deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”. Dicha ley fue sustituida por la ley 39/2015, del 1/10/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que no incluye la norma. Empero, sí lo hace la ley 40/2015, de la misma fecha, del “Régimen Jurídico del Sector Público”, en el art. 3º, que preceptúa en su inc. e) que las administraciones públicas deberán respetar en su actuación y relaciones, entre otros, los principios de “Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”.

3. En Iberoamérica la institución fue estudiada en capítulos especiales del derecho administrativo, como lo hizo Castro Estrada en México, en relación con la responsabilidad del Estado (23).

En Venezuela se destaca el importantísimo aporte de la profesora Rondón de Sansó (24), quien informa que en el derecho venezolano era

(21) Ver al respecto BLANKE, Hermann-Josef - GOTTSHAU, Evelyn P. - ABERASTURY, Pedro, en ABERASTURY, P. - BLANKE, H. (coords.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba y Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2012, donde se trata el tema, lo mismo que se incluye el texto de dicha ley.

(22) FROMONT, Michel, “Le principe de non rétroactivité del lois”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. VI, 1990, ps. 321-325.

(23) CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, 1997, p. 124 y ps. 125 y ss.

(24) RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano”, en AA.VV., *Libro homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Las Academias, Córdoba, 2000, t. V, ps. 271 y ss.; reproducido también en AA.VV., *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carias 9-12 de noviembre*

también prácticamente desconocida hasta tiempo reciente, vinculándose ella a otros conceptos conocidos como la buena fe, el Estado de Derecho, la seguridad jurídica, los derechos fundamentales, la equidad y la justicia natural. Propone la sustitución de la locución confianza legítima por “*expectativa plausible*”, más próxima a las *legitimate expectations*, del derecho inglés.

En Colombia destaco entre otras y muy valiosas, la obra de Valbuena Fernández(25), que considero uno de los aportes más completos existentes en ese prestigioso derecho.

En la República Dominicana la ley 107-13, que, entre otras cosas regula el procedimiento administrativo y las relaciones de los ciudadanos con la Administración, establece entre los principios de actuación administrativa, regulados en el art. 3º, inc. 15, el “Principio de confianza legítima: En cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado” (26). También en dicha ley aparece el “Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa”, en su art. 3º, inc. 8º, tan vinculados con dicha protección; y, además, se extiende la protección de la confianza al ejercicio de la acción de lesividad (art. 45, párrs. I y III, de la ley).

En Perú, la reciente reforma introducida por el Decreto supremo N° 004-2019-JUS, del 22 de enero de 2019, que aprueba el Texto Único Ordenado de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece en Título Preliminar, art. IV, “Principios del procedimiento administrativo”, pto. 1.15 el “Principio de predictibilidad o de confianza legítima”, que, en lo que aquí interesa, dispone: “Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos”.

de 1998: *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, FUNEDA, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 295.

(25) VALBUENA FERNÁNDEZ, Gabriel, *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*, Universidad del Externado, Bogotá, 2008.

(26) Destaco que en dicha ley se citan también en el art. 3, entre otros, los siguientes principios: de juridicidad, de servicio objetivo a las personas, de racionalidad, de proporcionalidad, de buena fe, de coherencia.

En Uruguay, el profesor Augusto Durán Martínez ha hecho reiterada referencia a la institución en diversos trabajos, que destaco por su importancia y profundidad (27).

En Brasil, Bacellar Filho, también puso de relieve la importancia de la confianza legítima en un trabajo que lleva un título que bien acomoda con el principio: “Ética pública, o Estado democrático de direito e os principios consecutórios” (28).

Los laudos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (CIADI), instituido por el “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, si bien no se hace explícita referencia a la institución, lo cierto es que se lo encuentra bajo la remisión a la buena fe, a las “expectativas” y de un término común en estos tratados como es el “trato justo y equitativo”, que la encierran. Así, en el caso “Metalclad” (29), en el punto 89 del laudo se hace mención de las “expectativas” de la parte, o en el laudo recaído en el caso “Biloune”, de 1993, que le sirvió, si no de precedente, por lo menos como referencia con “autoridad persuasiva” hizo mención en el punto 108 a la presencia de una “justificada creencia del inversionista”. Otro tanto puede decirse del laudo “Compañía de Aguas del Aconquija” (30).

En definitiva, y para no extenderme en la faz comparada iberoamericana, puede decirse sin temor que tanto la jurisprudencia como la doctrina muestran una inquietud destacable para recepcionar y desarrollar la institución de la protección de la confianza y de fijar sus límites en punto al estudio de las relaciones iusadministrativas.

(27) Entre otros: “Actos propios. Confianza legítima. Expectativa plausible”, en *Casos de derecho administrativo*, Montevideo, 2007, vol. V, ps. 139 y ss., y, más recientemente: “La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo. Especial referencia al caso ‘Gelman vs. Uruguay’”, *pro manuscrito*.

(28) BACELLAR FILHO, Romeu F., *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Forum, Belo Horizonte, 2009, ps. 13 y ss. Allí cita un trabajo de la autora MARTINS-COSTA, Judith, “Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva” (nota 18) *Revista dos Tribunais*, San Pablo, vol. 95, nro. 852, p. 96, octubre de 2006.

(29) Caso nro. ARB (AF)/97/1, del 2000.

(30) Caso ARB/97/3, de 2000.

IV. La confianza legítima en el derecho administrativo argentino

En nuestro país, aunque es un tema que no ha movido un interés dogmático semejante a otros países, ciertamente no ha dejado de ser tenido en cuenta en la práctica forense y en las propias sentencias, y poco a poco la doctrina en los últimos tiempos le ha dedicado estudios específicos; basta la cita de trabajos de Cassagne (31), Bianchi (32), Mertehikian (33), Silva Tamayo (34), Cardelli (35), Ivanega (36) o Rey Vázquez (37). De su lado, no puedo dejar de mencionar tanto la introducción del profesor Comadira al libro que escribí (38), ya citado al principio de este comentario, cuyo valor dogmático, y afectivo, destaco.

IV.1. La jurisprudencia nacional

1. Los primeros pasos se dieron en el orden nacional, más allá de que no sé si conscientemente. Pero no puede dejarse de lado que lo normal era confundirla con otras instituciones que más a mano estaban como, por ejemplo, la *doctrina de los propios actos* como, por ejemplo, el precedente “Zubdesa” (39), que se trataba del caso de una empresa invitada a participar en una contratación directa por haber incurrido en faltas,

(31) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 53 y ss.

(32) BIANCHI, Alberto, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 147 y ss.

(33) MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 143 y ss.

(34) “La confianza legítima”, RAP, nro. 399, Buenos Aires, 2011, ps. 27 y ss.

(35) CARDELLI, Eugenia M., “La buena fe y la confianza del administrado a la luz de un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense”, EDA 2012-106, y “La relación de empleo público desde la perspectiva de las legítimas expectativas del empleado”, EDA 2015-236.

(36) IVANEGA, Miriam M., “El rol de los precedentes administrativos en la actividad de la administración”, en el sitio del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad, <http://www.gestion-publica.org.ar>. En dicho sitio se encuentran muy interesantes trabajos, cuya lectura recomiendo. También la autora hace uso del instituto en su trabajo “El principio de buena fe en los contratos administrativos”, RAP, nro. 360, Buenos Aires, 2008.

(37) REY VÁZQUEZ, Luis E., “El principio de confianza legítima. Su posible gravitación en el derecho administrativo argentino”, AFDUC, 17, 2013, ps. 259 y ss.

(38) *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

(39) Fallos 308:191 (1986).

donde la Corte aplico la doctrina de los propios actos, al tener en cuenta que la actitud asumida por la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires había implicado la aceptación de la aptitud técnica de la empresa.

2. Otros casos Ahora bien, los casos que a mi modo de ver pueden ser ya considerados como precursores son los siguientes:

2.a. La responsabilidad por cambios normativos se puede apreciar en ciertos casos de la Corte Suprema, como “Carlos Reisz” (40) y “Los Pinos” (41). En el primero se amparó el derecho de un proveedor que había contratado teniendo en cuenta los precios existentes y que, en circunstancias que no eran normalmente previsibles, el propio Estado había variado los precios. En el segundo, se reconoció el derecho a obtener una indemnización a quien se había visto afectado en su explotación por un cambio normativo. Este último caso fue considerado por Mertehikian como un supuesto de protección de la confianza (42).

2.b. “Industria Maderera Lanín” (43) muestra entre sus muchas facetas, la provechosa aplicación del juicio de razonabilidad y el reconocimiento, *in nuce* quizás, del derecho a una indemnización por haberse frustrado “toda expectativa razonable” de aprovechamiento forestal. O sea, sería la aplicación de la confianza legítima en la responsabilidad del Estado.

En el caso “Consolidación” (44) (CS, 1980) donde con acierto se citó la confianza de quienes habían adquirido bonos de YPF, confiando sobre la forma que se los liquidaría, conforme los anuncios que se habían dado, y que luego unilateralmente la empresa estatal varió.

2.c. Entrando en lo que puede considerarse ya como la adopción de la confianza legítima, aunque solo en votos disidentes de los jueces Moliné

(40) Fallos 248:79 (1960).

(41) Fallos 293:617 (1975). El fallo lo comenté en la columna “Sentencias para recordar”, de EDA 2006-89, bajo el título “Industria Maderera Lanín: un desconocido precedente de la Corte Suprema, reiteradamente citado en materia de control por el juicio de razonabilidad de los actos de los poderes públicos”, donde destaqué todas las facetas del pronunciamiento.

(42) MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública*, cit., ps. 139 y ss.

(43) Fallos 298: 223 (1977).

(44) Fallos 302:1065 (1980).

O'Connor y López, hay que citar los casos "Revestek" (45) y "Cirlafin" (46), donde se habló de aquella para amparar la situación de quienes habían confiado en el mantenimiento de la "tablita" de Martínez de Hoz, que, inopinadamente el cambio de autoridades modificó drásticamente.

2.d. En la causa "Briganti" de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNFed. Cont. Adm.) se protegió a quienes, según se dijo: que "no puede dejar de tenerse presente en cuestiones de índole previsional... la rigurosidad de los principios debe necesariamente ceder frente a la protección que merecen quienes de buena fe tuvieron la legítima confianza de la validez de su derecho a percibir el beneficio en la forma que la Administración lo determinó".

La sala V de la CNFed. Cont. Adm. utilizó la doctrina en el caso "Exolgan" (47), y, de su lado, la sala III al hacer lugar a una cautelar en la causa "Sociedad de Distribuidores de Diarios y Revistas" (48).

2.e. Más si hay una causa en la que puede decirse que ingresa de lleno la doctrina es "Ytoiz" (49) de la sala IV CNFed. Cont. Adm. (2000), donde se habló llanamente de ella con cita de los autores que escribieron sobre ella, como Pielow, Parejo Alfonso, Rondón de Sanso y Castillo Blanco. Era la situación del ingreso a Medicina, donde se amparó a los alumnos que se habían inscripto de acuerdo con el régimen instituido por la Facultad de Medicina, que el Consejo Superior de la UBA tenía por inválido.

Hago notar que cuando integré la sala I de la CNFed. Cont. Adm. tuve oportunidad de pronunciarme en la causa "Chacofi" (50) (2004), donde se hizo lugar a la cautelar, y "Bomchil" (51) del mismo año, donde en el amparo salí en disidencia. En ambos casos, aunque no invoqué la confianza legítima, sino la protección de los derechos adquiridos, en tal mención estaba ínsita la protección de la confianza. En especial, en esta última dije: "el interés público no solo significa que se asegure la percepción de los tributos, sino que el Estado haga honor a los compromisos asumidos formalmente ante los contribuyentes".

(45) Fallos 318:1531 (1995).

(46) Del 15/10/1995. No está publicado en la colección de Fallos.

(47) Del 21/9/1998.

(48) Del 26/4/2000.

(49) Del 11/5/2000, LL del 7/2/2001.

(50) Del 22/4/2004.

(51) Del 11/11/2004.

2.f. Ya en tiempos del nefasto “corralito” en uno de los fallos que se emitió al respecto, “Vázquez”, de la sala I de la CNFed. Cont. Adm. (52), 2002, en el voto del juez Licht se hizo expresa referencia a la protección de la confianza de los ahorristas que se habían acogido a la garantía de los depósitos comprometida por el Estado a través de la ley 25.466.

Poco después la Corte Suprema en el caso “Provincia de San Luis” (53) se habló expresamente de la confianza en los votos de los jueces Moliné y López (consid 37), Vázquez (consid 30), y, en especial, el juez Fayt dijo: “El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Y, sin dudas, el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza que ha producido es el Estado”.

Lo más triste de todo esto que un año después la Corte Suprema, *in re* “Bustos” (54), cambió *bruscamente* su doctrina, gracias a la nueva integración. El juez Fayt volvió a reiterar dicho concepto.

2.g. Años más tarde la Corte *in re* “Gentini” (55), invocó las *legítimas expectativas*, en estos términos: “*es evidente que el art. 4º del decreto 395/92, al establecer que las licenciatarias no estaban obligadas a emitir los bonos de participación en las ganancias, desatendió la finalidad de proveer al mejor cumplimiento del mandato legal contenido en el art. 29 de la ley 23.696, en la medida en que no solo no se subordinó a la voluntad del legislador allí expresada en forma inequívoca ni se ajustó al espíritu de la norma para constituirse en un medio que evitase su violación, sino que —por el contrario— se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, frustratorio de las legítimas expectativas que poseían como acreedores*” (el destacado me pertenece).

2.h. Otro precedente de la Corte es “Ramos” (56), donde dijo: “el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en Ramos una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la CN otorga al trabajador contra el ‘despido arbitrario’”.

(52) Del 8/10/2002.

(53) Fallos 326:417 (2003).

(54) Fallos 327:4495 (2004).

(55) Fallos 331:1815 (2008).

(56) Fallos 333:311 (2010).

En este caso se reconoció el derecho a una indemnización al empleado “contratado” que había permanecido más allá del término fijado en el contrato inicial.

Cabe destacar que poco antes, en el caso “Ferreira” (57), en un caso vinculado con daños producidos por animales sueltos en una ruta concesionada, el juez Lorenzetti en un voto particular se había extendido ampliamente sobre la confianza y legítimas expectativas que revestía la relación concesionario-usuario.

2.i. Más recientemente, en el año 2014, en la sentencia en el caso “Grupo Clarín”, del 11/2/2014, los jueces Argibay y Maqueda, en su disidencia parcial, invocaron la protección de la confianza.

Otro caso es “AEDBA”, del 28/10/2014, si bien la Corte no mencionó el instituto, en definitiva lo tuvo en cuenta al hacer lugar a una medida cautelar solicitada por la entidad, que invocaba aparte del principio de igualdad el de violación de la confianza legítima.

2.j. Volviendo al fuero contencioso administrativo, en el ínterin la sala V de la CNFed. Cont. Adm., *in re* “Ticoral” (58), dijo: “El principio de la confianza legítima se erige en pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos. Y es que la actuación administrativa de un Estado de Derecho está (y debe estar) caracterizada en gran medida por la existencia y a la vez por la permanencia de un determinado *statu quo* de reglas y decisiones fijas, que estimulan, dirigen y limitan la vida social y el comportamiento del individuo dentro de la sociedad”.

Por último, en un excelente pronunciamiento la sala V de la CNFed. Cont. Adm. en “Escuela Superior de Psicología Social” (59), sostuvo la idea de la protección de la confianza sobre una de sus fases, que es la procesal al decir: “...la confianza legítima en el administrado se configura cuando la expectativa del interesado se cifra en la posibilidad de que se le asegure un debido procedimiento previo antes de la toma de una decisión particular o general que lo pueda afectar. Dicho procedimiento requiere la observancia de una conducta correcta de la Administración con el alcance del art. 1º inc. f) de la ley 19.549 (Coviello, Pedro, *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 271)”.

(57) Fallos 329:646 (2006).

(58) Del 27/4/2007.

(59) Del 12/7/2011. EDA del 29/2/2011.

3. En cuanto a los pronunciamientos de otros tribunales federales, pueden mencionarse los siguientes:

3.a. En primer lugar, destaco a los tribunales federales cordobeses, y en especial al profesor y magistrado Ignacio Vélez Funes, quien dio particular impulso a la aplicación del instituto, basado en los trabajos y jurisprudencia entonces existentes.

En primer lugar, se invocó la confianza legítima en las causas vinculadas con el “corralito”, como “Lema” (60) y “Pauli” (61), por cierto, favorables a los ahorristas.

Más tarde, volvió a emplearse en el plenario de las salas A y B, “Gómez, Miguel Ángel c. Administración Nacional de Aduanas - Contencioso Administrativo” (62), del 7/6/2004, donde se discutía la siguiente cuestión: “¿Son precedentes las acciones deducidas contra la Administración Nacional de Aduanas, en las que se reclama el beneficio de participación del producido de lo que se obtuviere por aplicación de todo tipo de multas, excepto las automáticas?”.

Allí el juez Vélez Funes, con criterio que comparto, sostuvo la protección de la confianza de aquellos agentes que se habían sujeto al régimen anterior a las modificaciones introducidas al régimen especial que beneficiaba a ciertos agentes aduaneros. Entendía, al respecto, que la situación debía estudiarse en cada caso particular, anterior a la reforma reglamentaria introducida por el dec. 258/1999.

En otra causa, “Verzini” (63), de la sala A de dicha Cámara, se trató el tema de los certificados de crédito fiscal, donde se invocó tanto por Vélez Funes como por los otros jueces de dicha sala la protección de confianza de los adquirentes de dichos certificados, que luego el Gobierno modificó. Lo mismo ocurrió con la sentencia “Castellanos”, de la misma sala (64).

3.b. La Cámara Federal de Salta en la causa “García, Liliana c. Un. Nac. Jujuy” (2011) se hizo lugar a la demanda promovida por el cierre intempestivo de una carrera universitaria, que frustró las expectativas, término al que se hizo reiteradas manifestaciones. Dijo allí la Cámara,

(60) Del 4/9/2002.

(61) Del 15/8/2003.

(62) Del 7/6/2004.

(63) Del 31/10/2005.

(64) Del 14/3/2008.

a través del voto del juez Villada: “si bien ciertamente no cabe poner en tela de juicio la potestad de la Universidad en el sentido de adoptar las medidas fundadas en el interés general o por razones de emergencia económica o reformas de la estructura y organización administrativa, educacional, etc.; también es cierto que el ejercicio de tales facultades no puede ser impedimento para que asuma las consecuencias de sus decisiones cuando *estas* afectan derechos legítimos de unos cuantos”.

En especial, y en lo que interesa, señaló: “la buena fe exige al más fuerte de la relación, evitar todo aquello que pueda perjudicar indebidamente a la otra parte... Conviene señalar, asimismo, que como la exigencia de un comportamiento coherente está estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada en un determinado comportamiento futuro, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no la debe defraudar, por lo que es inadmisibles toda actuación incompatible con ella”.

Otro caso del mismo tribunal, “Esquibel”, acogiendo la demanda de un empleado público “contratado”, sostuvo que la ANSES había utilizado la figura para encubrir una designación permanente, y en tales condiciones, el comportamiento “tuvo aptitud para general en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección del art. 14 bis de la CN”, agregando que “El principio de la confianza legítima busca la protección de aquellas situaciones jurídicas en la que por la aplicación de la doctrina de los actos propios u otros institutos, no podría alcanzarse la solución justa del caso. Así, puede verse como una forma de exigir el comportamiento *ético* de la Administración frente a los compromisos asumidos cuando perjudican al administrado”.

4. En lo que se refiere a los tribunales de otras jurisdicciones, se pueden mencionar los siguientes:

4.a. El Superior Tribunal de Córdoba es uno de los tribunales que, por lo que he visto hasta ahora, más aplicación ha hecho de la institución de la protección de la confianza.

En uno de los primeros pronunciamientos que se la mencionó, “Asociación Vecinal Leandro N. Alem” (65), se dijo que “la seguridad jurídica y el principio de la confianza legítima de los ciudadanos en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes”.

(65) Del 15/3/1999.

La misma idea se reiteró en la causa “Alberti Huber” (66) (en ambas se rechazó una acción directa declarativa de inconstitucional, utilizándose la confianza legítima como uno de los fundamentos para el rechazo).

En la causa “Abrahim” (67) (2001), fue más específico el Alto tribunal cordobés:

El principio de protección de la confianza legítima permite mantener los efectos de determinadas situaciones, lo que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la propia Administración.

En ella está comprometida la propia seguridad jurídica, entendida como garantía de la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes (STC español, 147/1986, FJ 4º, citada por Rubio Llorente, Francisco, Derechos fundamentales y principios constitucionales, Ariel, Barcelona 1995, p. 67).

Tal situación se configura en autos donde la parte actora ajustó su pretensión de reacondicionamiento del precio del contrato a las directivas impartidas por la propia Administración, las que luego fueron modificadas en condiciones que no guardan coherencia con la confianza que generó su conducta anterior y que consagra un tratamiento no igualitario, sin que concurra una causa objetiva de discriminación que razonablemente apreciada autorice la exclusión de los contratos aquí debatidos de los alcances de la ley 7074 y su reglamentación.

Finalmente, en otra causa “Dinosaurio” (68), se precisó aún más el principio, en relación con la irretroactividad de las normas: “El principio de protección de la confianza legítima permite mantener los efectos de determinadas situaciones, lo que se justifica por la salvaguarda que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la propia Administración (doct. Sala Contencioso Administrativa, sent. nro. 117/2001, Abrahim, Carlos Eduardo... Coviello, Pedro José Jorge, ‘La confianza legítima’, ED, nro. 9495, de fecha 4/5/1998, p. 1)”.

Finalmente, en relación con la provincia de Córdoba, señalo que no se reproducen todas las sentencias donde se utilizó el principio. Baste la mención de estas, que considero señeras.

(66) Del 8/6/1999.

(67) Del 29/8/2001.

(68) Del 15/8/2004.

4.b. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en la que puede considerarse, quizás, la primera de las causas donde la mencionó fue "Iberargen" (69), el Tribunal rechazó los argumentos de quien había obtenido una autorización para instalar un bingo, violando la normativa provincial.

Dijo, entonces:

Con respecto a la violación del principio de la legítima confianza cabe precisar que el mismo supone que el Estado ha de cumplir con las obligaciones a su cargo y que no dañará los intereses de sus habitantes. Si bien ello no constituye un derecho subjetivo, sí constituye una expectativa, un interés que genera en el particular una "confianza legítima" (conf. Bianchi, Alberto, "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores", LL 2000-D-534 y ss.; Coviello, Pedro José, "La confianza legítima", ED del 4/5/1998; Fallos 318: 1531; 318:1564 y 1571).

Tratándose de juegos de azar, la relación jurídica que une a la Administración con los titulares de autorizaciones o permisos para explotarlos se encuentra sujeta a normas muy estrictas, de modo tal que la expectativa que frente a tal régimen puede alegar el sujeto autorizado no puede ir más allá de los márgenes señalados en la reglamentación respectiva, cuya estrictez se justifica por naturaleza misma de la actividad regulada.

Es que, como este Tribunal ha dicho, más allá de la opinión que desde una perspectiva moral se tenga en relación al hecho de que el Estado explote los juegos de azar (ver al respecto la opinión de Bielsa, "Derecho administrativo", 6ª ed., Bs. As., t. III, ps. 317 y ss.), teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, resulta razonable que el aprovechamiento por parte de los particulares de cualquier clase de juego sea un quehacer meramente tolerado por el Estado y, por ello, se encuentre sometido a estrictas limitaciones y controles por parte de las autoridades, requiriéndose para su ejercicio el ajuste estricto a la autorización del órgano competente (doctr. causas B. 53.435, sent. del 15/9/1998, DJBA, t. 155, p. 349 y B. 58.963, "Bustamante", sent del 15/3/2002). En el mismo precedente y en otros similares, se señaló también que la reglamentación estatal de los juegos de azar se hallaba justificada por el hecho de que el producido de su explotación es destinado a solventar gastos de asistencia social, principio que se ha consagrado constitucionalmente al conferirse a todos los habitantes de la Provincia el derecho a recibir a través de políticas de acción social y salud, las utilidades producidas por los juegos de azar (art. 37, Constitución de la Provincia). Más recientemente, se ha resuelto que esa reglamentación determina que, para el ejercicio de tal actividad, los particulares deban ajustarse a pautas rigurosas tanto para la obtención como para el mantenimiento de los

(69) Del 1/12/2004.

permisos de explotación (doctr. causas B. 55.092, sent. del 22/3/2000 en DJBA, t. 158, p. 137 y B. 58.963 cit.).

En ese contexto, el decreto que reglamenta el juego de Bingo —dec. 5309/1990— prevé en su art. 12 que serán causales de caducidad de la autorización “las disposiciones emanadas del Estado Provincial que impidieran el funcionamiento de las salas. En tal caso se operará la caducidad sin que la autorizada y/o tercero contratante tenga derecho a reclamar ningún tipo de indemnización”. En sintonía con esa disposición y en términos más generales, el art. 10 establece que las causales de caducidad y/o rescisión del contrato mencionados en la ley, el decreto y los contratos respectivos, producirán sus efectos sin necesidad de intimación judicial o extrajudicial de ninguna clase y sin que pueda reclamarse indemnización alguna con motivo de su dictado.

Estas normas, cuya aplicación a la situación de Bingo Ciudadela SA determina la caducidad de la habilitación que se le había otorgado, no pudieron ser desconocidas por la firma a la hora de iniciar los trámites para obtenerla, de modo tal que no es válida la alegación que ahora efectúa en punto a la violación del principio de la legítima confianza.

Otro muy interesante pronunciamiento ha sido “Nazar Anchorena” (70), en el que se negaba la percepción de un suplemento profesional a un ingeniero contratado por un municipio. Allí en el voto del juez Soria —excelente— se hizo referencia no solo a la trascendencia que tenía la protección de la legítima confianza, sino también la fuerza vinculatoria de los precedentes. Esto último es ciertamente de mucha importancia como también lo destacó al adherir al voto el juez Hitters.

En la causa “Vaccaro Hnos.” (71), el juez Soria reiteró conceptos ya vertidos en “Nazar Anchorena”:

la protección de dicha confianza, relacionada con la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, ha de morigerar el impacto negativa que ciertas medidas administrativas contradictorias o contrarias a la expectativa inducida por la razonable estabilidad den los actos públicos.

(70) Del 27/2/2008.

(71) Del 24/10/2011. EDA 29/2/2012, con el comentario de CARDELLI, María Eugenia, “La buena fe y la confianza del administrado a la luz de un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte bonaerense”.

Del mismo mes es la sentencia recaída *in re* “González” (72), donde también por el voto de Soria, se dijo:

En la causa B. 56.425, “Bomarco SA”, sent. de 15/4/2009, este Tribunal ha recordado que el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento, de la buena fe y la seguridad jurídica en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones (conf. doc. Tribunal Supremo español, STS 5919/2005, sent. de 6/10/2005 y STS 6032/2009, sent. de 6/10/2009). Bajo comprobadas condiciones, a juzgarse con cierta estrictez, la virtualidad del principio puede suponer la anulación de un acto administrativo por la alteración de las circunstancias habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento, sin las debidas medidas correctoras o compensatorias proporcionadas al interés público en juego (doc. TS español, STS 4222/2003 de 17/6/2003).

Ponderados los intereses debatidos, la coyuntura de quien legítimamente se ha fiado de la actuación de la Administración ha de merecer tutela (doct. TJCE, C 183/95, “Affish B.V.”, sent. de 17/7/1997). Ello, siempre que —de un lado— las conductas escrutadas sean lo suficientemente concluyentes para, como en el caso, propiciar una estabilidad interpretativa de las reglas que gobernaban el desenvolvimiento administrativo y —del otro— que tal circunstancia, objetivamente considerada, impulse al pretensor a ejecutar voluntariamente actos de relevancia jurídica que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los que en definitiva trasunta el obrar público. Extremos que por cierto, no han de depender de meras conjeturas subjetivas o planteos genéricos (conf. CS, Fallos 329:1586).

De tal modo, y excluidos desde luego supuestos que denotan la presencia de graves irregularidades, la protección de la confianza legítima ha de abordarse como un componente necesario del principio de legalidad, en punto a la consistencia y previsibilidad de las reglas aplicables a la relación jurídica.

Pues bien, en la especie, los actos impugnados no solo desoyen los singulares efectos que en materia de designación de agentes con carácter provisional otorga el art. 26 del reglamento a la opinión de la Junta de Clasificaciones, sino que, además, conlleva un apartamiento repentino, inmotivado y contrario al anterior accionar gubernamental, por lo que corresponde expedirse afirmativamente por la pretensión anulato-

(72) Del 10/8/2011.

ria instaurada contra la disposición 9/01 de 9/3/2001 y su confirmatoria res. 75/02 de 31/1/2002, en tanto denegaron el reconocimiento de la diferencia salarial por el desempeño del cargo de mayor jerarquía a la señora González.

Otro caso es “Morosi” (73), donde se amparó la confianza suscitada en una empleada que había sido dejada cesante. Destaco lo escrito por el juez Soria:

la demandada, ante una situación que aparentemente no había sufrido modificaciones desde el punto de vista médico, cambió su criterio en punto a la justificación de las inasistencias, no contestó los pedidos de nueva licencia y, por fin, dictó un acto carente de la motivación suficiente.

Ese obrar traduce un quiebre a la confianza legítima que pudo razonablemente albergar la actora en lo relativo a la consideración de las prescripciones médicas que, en reiteradas oportunidades, había presentado ante la entidad y que no merecieron objeciones formales ni sustanciales. Como expresara al votar en la causa B. 63.822, “González”, sent. de 10/8/2011, bajo ciertas condiciones la protección de la confianza seria y legítimamente generada puede limitar cierto obrar de la Administración, evitando la alteración de las circunstancias habituales y estables, generadoras de serias esperanzas fundadas de mantenimiento.

5. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I de dicho tribunal *in re* “Plan Óvalo SA” (74) tuvo oportunidad de tratar los límites y alcance de la protección de la confianza a través del voto concurrente del juez Corti, que es suficientemente ilustrativo respecto a su aplicación a las cuestiones tributarias, al decir que se presentaba la

tensión entre dos valores que merecen tutela en el ordenamiento jurídico: el exacto cumplimiento de la obligación legal tributaria de acuerdo a la respectiva capacidad contributiva y, por otra parte, la seguridad jurídica (...).

La solución de este dilema no es sencilla, ya que fácilmente pueden encontrarse argumentos (v.gr. igualdad ante las cargas públicas, indisponibilidad de la renta fiscal) para fundar una conclusión que sostenga —a pesar de que el contribuyente haya obrado de buena fe y de acuerdo con la interpretación del organismo recaudador—, que el pago no fue íntegro —no se adecuó al mandato legal— y, por ende, que la deuda no se encuentra extinguida.

(73) Del 26/10/2011.

(74) Del 11/6/2004.

Sin embargo, por razones de estricta seguridad jurídica, que moderan la rigidez de la reserva de ley, considero que el pago efectuado de acuerdo con la interpretación realizada por el organismo recaudador extingue la obligación tributaria y, por ende, todo cambio de criterio deberá aplicarse hacia el futuro y no podrá tener efectos con respecto a obligaciones pasadas ya canceladas.

[...].

Por ello, más allá de que la obligación tributaria es establecida exclusivamente por el Poder Legislativo, existen diversos supuestos en los que la conducta de la Administración puede generar expectativas y/o derechos, tutelados por el ordenamiento jurídico, en cabeza de los contribuyentes (ver, sobre el punto, Coviello, Pedro J., 'La confianza legítima', ED 177-894, especialmente, ps. 913 y ss.; y el seminal ensayo de Grecco, Carlos M., 'Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la Administración Pública', en su obra, en coautoría con Muñoz, Guillermo A., Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 175).

Así las cosas, examinando la aplicación de los conceptos reseñados a esta causa, considero que cabe rechazar el agravio que, sobre el punto, sostiene la actora.

En efecto, aquí no se ha afectado la seguridad jurídica pues el contribuyente no basaba su conducta en una interpretación general brindada por la Administración, de ahí que el dictado de las res. 1201/97 y 1202/97 no importó modificar un criterio previamente adoptado, sino que, por el contrario, solo tuvo en mira aclarar una situación que podía generar algunas dudas interpretativas.

El hecho de que la actora alegue que durante años exteriorizó su obligación tributaria de la misma forma y sin recibir reproches por parte de la Administración no es relevante para adoptar otra conclusión.

V. En la búsqueda de la esencia de la protección de la confianza

Aquí trataré de explicitar lo que he entendido que puede concebirse como confianza legítima. Pero solo queda limitado el tratamiento desde la óptica del derecho administrativo. Dejo para un siguiente acápite determinar la vinculación con el derecho privado.

1. La protección de la confianza legítima, no es en sí algo que pueda considerarse nuevo en el derecho, desde que es quizás tan antigua como el ser humano porque responde a un impulso natural: la seguridad personal —incluyendo a sus bienes espirituales, afectivos y físicos, como integrantes de su personalidad— y la confianza consecuente.

Por lo tanto, nada nuevo se descubre. Lo que ocurre es que el Estado de Derecho posee la riqueza nutricia que siempre permite alumbrar nuevas formulaciones jurídicas para satisfacer las necesidades de las personas y de la comunidad.

No sorprende, entonces, que de viejos y afincados conceptos jurídicos como la *buena fe* o la *doctrina de los propios actos*, y más recientemente a partir de la seguridad jurídica, se haya conformado un principio que para algunos puede ser innecesario por considerarlo inmerso en alguno de aquellos, mientras que otros sigan utilizando la locución confianza legítima como una realidad vinculada pero escindida con perfiles propios de otras instituciones jurídicas.

El derecho, que es una justicia más humana y, por lo tanto, menos perfecta que la Justicia divina, debe tener en cuenta esa “fe” humana puesta por la persona en la corrección de lo que los poderes públicos hacen o prometen. Por lo tanto, *a esa confianza hay que resguardar y sobre ella se ha expuesto*.

La confianza legítima la he concebido como un principio general del derecho, porque está situada entre los *valores* —que contemplan los criterios orientadores para la conducta, sin contener, por lo general, una respuesta concreta al caso— y la *realidad*, sea la del caso o la normológica (de estar previsto en la norma positiva). Es decir, es la *aplicación del valor a través del principio*.

No se confunde con la *seguridad jurídica*, porque, en primer lugar, esta, por su generalidad, es un *valor* y tiene un alcance mucho mayor, ya que abarca desde el aparato estatal hasta el resto del cuerpo social, incluyendo, lógicamente, a quien sostiene una confianza legítima, que es solo la seguridad jurídica desde el exclusivo ángulo de visión de la persona frente al Estado. Y ello la constituye en una derivación de la seguridad jurídica. En otros términos, *la protección de la confianza legítima es una seguridad jurídica especificada*.

En su faz subjetiva aparece como una de las manifestaciones del *derecho subjetivo*. Lo que puede rotularse como un *derecho en expectativa*, que no tendría en principio amparo legal, y estaría sujeto a los vaivenes de los cambios, se eleva, cuando concurren los requisitos jurídicos, a la condición de derecho subjetivo del administrado a exigir un comportamiento determinado del Estado.

Con el *principio general de la buena fe* —otro componente de su faz subjetiva— tiene también vinculación, pero no se confunde, porque la

buena fe actúa como el componente subjetivo —y principal— para que se configure la situación de confianza protegible.

Es sumamente importante señalar, a los efectos del presente estudio, la relación que tiene con la *doctrina de los actos propios* se distingue *en cuanto estos se dan en el marco de una relación jurídica especificada y no general*, como es la del particular con el Estado. Ciertamente la confianza puede surgir en el marco de una relación particular. Entonces habrá que distinguir si resulta aplicable la primera doctrina o la protección de la confianza, que puede darse fuera del marco (y es lo que generalmente ocurre) de una relación jurídica determinada. Además, la protección de la confianza *alcanza aun a los comportamientos ilegales de la Administración*, mientras que la doctrina de los actos propios *no puede oponerse a un comportamiento ilegal generador de confianza*.

Aunque en varios precedentes, se invocó la confianza legítima, ella fue confundida con la *protección de los derechos adquiridos*, olvidándose que este último instituto jurídico ostenta un claro y definido perfil en nuestro ordenamiento, en punto a asignar un amparo particular a las situaciones que están consolidadas en el patrimonio jurídico de las personas.

La confianza legítima es de *interpretación estricta*, porque no cualquier situación fáctica o normativa puede dar lugar a su configuración en la faz subjetiva. Para ello será necesario:

1º que se compruebe, en primer término, la existencia de una situación subjetiva de confianza; ello es, que exista la buena fe de quien la invoca;

2º que, aunque haya actuado de buena fe, lo haya hecho en forma prudente o, en otros términos, como un buen padre de familia, o un comerciante diligente, o como una persona adulta consciente y previsora; y, en relación con este recaudo,

3º que el hecho generador haya sido idóneo para producirla.

En estos términos se configurará la situación jurídica de confianza legítima, que importa un derecho subjetivo para el administrado, y que habilita jurídicamente para peticionar su reconocimiento y amparo.

El sustento normativo se puede encontrar en la Constitución Nacional a partir de la cláusula del Preámbulo que señala el fin de “afianzar la justicia”, en los arts. 14 y 17, en cuando garantizan el uso y disposición de la propiedad, en el art. 16, cuando se quiebra el principio de igualdad,

como igualmente en el art. 18, cuando se trata del ejercicio del derecho a ser oído.

En su faz práctica, el alcance de la protección de la confianza en relación con la *anulación* de los actos administrativos se limita a los efectos de la extinción del acto nulo respecto de quien se comprueba la existencia de una posición de confianza legítima. En tal caso, salvo que mediere un preeminente interés público, el efecto será *ex nunc*.

Cuando se trata de la *revocación* de actos administrativos, la extinción solo podrá ser *ex nunc* también, puesto que en caso contrario se estarían afectando los derechos adquiridos, que, como señalé, tienen un perfil propio y bien definido en nuestro ordenamiento. La protección de la confianza jugaría en relación con la revocación para el futuro de la situación consolidada anteriormente, porque sería necesaria la evaluación de los intereses en juego.

La confianza legítima tiene particular relevancia respecto de los *precedentes y comportamientos administrativos* que la han generado. El mantenimiento de esos comportamientos será obligatorio en tanto sean legítimos. No lo serán si carecen de idoneidad para producir la confianza en quien la invoca, o existieran motivos particularmente importantes y graves para su modificación, pese a estar acreditada la confianza y la idoneidad del comportamiento para generarla.

Los *cambios normativos* ofrecen los mayores puntos de fricción, porque contienen dos componentes. El primero es la permanencia del *status* adquirido por el afectado, que quiere que no sea modificado por el cambio normativo. El otro es el *reconocimiento del derecho a una indemnización* en caso de que la permanencia en la situación adquirida no pueda producirse (o que de permanecer significara un quebrantamiento del principio de igualdad).

En cuanto al primero, nada impide el cambio normativo; mas ello no significa la posibilidad de control por parte del juez, si pese a la necesidad del cambio puede existir un particular interés en que la situación del afectado permanezca inalterada, en atención a la protección de la confianza que en este caso podría jugar juntamente con la protección de los derechos adquiridos.

Respecto del segundo, la pérdida de un derecho con efectos *ex nunc* solo podrá ser indemnizada en la medida que reúna los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad estatal.

En definitiva, la protección de la confianza legítima es un principio que abreva en las fuentes tradicionales del derecho para dar respuesta, en una nueva configuración, a las necesidades de los particulares en su relación con el Estado. No es un principio que funcione siempre en forma autónoma, en la medida en que otros principios y valores pueden perfectamente conjugar con él —entre ellos el de legalidad, porque la confianza legítima solo se da en el marco de la legalidad—, pero cuyo empleo es subsidiario, o en extremo subsidiario.

Ello es: solo podrá aplicarse cuando otras instituciones jurídicas no puedan ser el remedio para la solución del caso. *Es la última reserva, que debe ser utilizada con mucha prudencia.* Por ello, considero que la protección de la confianza aparece en el contexto del desarrollo jurídico como una *manifestación de la equidad*, en punto a morigerar las consecuencias perniciosas sobre los administrados de decisiones y comportamientos estatales que les ocasionan perjuicios insostenibles sin dolo, culpa o negligencia de su parte. La nueva forma jurídica que alumbra la aplicación de la equidad para estos casos es lo que denominamos protección de la confianza legítima.

VI. Las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo en relación con la protección de la confianza

En este estado cabe preguntarse qué grado de influencia puede tener esta recepción normativa de la protección de la confianza en el derecho administrativo.

Me atrevo a decir que ninguna. Más bien diría que mucho antes que se consagrara en el derecho civil, ya estaba en el derecho administrativo.

Es más, creo que en este último se le dio la fisonomía propia y especificada a la relación Estado-administrado. Lo que ocurre es que hace rato la persona del administrado tiene más presencia en el quehacer estatal. No son solo los políticos los que en un estado democrático, o, mejor, republicano, tienen la iniciativa y el ciudadano es un convidado de piedra. Veamos para ello los recientes pronunciamientos de la Corte en “Giustiniani” (75) y en “Stolbizer” (76).

(75) Fallos 338:1258 (2015).

(76) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 10/11/2015, publicada, junto con “Giustiniani”, en EDA 2015-344, con mi comentario: “Dos sentencias sobre el acceso a la información pública”.

Pero a mi modo de ver puede tener cierta influencia expansiva. Me explico: en primer lugar, la forma en que está incluida la institución en el Cód. Civ. y Com. se refiere más bien a una relación entre particulares en el marco de una relación contractual. No parece ser extensible a la relación Estado-administrado.

La protección de la confianza en el derecho administrativo es, como se vio, más amplia puesto que se refiere a una relación muy particular, y puede llegar a tener incidencia aún en supuestos que podrían considerarse ilícitos, pero en beneficio de quien actuó de buena fe, con confianza legítima.

Puede aquí aparecer la tentación de recurrir a la aplicación del derecho civil como derecho supletorio o fuente originaria del derecho administrativo. Mas hace rato que ello fue dejado de lado, puesto que distinguidos autores como Meilán Gil y Vergara Blanco han reconocido que el derecho administrativo tiene mérito con prosapia y principios propios como para que no se considere al derecho civil como su derecho común, sino antes bien, que hay principios jurídicos que hay ingresado al acervo del derecho y que no son propios o exclusivos del derecho civil (77).

En todo caso, podría decirse que se puede aplicar *analógicamente* dicho precepto y su contenido, en la medida que se lo entienda con dicho criterio jurídicamente ecuménico, puesto que, en definitiva, el derecho es uno. No está de más recordar que en el derecho administrativo reiteradamente se han aplicado en forma analógica los preceptos no solo del Cód. Civil (78), sino también del Cód. Com. (79).

Mas debe quedar claro que no aplicamos la protección de la confianza porque está consagrada normativamente, aunque apliquemos el art. 1067 en forma analógica, sino, antes bien, lo aplicamos en el derecho administrativo porque existe en él desde hace más de medio siglo, y porque fue el que le dio forma a una nueva institución jurídica, ya existente

(77) MEILÁN GIL, José A., "La construcción de categorías en el derecho administrativo", en su obra, *Categorías jurídicas en el derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, ps. 17 y ss. Ver también la monografía de VERGARA BLANCO, Alejandro, *El derecho administrativo como sistema autónomo*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, *passim*.

(78) Como ocurrió en el caso "Los Lagos", Fallos 190:142 (1941), en que se recurrió al Cód. Civil para determinar los alcances de la nulidad del acto administrativo. Ver: CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, 11ª ed., Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 202-204.

(79) Caso "Cooperamet", Fallos 263:510 (1965), donde aplicó el art. 218, inc. 4º, del entonces Cód. Com. para interpretar la conducta de las partes.

in nuce en el ordenamiento jurídico, en una forma aún desconocida hasta que, cuanto menos, la jurisprudencia alemana le dio alumbramiento.

Podría decirse que es precisamente el derecho administrativo el que puede servir al derecho civil para explicar lo que es la protección de la confianza. Adviértase al respecto que los comentaristas civilistas más se ciñeron a explicar la doctrina de los actos propios dentro de la cual incluyeron en forma confusa la protección de la confianza, sin explicarla o distinguirla.

Para concluir solo diré una frase de Esser “Las instituciones no son logros perdurables del descubrimiento dogmático de un principio, sino que este designa solo un determinado estado del conocimiento del problema y de su tratamiento pragmático” (80).

(80) ESSER, Joseph, *Principio...*, cit., ps. 315-316.

¿NOMINALISMO O VALORISMO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL?

(UNA CUESTIÓN CENTRAL
DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS)

POR ESTELA B. SACRISTÁN (1)

I. Planteo

Cuando contratamos, lo hacemos con la expectativa de equivalencia en el valor de las contraprestaciones. Caso contrario, sentiríamos estar ante una injusticia, o ante una inesperada liberalidad. Para hacer frente a aquella injusticia, se suele contratar en moneda extranjera: es que contratar con precio en moneda extranjera —dólares estadounidenses, por ejemplo— evita los problemas que sufrimos, derivados de la indisciplinada emisión (que causa envilecimiento de la moneda de curso legal), seguida de los aumentos de precios y panorama inflacionario en general. Se contrata en moneda extranjera como reaseguro. Si se contrata, además, en un país en el cual está prohibida la indexación, más sentido cobra la adopción de la fórmula de “precio en moneda extranjera”, moneda que será fuerte y corresponderá a economías más o menos estables y predecibles.

Este panorama está hoy reglado en el art. 8°(2), ley 25.561, que prohíbe la indexación de deudas en los contratos públicos, y los

(1) La autora desea expresar su agradecimiento por la generosa invitación, por parte del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y en especial por parte de su director, el Dr. Juan Carlos Cassagne, a participar en esta obra.

(2) “Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos

arts. 7º(3) y 10(4), ley 23.928, que prohíbe la indexación en todos los contratos. Y estará complementado, cuando entre en vigencia, por el art. 765 del nuevo Cód. Civ. y Com., que le permitir, al deudor en una obligación en moneda extranjera, “liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”. Si se contrató en moneda de curso legal, el acreedor no percibirá ajuste por depreciación monetaria (aunque sea de público conocimiento dicha depreciación). Si se contrató en dólares estadounidenses, el deudor se liberará pagando su equivalente al cambio oficial (aunque sea de público conocimiento la brecha entre la cotización oficial y no oficial).

Ahora, en rigor, si se contrata en moneda extranjera es como reaseguro ante el riesgo de envilecimiento de la moneda de curso legal seguido de no reconocimiento del ajuste por inflación. A tal reaseguro debería poder tener acceso incluso el contratista estatal. Entonces, podemos preguntarnos si un sistema jurídico, que reconociera el ajuste por inflación, mantendría la justicia de las obligaciones y desincentivaría la contratación en moneda extranjera, neutralizando los llamativos efectos del citado art. 765.

Por ende, se impone preguntarnos acerca de la procedencia del ajuste por inflación en nuestro país, en el contexto normativo descrito, es decir, el de prohibición de indexación (precios contratados en moneda de

entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. Los precios y tarifas resultantes de dichas cláusulas, quedan establecidos en pesos a la relación de cambio un peso (\$ 1) = un dólar estadounidense (U\$S 1)”

(3) “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto”.

(4) “Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”.

curso legal) y de liberación mediante cotización al cambio oficial (precios contratados en moneda extranjera).

Esa procedencia del ajuste por inflación ha venido manifestándose en los últimos años. Es, por ello, que, luego de una ubicación de la temática dentro del texto de la Constitución nacional, y algunas aclaraciones terminológicas (sección 2), repasaremos la experiencia argentina ante el fenómeno inflacionario (sección 3) indicando las manifestaciones normativas o jurisprudenciales que van avalando la procedencia de la indexación de deudas (sección 4). Ello echará luz en la cuestión de cómo la tesis nominalista no posee el predicamento que creeríamos que posee, al menos en el plano normativo.

II. Inserción constitucional. Cuestiones terminológicas

La expresión “valor de la moneda” parece tener una cadencia etérea y escurridiza en lo que hace al valor, y una nota doméstica y cotidiana en lo que hace a la moneda misma. Colmada de historia argentina, esa expresión se consagró, en cuanto a su “fijación”, en la Constitución de 1853 (5); empero, en lo relativo a su “defensa”, halló su ruta hacia el texto expreso de la Constitución nacional solo en 1994. En efecto, en ese año el constituyente incorporó, como competencia del Congreso, la de *proveer lo conducente (...) a la defensa del valor de la moneda* en el art. 75, inc. 19. De esa manera, creímos alcanzar tranquilidad ciudadana: el valor o equivalencia de nuestros pesos iba a ser objeto de especial resguardo ante las adversidades. El Congreso tendría tres vitales responsabilidades: regular al emisor de la moneda (6), fijar el valor de esta (7) y, además, defender ese valor (8).

En 1994, y hasta antes de la crisis del 2001/2002, el art. 75, inc. 19, podía ser razonablemente leído en el sentido de que contenía una obligación legislativa (9) o manda a fin de que el Congreso protegiera la equivalencia de un peso igual a un dólar estadounidense fijada en la ley de

(5) Constitución de 1853, art. 64, inc. 10.

(6) Art. 75, inc. 6º, CN.

(7) Art. 75, inc. 11, CN.

(8) Art. 75, inc. 19, CN.

(9) Así la denomina GELLI, María Angélica, *Constitución de la nación argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2008, 4ª ed. ampl. y act., t. II, p. 200.

convertibilidad de 1991 (10). Así las cosas, el mentado inciso se erigía en puro autocumplimiento: era casi innecesario defender un valor regulado en una ley; si la realidad era lo dado, lo existente (11), la norma parecía corresponderse con un banco central respaldando el valor de cada peso circulante (12). Incluso —aprendiendo del pasado y con la mirada puesta en el futuro—, el Constitucionalismo afirmaba que la cláusula constitucional de “defensa del valor de la moneda implica[ba] prohibir la emisión sin respaldo” (13). En esa escena, para no trasladar inflación pasada al futuro, el legislador prohibía la indexación (14).

Pero en ocasión de la mencionada crisis, desanudado el peso respecto del dólar estadounidense en virtud de la ley de emergencia (15), mas manteniéndose la prohibición de ajustes de la época de la convertibilidad (16), la manda de defensa del valor de la moneda del inc. 19 pareció ser objeto de una suerte de demolición: pasamos a necesitar mucho más que un peso para adquirir un dólar estadounidense (17). Y en forma

(10) Ley 23.928, art. 1º: “Declárase la convertibilidad del austral con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1º de abril de 1991, a una relación de [un peso] por cada dólar, para la venta, en las condiciones establecidas por la presente ley”.

(11) ANDER-EGG, Ezequiel, *Técnicas de investigación social*, Lumen, Buenos Aires, 1995, 24ª ed., p. 19.

(12) Ley 23.928, art. 4º: “En todo momento, las reservas de libre disponibilidad del Banco Central de la República Argentina en oro y divisas extranjeras, serán equivalentes a por lo menos el 100% de la base monetaria”.

(13) GELLI, María Angélica, *Constitución...*, cit., t. II, p. 200, con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 385.

(14) Ley 23.928, art. 10. Ampliar en RAPOPORT, Mario, *Historia económica, política y social de la Argentina (1880-2003)*, Ariel, Buenos Aires, 2006, p. 792.

(15) Ley 25.561, art. 3º: “Deróganse los art. 1º (...) de la ley 23.928 con las modificaciones incorporadas por la ley 25.445”.

(16) Art. 4º: “Modifícase el texto de los arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 10 de la ley 23.928 y su modificadorio, que quedarán redactados del siguiente modo: ‘...Art. 10.— Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar”.

(17) Según LOWENFELD, Andreas F., *International Economic law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 2nd ed., ps. 726 y 728, se pasó de dos pesos para adquirir un dólar

concomitante, los precios de los bienes y servicios —excluyendo los congelados por la ley de emergencia (18)— comenzaron a elevarse en un *continuum* que no cesa, en franca agresión a los derechos de *propiedad* del art. 17, CN.

Dos fuerzas, entonces, se instalaron entre nosotros, pareciendo condicionar una a la otra (19): por un lado, la decisión oficial —con rasgos de justicia distributiva— de defender hoy el valor de la moneda vedando todo ajuste o indexación pues permitirlo produciría —entre otros efectos futuros— la malhadada inflación que todos conocemos; y, por el otro, la batalla de los acreedores —en las relaciones conmutativas— por la protección de sus actuales erosionados créditos, de su ahora deteriorada propiedad. Así, se enfrentaron dos fuerzas con un elemento decisivo entre medio: el índice, la indexación. ¿Triunfaría la defensa del valor de la moneda, a costa de la realidad, o los derechos de propiedad?

Es el fenómeno descripto —con sus facetas jurídicas, económicas y éticas, prácticamente universales y atemporales—, el que me lleva a repasar, siquiera brevemente, algunos conceptos vinculados al mismo, tales como los de depreciación, inflación, nominalismo, indexación, entre otros (sección 2), para luego indagar en la experiencia argentina en la materia, haciendo hincapié en lo relativo a la veda de ajuste y en punto a la determinación del índice mismo (sección 3), pues es en ese campo que parecerían haber cruzado espadas las dos tendencias aludidas. Finalmente, esbozo una reflexión finales (sección 4).

Cuando se habla de fenómenos como los del planteo, suelen aparecer pluralidad de expresiones —de *pedigree* económico más que jurídico— que vale la pena, siquiera sucintamente, repasar; así, conviene rever las nociones de depreciación, apreciación, devaluación y revaluación; inflación; nominalismo y valorismo; estabilización, índices e indexación; entre otros términos específicos.

en diciembre de 2001, a dos pesos al mismo fin en marzo de 2002; y a más de cuatro pesos posteriormente, lo cual es de público conocimiento.

(18) V.gr., los servicios públicos, con tarifas congeladas en virtud del art. 8° de la ley 25.561, con licenciatarias y concesionarias que todavía no han logrado obtener el cuadro tarifario nuevo a aplicar como fruto de la renegociación: ver http://www.uniren.gov.ar/sintesis_de_gestion.pdf, al 4/9/2011, p. 2, “acuerdos resueltos ratificados por el Poder Ejecutivo nacional mediante decreto”.

(19) Sobre cómo la justicia distributiva puede condicionar la justicia conmutativa ver GUIBOURG, Ricardo A., “Mercado entre dos justicias”, en su *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2002, ps. 115-119, esp. p. 118.

II.1. Depreciación. Apreciación. Devaluación. Revaluación

En el campo de los tipos de cambio, cuando disminuye el valor de la moneda de un país en relación con el de otra, se dice que la moneda nacional sufre una depreciación, mientras que la extranjera sufre una apreciación (20). Esa depreciación difiere de la devaluación o desvalorización. Esta tiene lugar cuando desciende el tipo de cambio, respecto de una moneda o canasta de monedas, fijado por el gobierno de un país; en cambio, si asciende, se opera una revaluación (21). La depreciación (y apreciación) será un fenómeno económico consistente en la pérdida (o adquisición) de poder de compra en el mercado, al tiempo que la devaluación (y la revaluación) se originará en actos legislativos (22).

Ya en el plano doméstico, se obtendrá el resultado depreciación aumentando la cantidad de moneda circulante. En esa escena, la depreciación resultante favorecerá a los deudores a expensas de los acreedores, y esa depreciación alentará las exportaciones y tornará difíciles las importaciones (23).

II.2. Inflación

Resulta arduo arribar a un concepto unívoco de inflación; ello pues para algunos autores es un efecto, al tiempo que para otros, es una causa.

Adoptando la primera de las interpretaciones señaladas, se enseña que el signo monetario aumenta en valor, o se desprecia o desvaloriza

(20) SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía*, trads. Esther Rabasco - Luis Toharia, 16ª ed., Mc Graw-Hill, Madrid, 1999, p. 664; en similar sentido, MANN, F. A., *The Legal Aspect of Money*, 5th ed., Clarendon Press, Londres, 1992, ps. 98-99.

(21) SAMUELSON, Paul A. - NORDHAUS, William D., *Economía...*, cit., ps. 664-665; MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 60.

(22) NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law. National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, The Foundation Press, Inc., Brooklyn, 1950, ps. 171-172, donde brinda el ejemplo de la devaluación del 31/1/1934, que puso fin a la depreciación que había comenzado con la proclama presidencial nro. 2039, del 6/3/1933, prohibiendo exportaciones de oro y plata, y transacciones con el exterior, seguida de la resolución conjunta de ambas cámaras del Congreso suspendiendo el patrón oro y abrogando la cláusula oro del 5/6/1933, registrada como H.J. Res. 192, 73rd Cong., 1st Sess. En igual sentido, BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias*, 3ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 3, p. 90, y sus citas.

(23) VON MISES, Ludwig, *The Theory of Money and Credit*, trad. H. E. Batson, Liberty Fund, Indianápolis, 1980, p. 251.

según la cantidad de circulante y de depósitos bancarios que haya, en comparación con el volumen de los bienes existentes: si el dinero crece en cantidad más rápidamente que el conjunto de bienes y servicios, los precios suben, o, en otros términos, la moneda se deprecia; el resultado es la inflación (24). De este modo, la inflación será el efecto de esa sobreoferta en relación con los bienes y servicios.

Siguiendo en esa postura interpretativa, considerando a la moneda una mercancía sujeta a las fluctuaciones de la oferta y la demanda (25), los partidarios del *monetarismo* o *quantity theory* dirán que un aumento en la oferta monetaria conducirá a la inflación; pero, con rasgos de abandono de esa interpretación, los *keynesianos* dirán que ello solo en el supuesto de pleno empleo (26), además de admitirse la posibilidad macroeconómica de una inflación deliberada, planificada y no resistida para predecir el nivel de precios con certeza (27).

Sin necesidad de calificar a la inflación como causa o efecto, cierta doctrina económica definió al *inflacionismo* como aquella política monetaria que apunta a aumentar la cantidad de moneda sin sospechar que así disminuirá el poder adquisitivo de la misma, así como a la que favorece a los deudores a expensas de los acreedores alentando las importaciones y dificultando las exportaciones, así como a la que establece una inflación condicional como suerte de impuesto aconsejable en ciertas circunstancias, sobre todo cuando ya no se pueden elevar más la carga fiscal o el Estado no logra colocar deuda (28).

(24) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho civil. obligaciones*, act. de Patricio Raffo Benegas, 4ª ed., Emilio Perrot, Buenos Aires, 1994, t. II-A, p. 188. En similar sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. 139: "Y es este, el valor de cambio o poder adquisitivo, el que la inflación deprecia o agota, haciendo que cada día que pasa se puedan adquirir menos bienes o servicios con la misma cantidad nominal de dinero".

(25) Así la considera BRANA, Sophie - CAZALS, Michel, *La monnaie*, 2ª ed., Dunod, Paris, 2006, p. 21. En igual sentido, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed. aum., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 662.

(26) BAILEY, Stephen J., *Public Sector Economics. Theory, Policy and Practice*, 2ª ed., Palgrave, Londres, 2002, ps. 90 y 94; GOUX, Jean-François, *Inflation, Désinflation, Déflation*, Dunod, Paris, 1998, ps. 52-53 y 82.

(27) VICKREY, William, "The Optimum Trend of Prices", en ARNOTT, Richard - ARROW, Kenneth - ATKINSON, Anthony B. - DRÈZE, Jacques H. (eds.), *Public Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, ps. 398-409, esp. p. 409. Cfr. VON MISES, Ludwig, *The Theory...*, cit., ps. 252-255, donde critica toda forma de inflación, enfatizando que es un error pensar que la depreciación de la moneda estimula la producción.

(28) VON MISES, *The Theory...*, cit., ps. 251-253.

El fenómeno apasiona a pluralidad de disciplinas. Se ha afirmado que cualquier consideración ética de la cuestión determinará la injusticia (29) intrínseca de la inflación cuando el significado económico actual de una suma de dinero diste del que originariamente había tenido. El Derecho político rechaza la función política de la inflación, v.gr., la de aquella política antidemocrática por medio de la cual se engaña a la opinión pública para la supervivencia de un sistema de gobierno que nunca podría obtener el consentimiento de la ciudadanía si a esta se le hicieran saber las verdaderas circunstancias reinantes (30). Y el Derecho constitucional verá siempre agraviada la justicia conmutativa cuando “procesos inflacionarios intensos y extendidos distorsionen el valor nominal de la moneda” (31), amén de fallar en el sano sentido de que la defensa del valor de la moneda “implica prohibir la emisión sin respaldo” desechando eventuales políticas desarrollistas inflacionarias (32). Se percibe, así, a la inflación, como una expropiación forzosa sin indemnización, *i.e.*, como una confiscación (33).

II.3. Nominalismo, valorismo

El nominalismo —o privilegiar los términos nominales— ha sido conceptualizado como mantenimiento inalterable las sumas, independientemente de las fluctuaciones en el poder adquisitivo de la moneda, al tiempo que el valorismo —o privilegiar los términos reales— ha sido caracterizado por el mantenimiento de ese poder adquisitivo (34). La “supe-

(29) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 7ª ed. act., Emilio Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 174; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, p. 263; LLAMBÍAS, Jorge J., “¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?”, ED 63-871/886, esp. p. 876, cit. en BIDART CAMPOS, Germán J., “La indexación de las deudas dinerarias como principio constitucional”, ED 72-697/703, esp. p. 698.

(30) VON MISES, *The Theory...*, cit., p. 255.

(31) GELLI, María Angélica, *Constitución...*, cit., t. II, p. 170, y su remisión a su t. I, p. 9.

(32) GELLI, María Angélica, *Constitución...* cit., t. II, p. 200, nro. 451; DALLA VIA, Alberto R., *Derecho constitucional económico*, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., p. 578; ambos, con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995, t. VI, p. 385.

(33) GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1973, 4ª ed., p. 448; BIDART CAMPOS, Germán J., “La indexación...”, cit., p. 700.

(34) VON MISES, Ludwig, “On the Classification of Monetary Theories”, en *The Theory of Money and Credit*, trad. de H. E. Batson, Liberty Fund, Indianápolis, 1980, ps. 503-524, esp. p. 523.

ración del nominalismo” se yergue como “un imperativo de justicia” (35), siendo la justicia “el valor supremo del derecho, su meta” (36).

Una forma de consagrar el nominalismo es fijar una convertibilidad de la moneda (por ej., un peso circulante igual a un dólar estadounidense atesorado por un banco central), en un contexto de cambio fijo (donde un dólar siempre equivale a un peso), adosándola como cláusula implícita en todos los contratos, como lo hizo la Ley de Convertibilidad 23.928 en 1992, con el consiguiente resultado de inflación igual a cero e, incluso, alguna deflación en los primeros tiempos (37). Se vela por el valorismo, en cambio, atendiendo a los diversos medios que a continuación se repasan.

II.4. Estabilización. Índices. Indexación

La protección ante la pérdida de valor se sirve de cláusulas de estabilización, como, por ej., el ajuste en función del nivel general de precios, acudiéndose a índices de precios o de otra clase (38). Esos índices reflejarán los cambios en los precios de bienes y servicios. La indexación sería, así, la “revaluación de la deuda de dinero en función de los índices oficiales que, al medir las oscilaciones del costo de la vida (precios al consumidor), de los precios mayoristas, del valor de la construcción, etc., dan una pauta indirecta acerca de las variaciones experimentadas por la moneda en su poder adquisitivo” (39). Puede destacarse que tal proceso ha sido fundado en razones de justicia o equidad (40).

Un antiguo antecedente de cláusula de indexación data de 1575, y puede afirmarse que la indexación ha sido utilizada, regularmente, a partir de fines del siglo XIX, sea como cláusula de costo de vida o como escala móvil, incluíble, por ej., en convenios colectivos en lo relativo a sueldos, con efectos automáticos o de reapertura de la negociación co-

(35) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario...*, cit., p. 139.

(36) Ídem nro. 31.

(37) RAPOPORT, Mario, *Historia económica...*, cit., p. 793, donde indica una inflación de 481.7% en 1988; 5402.5% en 1989, 3.2% en 1992; -6.3 en 1998; 1.1% en 1999.

(38) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...* cit., t. II-A, p. 258 y sus citas en nro. 171; MANN, F. A., *The Legal Aspects...*, cit., p. 146.

(39) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, p. 262.

(40) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics of the Public Sector*, MacMillan, Londres, 1996, p. 162; LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II-A, ps. 262-263; BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, cit., t. I, ps. 174 y ss.

lectiva (41). Por cierto, la utilización de índices no es la única forma para obtener la protección del valor: también se han utilizado cláusulas basadas en *commodities*; así ha habido empréstitos con bonos reajustables según el precio de la avena, entre otros muchos supuestos citables (42).

Una mirada retrospectiva a la jurisprudencia estadounidense permite recoger la amplia aceptación de la indexación en la práctica (43), y lo mismo ocurre a partir de legislación de nuestro país que se ha hecho eco de la necesidad de indexación de deudas (44), sin perjuicio de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina (45). Todo ello, en el marco de la confrontación entre política antiinflacionaria y protección de los derechos de propiedad. Veamos:

III. La experiencia argentina. Replanteo

Los conceptos repasados se advierten en dinámico juego hoy, en un marco de fuerzas aparentemente divergentes, a partir de la sanción de la ley 25.561, con su prohibición de ajustes por inflación o indexaciones para no malograr el valor de la moneda, para evitar inflación futura, más al costo de soportar la erosión de los derechos de propiedad a juzgar por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que utilizamos en las transacciones más nimias. De este modo, lo que parecía justificado por la emergencia que se intentaba domeñar, con el paso de los años, parecería haber devenido puro agravio constitucional. Y se transferiría, con carácter más amplio, en el nuevo Cód. Civ. y Com.

(41) MANN, F. A., *The Legal Aspect...* cit., p. 164; NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law...*, cit., ps. 302-303.

(42) Por todos, NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law...*, cit., ps. 301-302.

(43) "Shaughnessy c. REC Centers Inc.", 361 So 2d 807 (Fla. App. 4 Dist. 9 Aug. 1978); "Enchanted World Doll Museum v. Buskohl", 398 N.W. 2d 149 (S.D. 23 Dec. 1986); "Branstad v. Branstad", 400 N.E. 2d 167, 171 (Ind. App. 5 Feb. 1980); entre otros.

(44) Así, las enumeradas en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., *Derecho monetario...*, cit., p. 177: dec.-ley 6590/1962; ley 19.144; ley 19.979; ley 21.362 y dec. 1529/1976; ley 21.391; ley 21.508; ley 21.581.

(45) Por todos, el legendario "Fernández, Juana Vieytes de c. Pcia. de Buenos Aires s/cobro ordinario de alquileres", Fallos 295:973 (1976), en el cual se hizo justicia "sin" invocarse norma positiva alguna, al igual que en "Siri", Fallos 239:459 (1957): ver, con provecho, ROSSI, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000, ps. 170-172; y la entrevista que se le realiza, reproducida en ROSSI, Abelardo F., *Algunos modos del saber humano*, El Derecho, Universitas, Buenos Aires, 2003, p. 58.

¿Cómo se concilian, entonces, la prevención de desvalorización futura de la moneda con la desvalorización operada entre enero de 2002 y el presente? ¿O es que se está ante un costo inevitable, que el Derecho no puede neutralizar?

La respuesta jurídica a la pregunta ha comenzado a perfilarse en dos series de pronunciamientos. Por un lado, pueden considerarse las decisiones sobre reajuste de haberes previsionales (46), así como las relativas a la interpretación de los alcances de la intangibilidad en la remuneración de los magistrados (47) en tanto privilegiarían los valores reales por sobre los nominales. En este movimiento se inserta la jurisprudencia que admite el denominado “ajuste por inflación” para el supuesto de impuesto a las ganancias. En este movimiento también se podría incluir aquella jurisprudencia que ha comenzado a delinear lo relativo a la determinación del “índice” que refleja los cambios en los precios de los bienes y servicios que, ulteriormente, darán sustancia a la “indexación”.

Por razones de extensión, dedico los párrafos que siguen al proceso que concluyó con la readmisión constitucional del “ajuste por inflación” en el supuesto de impuesto a las ganancias, y al que admitió la revisión

(46) Se trata de una evolución que, con posterioridad al 2002, abarca “Cura, Julio”, Fallos 325:1619 (2002); “Casella, Carolina”, Fallos 326:1431 (2003); “Domínguez, Amparo C.”, Fallos 326:1436 (2003); “Makler, Simón”, del 20/5/2003; “Tudor, Enrique J.”, Fallos 327:3251 (2004); “Spitale, Josefa E.”, Fallos 327:2731 (2004); “Sánchez, M. del Carmen”, Fallos 328:2833 (2005); “García, Ana Esther”, Fallos 328:2824 (2005); “Gemelli, Esther N.”, Fallos 328:2829 (2005); “Brochetta, Rafael A.”, Fallos 328:3975 (2005); “Redondo de Negri, Irma H.”, Fallos 328:3985 (2005); “Massani de Sese, Zulema M.”, Fallos 328:4044 (2005); “Arrues, Abraham D. S.”, Fallos 329:2146 (2006); “Lizarraga, Moisés C.”, Fallos 329:2347 (2006); “Badaro, Adolfo V.”, Fallos 329:3089 (2006); “Pellegrini, Américo”, Fallos 329:5525 (2006); “Blume, Orlando”, 13/11/2007, B.863.XXXIX; “Badaro, Adolfo V.”, Fallos 330:4866 (2007); “Cirillo, Rafael”, del 27/5/2009; “Elliff, Alberto J.”, del 11/8/2009.

(47) Pueden verse CNFed. Cont. Adm., sala III, “Otero, Luis C. c. EN - CSJN - CM s/art. 110 CN s/empleo público”, del 29/6/2007, suscripta por los Dres. María Angélica Gelli, Alberto B. Bianchi y Rafael M. González Arzac (en disidencia parcial); CNFed. Cont. Adm., sala IV, “Botto, Ernesto R. y otros c. EN - CSJN - CM s/art. 110 CN s/empleo público”, del 20/6/2008, suscripta por los Dres. Eduardo Mertehikian, Norberto Padilla y Juan V. Sola; CNFed. Cont. Adm., sala IV, “Alterini Jorge H. y otros c. EN - CSJN - CM s/art. 110 Constitución - s/empleo público”, del 12/6/2008, suscripta por los Dres. Alberto B. Bianchi, Pablo E. Perrino y Rafael M. González Arzac (en disidencia); CNFed. Cont. Adm., sala III, “Del Castillo, Miguel J. y otros c. EN - CSJN - CM s/art. 110 CN”, del 5/2/2008, suscripta por los Dres. Rafael González Arzac, Ismael Mata y Alberto B. Bianchi (en disidencia parcial). Cfr., empero, las convalidaciones de limitaciones locales a las remuneraciones de los magistrados en O.113.XLIV, “Oliva, Antenor R. y otros c. Pcia. de Córdoba s/amparo”, del 23/6/2011; M.508.XLIV, “Morales, Fernando T. y otros c. Pcia. de Córdoba s/amparo”, del 12/7/2011; entre otros.

judicial en un específico aspecto relativo al mencionado “índice”. Dada la riqueza de ambos planteos, de ellos pueden extraerse extremos acerca de los aspectos sustanciales y formales involucrados en cómo neutralizar el costo derivado de proteger el valor de la moneda a costa de los derechos de propiedad.

III.1. Tributos e inflación, una combinación gravosa

La vida de los tributos, en épocas de inflación, adquiere características particulares, según se la aprecie desde la esfera de los ingresos públicos, o desde la esfera de ciertos tributos que pagan los contribuyentes.

Desde el lado de los ingresos públicos, la sola inflación produce el denominado efecto Tanzi o efecto Tanzi-Oliveira, por el cual, cuanto más alta es la tasa de inflación, sin mediar evasión o administración recaudatoria ineficiente, menos recauda el Estado: una inflación mensual del 20% genera una caída de la recaudación, en términos reales, del 40%. Entiendo que esa caída de la recaudación genera un injusto daño a los sectores de la población que potencialmente necesitan de los servicios estatales (educación, salud, justicia, etc.). Por supuesto, si sucede lo contrario (caída de la inflación) se produce un aumento de la recaudación. Argentina conoce muy bien ambos supuestos (48).

Desde la óptica de las cuentas de los particulares, la inflación sin posibilidades de indexación afecta el aspecto fidedigno de los balances, así como la valuación de las acciones (49). En lo que hace al impuesto a las ganancias, indexar implicaría atar el mínimo no imponible, o los márgenes de las categorías, al índice de precios minoristas, a fin de reflejar los cambios en el nivel de los precios: un aumento en el índice de precios minoristas debería corresponderse con un aumento del mínimo no imponible si media apego a los términos reales (50). En lo que hace a los impuestos que gravan el patrimonio, contabilizar un aumento en el valor de los activos podría resultar ilusorio en épocas de inflación: la doctrina especializada enseña que si el nivel general de precios aumenta un 100%, el dueño de un bien que aumentó su valor un 100% no estará en situación

(48) Por ejemplo, en ocasión de la hiperinflación del invierno de 1989, conf. TANZI, Vito, *Argentina. An Economic Chronicle. How one of the richest countries in the world lost its wealth*, Jorge Pinto Books, Inc., New York, 2007, cap. III, esp. ps. 35-36; aumento de la recaudación un par de años después de la entrada en vigencia de la ley 23.928 de Convertibilidad, conf. ver RAPOPORT, Mario, *Historia económica...*, cit., ps. 795-796.

(49) MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., p. 104.

(50) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics...*, cit., p. 162.

de ventaja, pero ese aumento del 100% en el valor será gravable, salvo que se permita el ajuste mediante indexación (51). En cuanto a los impuestos que gravan el consumo, es a todas luces evidente que no es lo mismo el 21% de 100 que el 21% de 200, y en este último supuesto la carga tributaria aumenta sin cambios en la alícuota, con mayor afectación de los bolsillos de los pobres. Muestra de la receptividad hacia estos fenómenos —o admisión solapada del mismo— es, en Argentina, la movilidad en la determinación del mínimo no imponible a efectos del impuesto a las ganancias que tributan los trabajadores en relación de dependencia (52), pero la sola demora o *lag* en esa redeterminación seguiría siendo nociva, sin perjuicio de lo señalado sobre impuestos al consumo.

III.2. De Aristóteles a las trampas

No obstante la evidencia aludida, a esta altura correspondería detenerse en algunas de las críticas (53) que se habrían formulado a la indexación, v.gr., a la posibilidad de traer las sumas a términos reales. Tales críticas se fundarían en que (i) Aristóteles, en su *Ética Nicomaquea*, (V.v) habría propiciado únicamente el nominalismo; (ii) mediante la indexación, todos los riesgos se trasladan al deudor; (iii) su aplicación tiene efectos inflacionarios; (iv) los índices disponibles no carecen de arbitrariedades o trampas. Ahora:

En punto a (i), el rechazo aristotélico a todo lo que no fuera nominalismo (54) parecería haberse basado en un pasaje en el cual Aristóteles afirma: “la moneda ha venido a ser, debido a una convención voluntaria, una especie de representante de la necesidad. Por ello, lleva el nombre de moneda (*nómisma*), porque su existencia no es debida a la naturaleza, sino a la ley (*nómos*), y de nosotros depende muda su valor y ha-

(51) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics...*, cit., ps. 222 y 253.

(52) Ver www.presidencia.gov.ar, 1/4/2011: “El gobierno dispuso aumentar en un 20% el mínimo no imponible para el impuesto a las ganancias: [Se dispuso] un inmediato aumento del 20% al mínimo no imponible para el pago del impuesto a las ganancias. (...) [E]l sueldo mínimo para aportar el pago de ganancias pasó a ser de \$ 7.998 para un trabajador casado con dos hijos, y de \$ 5.782 para el trabajador soltero y, por ende, alcanzará alrededor del 10% de los trabajadores registrados”. Estas cifras eran, respectivamente, de \$3.346 y \$4.576 en 2007, conf. ley 26.287 y dec. 1127/2007.

(53) NUSSBAUM, Arthur, *Money in the Law...*, cit., ps. 306-307 y MANN, F. A., *The Legal Aspect...* cit., ps. 89 y 92.

(54) ARISTÓTELES, *Obras completas*, Omeba, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 145; ver, asimismo, MANN, F. A., *The Legal Aspect...* cit., p. 92.

cerla inútil” (55). Este pasaje es comentado por Santo Tomás en el sentido de que [d]e aquí nace que al dinero se le llame *numisma*, porque *nómos* quiere decir ley, puesto que el dinero no es medida por naturaleza, sino *nómo*, vale decir, por la ley, pues se halla en nuestra potestad mudar el dinero y hacerlo inútil” (56). Sin embargo, cierta doctrina tributaria ha señalado que, desde un punto de vista puramente etimológico, se ha vinculado al nominalismo al término *nomen*, que en latín se refiere a nombre, también denominado *onoma* en griego, etimología que desplazaría el vínculo entre nominalismo y *nómos* o ley en griego (57). Por su parte, Finnis alude a la moneda como “institución convencional”, lo cual desplazaría la traducción de *nómo* como ley para darle significado de acuerdo (58). Finalmente, habría supuestos de justicia conmutativa en términos aristotélicos, resueltos por la Corte Suprema argentina, en los cuales el nominalismo ha sido desplazado (59).

En cuanto a (ii), la no indexación ubica, en forma arbitraria, todo el costo de la depreciación en el acreedor, quien percibe menos. Ello no significa, en sentido estricto, que la no-indexación beneficie al deudor pues la depreciación, sin indexación, solo beneficia al deudor cuando la depreciación es inesperada (60): lo usual sería que el costo respectivo esté previsto en el precio (más elevado) que percibe el acreedor, o que se adopte una moneda diferente, estable (dura). La predictibilidad o impredictibilidad de la depreciación es asociable a la denominada “teoría de la intención presumida”, de cuño británico, que, de la mano de Lord Denning, ha permitido soslayar efectos nominalistas nocivos (61). La Corte Suprema argentina se ha hecho *eco* de la inclusión, en los precios contractuales, de la esperable depreciación posterior (62).

(55) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *La justicia. Comentarios al libro quinto de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946, p. 152.

(56) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *La justicia...*, cit., p. 154.

(57) BROKELIND, Cécile, “Discussion of Some Legal Issues Raised by the Introduction of the Euro”, en *CFE Working Paper Series*, Centre for European Studies at Lund University, Suecia, 1999-2004, nro. 25.

(58) FINNIS, John, *Aquinas. Moral, political and legal theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 201.

(59) ROSSI, Abelardo F., *Aproximación...*, cit. y *Algunos modos...*, cit.

(60) VON MISES, Ludwig, “On the Classification...”, cit., p. 252.

(61) *In re* “Staffordshire Area Health Authority c. South Staffordshire Waterworks Co.”, del año 1978, en LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Butterworths, Londres, 1979, p. 48.

(62) Ver A.1176.XLIII. Recurso ordinario, “Austrofueguina SA y otro c. EN - M° de Economía s/proceso de conocimiento”, del 24/11/2009, consid. 7°: “La inflación vivi-

El conocido (ii), lindante con el círculo vicioso, me lleva a considerar que los efectos de la inflación pesarían, como costo, sobre toda la sociedad pues se produce la erosión de la moneda de la cual toda la sociedad dispone, al tiempo que los efectos de la no indexación —con la finalidad de prevenir la inflación— recaerían en determinadas porciones de la sociedad. La doctrina (63) y la Corte Suprema se han detenido en esos efectos inflacionarios (64), y esta ha ido limitando subjetivamente la distribución de su costo (ver acápite III.3, *infra*) cuando media efecto confiscatorio.

Por último, lo relativo a (iv) se estudiará *infra*, en los acápites III.4 y III.5).

III.3. Jurisprudencia: ajustar para evitar la confiscación

La literatura económica coincide (65) en que el nominalismo debe ceder ante: (i) la hiperinflación o inflación galopante, si bien esta resulta difícil de diferenciar de la inflación progresiva (*creeping*); (ii) la tributación, por razones de justicia. En ambos casos habría que indexar. La experiencia jurisprudencial argentina, en torno al ajuste por inflación, ha sido coincidente. A tal fin, vale la pena repasar los antecedentes del caso “Candy” (66), fallado en 2009.

En 1978, a efectos del pago del impuesto a las ganancias, se estableció, por ley 21.894 (luego modificada luego por ley 23.260), el “ajuste por inflación”. Este ajuste se vedó en 1992 por ley 24.073, art. 39 (67), vigente

da durante largos años en el país había engendrado la práctica de contemplar en los contratos un mayor valor del precio acordado equivalente al previsible deterioro de la moneda en el próximo período”.

(63) Ver JARACH, Dino, *Finanzas públicas y derecho tributario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, 3ª ed. reimpr., ps. 502-503 y ps. 656-657.

(64) Es ilustrativo M.913.XXXIX. RHE, “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar SA”, del 20/4/2010, consids. 15 y 16.

(65) Por todos, MANN, F. A., *The Legal Aspect...*, cit., ps. 104-106.

(66) “Candy SA c. AFIP y otro s/acción de amparo”, Fallos 332:1571 (2009). Se recordará que en “Santiago Dugan Trocello SRL c. PEN - Ministerio de Economía s/amparo”, Fallos 328: 2567 (2005) se había rechazado una pretensión similar, mas por razones de hecho y prueba.

(67) “A los fines de las actualizaciones de valores previstas en la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, y en las normas de los tributos regidos por la misma, no alcanzados por las disposiciones de la ley 23.928, las tablas e índices que a esos fines elabora la DGI para ser aplicadas a partir del 1º de abril de 1992 deberán, en todos los casos, tomar como límite máximo las variaciones operadas hasta el mes de

la Ley de Convertibilidad 23.928, que prohibía en su art. 10 todo tipo de cláusulas indexatorias (68) asegurando una inflación igual a cero y consagrando un (previsible) nominalismo. Por último, en 2002, la ley 25.561, art. 4º (69) y el dec. 214/2002, art. 5º (70), para llevar adelante el firme propósito de defender el valor de la moneda, volvieron a vedar el ajuste (ya vedado).

Así fueron lesionados los derechos de propiedad de los contribuyentes de ese impuesto pues tuvieron que pasar a tributar sobre una renta “nominal” o ficticia, mas no “real” o indexada, con riesgo de confiscatoriedad. Una prohibición legislativa inocua, viable e innecesaria a la vez (71) en épocas de convertibilidad, pasó a convertirse en un tormento jurídico-contable en épocas de emergencia declarada, creando un apartamiento de la realidad económica lindante con la arbitrariedad (72). Se imponía, entonces, la aplicación de la jurisprudencia que: (i) permite in-

marzo de 1992, inclusive. En idéntico sentido se procederá respecto de las actualizaciones previstas en el Código Aduanero (...):

(68) El art. 10, en su versión original, decía: “Deróganse, con efecto a partir del 1º del mes de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional —inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de Australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1º de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del Austral”.

(69) Ver. n. 12, *supra*.

(70) Art. 5º: “Lo dispuesto en el artículo precedente, no deroga lo establecido por los arts. 7º y 10º de la ley 23.928 en la redacción establecida por el art. 4º de la ley 25.561. Las obligaciones de cualquier naturaleza u origen que se generen con posterioridad a la sanción de la ley 25.561, no podrán contener ni ser alcanzadas por cláusulas de ajuste”.

(71) La adecuada adjetivación es de DIEZ, Humberto, “Período 1898-1999”, en DÍAZ, Vicente O. - GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., *Historia de la tributación argentina (1810-2010). Homenaje de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, a la Patria en su Bicentenario*, Errepar, Buenos Aires, 2010, ps. 953-999, esp. p. 962.

(72) BIANCHI, Alberto B., “El apartamiento notorio de la realidad económica como causa de arbitrariedad en las sentencias”, ED 116-772; “Rodríguez Moreno c. MCBA”, Fallos 295:65 (1976); “MCBA c. Ratto”, Fallos 296:500 (1976); “MCBA c. Consorcio Lima 1686”, Fallos 296:546 (1976); “Marfil SA c. Machuca Guerra”, Fallos 296:767 (1976); “Gobierno Nacional c. Mendoza, Severo”, Fallos 298:558 (1977); “Montenegro c. Empresa Expreso Ciudad de Posadas”, Fallos 300:903 (1978); “Villarino c. Paulino”, Fallos 303:2010 (1981); “Arrufat c. MCBA”, Fallos 304:717 (1982); entre otros.

dexar en épocas de marcada inflación (73), así como la de aquella práctica jurisprudencial que (ii) fija límites constitucionales a la presión fiscal (74), (iii) permite evaluar inconstitucionalidades sobrevinientes (75), (iv) fija bases éticas para recaudar (76), y (v) exige el deber de lealtad por parte de la Administración (77) cuando la primera lealtad debe ser hacia la realidad, hacia los términos reales.

“Candy” (78), fallado por la Corte Suprema, se hizo eco —con justicia, y dentro del principio de relatividad de los efectos de las sentencias— de todo ese bagaje jurisprudencial. De tal modo, avaló la presentación de balances ajustados por inflación para el pago del impuesto a las ganancias con fundamentos en que las políticas fiscales no podían provocar un efecto confiscatorio sobre el derecho de propiedad del contribuyente. En el caso, la confiscación iba a estar representada por el pago de una alícuota del 55% o del 62% según los diversos cálculos, y ello superaba el 33% admitido en los precedentes. Por ello, se convalidó el ajuste por inflación del balance contable correspondiente al año 2002 —año marcado por una fuerte inflación— (79), con elevados índi-

(73) “Provincia de Santa Fe c. Nicchi”, Fallos 268:112 (1967); “Nación Argentina c. Chacofi SACIFI”, Fallos 285:89 (1973); “Fernández, Juana Vieytes de c. Pcia. de Buenos Aires s/cobro ordinario de alquileres”, Fallos 295:973 (1976); “Valdez c. Nación Argentina”, Fallos 295:937 (1976); entre muchos otros. Ver, asimismo, n. 55.

(74) “Gobierno de Italia c. Consejo Nacional de Educación”, Fallos 190:159 (1941); “Horvath c. Fisco Nacional”, Fallos 318:676 (1995).

(75) “Valdéz c. Cintioni”, Fallos 301:319, esp. p. 325 (1979); “Vega c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde”, Fallos 316:3104 (1993); “Carvalho c. Fadete SA”, Fallos 317:756 (1994); “Chocobar c. Caja Nacional de Previsión”, Fallos 319:3241 (1996), esp. p. 3287; “Ricci c. Autolatina Argentina SA”, Fallos 321:1058 (1998).

(76) Ver dictamen de la Procuración General de la Nación en “Repartidores de Kerosene e YPF de Córdoba c. Fisco Nacional”, Fallos 306: 1970 (1984), esp. p. 1975; “La Biznaga SA c. DGI”, Fallos 310:714 (1987), esp. p. 718.

(77) “Ocampo, Manuel c. Administración de Rentas del Rosario”, Fallos 10: 203 (1871).

(78) Ver n. 62.

(79) En el consid. 13 aparecen los hechos relevantes: “[E]n el caso, el Tribunal tiene especialmente en consideración que se trata de un ejercicio —el correspondiente al año 2002— signado por un grave estado de perturbación económica, social y política que dio lugar a una de las crisis más graves de la historia contemporánea de nuestro país (...). Esta situación trajo aparejado importantes cambios económicos que se tradujeron, entre otros aspectos, en el abandono de la ley de convertibilidad y la consecuente variación en el poder adquisitivo de la moneda. Asimismo, la crisis se vio reflejada en los índices de precios, tanto a nivel mayorista como a consumidor final, cuyos porcentajes acumulados en ese año ascendieron a un 117,96% y 40,9%, respec-

ces (80). “Candy” es el *leading case* (81), pero es inaplicable cuando la única prueba pericial es la generada unilateralmente por la actora (82).

tivamente (cfr. cifras oficiales publicadas por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos).⁷

(80) Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Período 2007/2010*, suplemento especial, La Ley, Buenos Aires, febrero 2011, p. 57.

(81) A.587.XLII, 27/4/2010, “Alica SA c. AFIP y otro s/acción de amparo”; F.386.XLII, 27/4/2010, “Flexiprin SA c. AFIP y otro s/acción de amparo”; A.2018.XLII, 4/5/2010, “Álvarez, Guillermo A. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza”; A.237.XLIII, 4/5/2010, “Anselmino, Jorge O. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza”; A.260.XLIV, 4/5/2010, “Auda SRL c. AFIP DGI s/ordinario”; A.511.XLV, 4/5/2010, “Álvarez, Silvia O. c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza”; A.1894.XLII, 4/5/2010, “Álvarez, Horacio A. c. AFIP s/acción declarativa de certeza”; B.596.XLIV, 4/5/2010, “Banco de Santa Cruz c. EN y otros s/acción declarativa”; C.45.XLV, 4/5/2010, “Christensen Roder Argentina SA c. EN - Mº Economía AFIP ley 24073 - dec. 214/02 s/proceso de conocimiento”; C.53.XLV, 4/5/2010, “Carvalán Goñi, Carlos c. AFIP/DGI s/inconstitucionalidad”; C.107.XLV, 4/5/2010, “Callaba, Pedro A. c. AFIP-DGI s/ordinario”; E.96.XLIII, 4/5/2010, “Emec SRL c. AFIP - DGI s/ordinario”; F.307.XLIV, 4/5/2010, “Fluodinámica SA c. AFIP - DGI s/acción declarativa de certeza”; F.320.XLV, 4/5/2010, “Favra SAIC c. EN - AFIP - DGI s/Dirección Nacional Impositiva”; L.49.XLV, 4/5/2010, “López, Gustavo c. AFIP (DGI) s/ordinario”; M.81.XLV, 4/5/2010, “Martín, Julio Manuel c. Estado Nacional Argentino y AFIP s/acción declarativa de certeza”; O.507.XLII, 4/5/2010, “Oliva, Alfredo c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza”; P.115.XLV, 4/5/2010, “Petiti Automotores SA c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza”; R.212.XLIII, 4/5/2010, “Ribota, María Olga c. Estado Nacional Argentino - AFIP s/acción declarativa de certeza”; S.30.XLV, 4/5/2010, “Sejas y Fernández Sociedad de Hecho c. EN - AFIP - DGI - Ley 24.073 s/proceso de conocimiento”; S.62.XLV, 4/5/2010, “Sucesores de Arturo Enrique García c. Estado Nacional Argentino y AFIP s/acción declarativa de certeza”; S.593.XLIV, 4/5/2010, “Sánchez, Sociedad de Hecho c. AFIP s/acción mere declarativa - medida cautelar”; S.754.XLIV, 4/5/2010, “SADESA SA c. Estado Nacional - AFIP - DGI s/acción meramente declarativa”; S.1766.XLII, 4/5/2010, “Sánchez, Hugo Oscar c. Estado Nacional s/amparo”; U.117.XLII, 4/5/2010, “Untermann, Omar C. c. EN - AFIP s/acción declarativa de certeza”; A.77.XLV, 4/5/2010, “Arrocaya SA c. AFIP - DGI s/ordinario”; entre muchos otros.

(82) B.446.XLIII, 19/5/2010, “Bertoto y Bruera y Cía. SACyF c. Estado Nacional - AFIP - DGA s/demanda repetición”; B.361.XLIII, 19/5/2010, “Broda, Jorge y Roberto SH c. PEN s/amparo ley 16.986 y medida cautelar”; F.1261.XLII, 19/5/2010, “Forzani, Juan José c. PEN s/amparo ley 16.986 - medida cautelar”; L.759.XLII, 19/5/2010, “Lattanzi, Juan Carlos c. AFIP y/ o EN s/amparo y medida cautelar”; G.1884.XLII, 19/5/2010, “Gribaudo, Ricardo A. c. PEN s/amparo ley 16.986 - medida cautelar”; T.362.XLI, 19/5/2010, “Tecs SA c. Estado Nacional Argentino s/amparos y sumarísimos”; D.497.XLII, 1/5/2010, “Druetto, Jacinto M. L. c. PEN (Ministerio de Economía) s/amparo ley 16.986 y medida cautelar”; F.1260.XLII, 19/5/2010, “Forzani, Roberto F. c. PEN s/amparo ley 16.986 y medida cautelar”; Z.191.XLII, 10/5/2010, “Zanco, Ángel D. c. PEN - ME - AFIP s/amparo”; Z.64.XLIII, 10/5/2010, “Zurvera, Omar Amadeo c. EN (PEN) y otro s/amparo”; P.1099.XLII, 19/5/2010, “Pesce, Jorge O. c. EN (PEN) y otro

En el caso, la acción iniciada fue una acción de amparo, la legitimación procesal del *taxpayer* surge de la relación tributaria establecida, y la cuestión, justiciable, fue la confiscación a sufrir en caso de no aplicarse el ajuste por inflación (83).

El precitado “Candy” ha sido aplicado en pluralidad de casos posteriores, tales como “Distribuidora de Gas del Centro” (84), caso planteado por una licenciataria del servicio público de distribución de gas natural por redes.

III.4. Jurisprudencia: reconociendo la desvalorización

En este renglón cabe mencionar, en primer lugar, la sentencia de la Corte que ha interpretado lo relativo al monto a efectos de la interposición de recurso ordinario de apelación en las causas en las que el Estado es parte. En efecto, en “Guilford Argentina” (85), se pedía la nulidad de tres resoluciones (que denegaban entrega del certificado de crédito fiscal) con más daños y perjuicios. La Corte Suprema entendió que el “monto del agravio” no era igual al monto del crédito fiscal en juego, sino un monto inferior (inferior al mínimo legal para interponer el recurso ordinario) consistente en deuda sin cancelar o tributo no ingresado. De este modo, mediante esta interpretación, hay casos que no llegarán a ser revisados por la Corte Suprema en su instancia ordinaria por no alcan-

s/amparo”; Z.173.XLII, 19/5/2010, “Zurvera, Alvides I. c. EN (PEN) y otro s/amparo”; P.1098.XLII, 19/5/2010, “Parola, Nelzon B. c. PEN - Mrio. de Econ. s/amparo y medida cautelar”; M.449.XLIII, 10/5/2010, “Milicic SA c. EN (AFIP - DGI) s/acción mere declarativa”; R.1384.XLII, 19/5/2010, “Rubinzal y Asocs. c. PEN s/amparo ley 16.986 y medida cautelar”; W.60.XLII, 10/5/2010, “Weiss Oliva, Miguel A. c. PEN y/o Mtrio. de Economía - AFIP s/ amparo ley 16.986 y medida cautelar”; J.64.XLI, 19/5/2010, “Juan Carlos Prola y Cía. SRL c. EN y otros s/amparos y sumarísimos”; D.194.XLI, 19/5/2010, “Debortoli, Estanislao c. PEN - Ministerio de Economía y AFIP s/amparo ley 16.986 y medida cautelar”; I.27.XLIII, 19/5/2010, “Ingratta SA c. EN - M° EyOSP - AFIP - Ley 24.073 s/amparo ley 16.986”; entre muchos otros.

(83) Ambos extremos, en los casos tributarios, se entrelazan: en “Massachusetts v. Mellon”, 262 US 447 (1923), la Corte Suprema estadounidense resolvió que, para determinar la legitimación activa del contribuyente, este debía demostrar que el accionar estatal impugnado se fundaba en facultades tributarias constitucionalmente conferidas al Estado, y que, además, tal accionar era contrario a específicas limitaciones constitucionales que restringen el ejercicio de esas facultades.

(84) D.675.XLIX. RHE. “Distribuidora de Gas del Centro SA c. Estado Nacional - AFIP si acción declarativa de certeza”, fallo del 14/7/2014.

(85) CSJ 87/2014 (50-G)/CS1. R.O. “Guilford Argentina SA c. AFIP - DGI s/proceso de conocimiento”, fallo del 17/3/2015.

zarse el monto mínimo previsto. También puede interpretarse que, en virtud de la desvalorización de la moneda de curso legal, es tan elevada la cantidad de causas que arribarían hasta la Corte Suprema mediante el recurso ordinario por superar el mínimo legalmente dispuesto para ello, que se ha optado por la interpretación reseñada.

De otra parte, y como antecedente directamente aplicable al tema que nos ocupa, una valiosa sentencia de primera instancia, de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, se ha pronunciado a favor de la tesis de la indexación. Así, en “Wior” (86), se resolvió —en lo que aquí interesa— declarar la inconstitucionalidad de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928 conforme redacción de la ley 25.561 y, consiguientemente, ordenar que la referida suma sea actualizada.

Para así resolverse, se consideró, en el consid. VI, que

la actora solicita la inconstitucionalidad de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928, 4° y concordantes de la ley 25.561 y sus reglamentarias y de toda otra norma concordante que prohíba la actualización monetaria, por considerarlas violatorias de su derecho de propiedad e igualdad ante la ley en tanto benefician al deudor en detrimento del acreedor. La ley 23.928, reformada por la ley 25.561, en su art. 7° dispone (omissis). Además el art. 10 de la misma normativa prescribe: (omissis). Resulta innegable que cláusulas de este tipo en un contexto económico inflacionario producen un desfasaje en la equidad de las obligaciones dinerarias, toda vez que consagran el nominalismo prescindiendo por completo de la realidad económica donde la moneda ve disminuido su valor adquisitivo. (...) [L]a ley 23.928 fue sancionada el 27 de marzo de 1991 con el propósito de fijar la equivalencia de diez mil australes a un peso (\$1) y la convertibilidad del nuevo peso con el dólar estadounidense. En este mismo marco económico se dictó el 17 de diciembre de 1993 la ley 24.283 que estableció: “Cuando debe actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas y otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago. La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas” (art. 1°). Esta plataforma normativa trajo consigo un sinnúmero de interrogantes, por lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encargó de precisar que “...la ley de desindexación tiene por finalidad evitar la situación de inequidad y de injusticia producida por la actualización e indexación de deudas cuando las prestaciones a cumplir entre deudor y acreedor son manifiestamente desproporcionadas” (CS, Fallos 322:696, “Oros, Oscar O. c. CONET”, 27/4/1999). En el año 2002, y como consecuencia de la fuerte crisis económica, financiera y social que atravesó nuestro país en dicha época el Congreso sancionó la ley 25.561 que entre otros aspectos suprimió el régimen de convertibilidad. A la par

(86) “Wior, Beatriz c. GCBA y otros s/ daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica”, expte. 5518 / 0, sentencia del 10/11/2014.

el art. 4º modificó la ley 23.928 ratificando el principio nominalista y reglamentando la prohibición de actualizar las deudas monetarias y de indexar los precios (art. 7º); además, ratificó la restricción para indexar (art. 10). Lo reseñado despeja cualquier tipo de duda en el sentido que los arts. 7º y 10 de la Ley de Convertibilidad tuvieron como finalidad principal dejar a un lado la indexación en una época de estabilidad; ahora bien cabe examinar si en el contexto actual las citadas cláusulas legales resultan razonables. En principio, no parece de sentido común mantener vigentes normas que fueran dictadas en un contexto económico muy diverso, esto es habiendo salido de la convertibilidad y existiendo una indudable inflación estructural según las cifras que circulan en el país, a las que me referiré con posterioridad (conf. Nicolau, Noemí L., 'Las cláusulas prohibidas de indexación: un fallo de la Corte Suprema y dos cuestiones,' LL 2010-F-38). No puede soslayarse que el objeto de las presentes actuaciones es obtener una reparación por los daños que le fueron ocasionados a la actora, cuya responsabilidad tal como ha sido explicitado a lo largo de esta sentencia es atribuible al GCBA. Mal puede considerarse este decisivo efectivo y útil, sino se le otorga una indemnización justa conceptualizada como "... aquella que intenta volver a la situación anterior al detrimento o menoscabo, recomponiendo económicamente a la víctima, de modo que quede indemne de las pérdidas patrimoniales o extra-patrimoniales padecidas" (Mosset Iturraspe, Jorge, "Inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios de origen legal respecto de los daños injustos", en Revista de Derecho de Daños, t. 2001-1, Cuantificación del daño, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 128). Así las cosas, es conducente aclarar que "la obligación de reparar los daños y perjuicios (...) es una típica obligación de valor, donde se debe un quid y no un quantum, y para esas obligaciones hay en la actualidad generalizada coincidencia sobre la posibilidad de indexarlas" (CNCiv., sala C, "Quiroga, Remedios c. Viale, Victoriano", 5/11/1976). En efecto, es conditio sine qua non de una indemnización justa su permanente actualización, ya que esta última constituye un reaseguro para garantizar la indemnidad de su patrimonio frente a un daño padecido injustamente. En sentido contrario, la prohibición de actualización monetaria implica mantener un margen de perjuicio en cabeza del damnificado, reparando el daño solo en parte o limitadamente, y en consecuencia menoscabando su derecho constitucional a la propiedad. Tal como con excelente criterio ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación la prohibición de indexar constituye una medida legislativa de carácter económico que a priori estaría exenta del control de constitucionalidad. Sin embargo, finalmente señala que es tarea de los magistrados efectuar el test de razonabilidad del art. 4º la ley 25.561, cuya inconstitucionalidad planteó la actora, cuestión que conduce necesariamente a efectuar idéntico examen respecto de los arts. 7º y 10 de la ley 23.928, modificados por aquella norma solo en lo que hace al término "australes" que fue reemplazado por el de "pesos" (conf. CS, Fallos 333:447, "Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar SA", 2010). En esta línea de pensamiento, corresponde hacer una afirmación liminar que inspirará el pronunciamiento de este Tribunal, entiendo que le asiste razón a la actora cuando sostiene que los arts. 7º y 10 de la ley 23.928 cercenan su derecho a la propiedad ergo resultan inconstitucionales. Ello por cuanto, si bien es cierto que se trata de una medida de política legislativa esto no puede llevar a los jueces a prescindir del principio de equidad en sus sentencias haciendo caer todo el "peso" de la inflación sobre la víctima del daño. En la actualidad los citados precep-

tos legales devienen irrazonables, toda vez que desconocen por completo la realidad económica imperante donde se advierte una importante pérdida del poder adquisitivo de la moneda oficial. Por consiguiente, a criterio del suscripto, el mantenimiento de la tesis nominalista no supera el test de constitucionalidad por violar derechos y garantías consagradas en la norma suprema. Así lo decido. Ahora bien, resta determinar qué índice será aplicable a los efectos de actualizar el monto de la indemnización. En este punto, es indispensable resaltar que "...el juzgador tiene amplia facultad para considerar la incidencia que distintos factores puedan tener para llegar a una actualización justa de la indemnización; no hay por qué estar sujeto a tablas rígidas ni a cálculos matemáticos estrictos. Sin embargo, en la tarea de merituación del magistrado no resultan descartables, sino que por el contrario, se presentan como elementos de insustituible valor, las estadísticas oficiales que puedan proporcionar organismos especializados como es el Instituto Nacional de Estadística y Censos (CNCiv., sala D, 'Municipalidad de la Capital c. Granada, José A,' 29/10/1976). Este es el temperamento que adoptaré, y en consecuencia ordeno que se proceda a actualizar el poder adquisitivo de la moneda deteriorado por el tiempo de acuerdo con la variación de los índices de precios mayoristas, nivel general elaborados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). Sin perjuicio de lo expuesto, no escapa a este magistrado que en el ámbito del GCBA rige el Índice de Precios al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires (IPCBA) vigente desde el 2 de junio del año 2013, que resulta aplicable atento el grado de desarrollo autónomo que ostenta la Ciudad de Buenos Aires. En virtud de lo expuesto, corresponde aplicar las estadísticas confeccionadas por el INDEC desde la fecha de interposición de la demanda, 12 de noviembre de 2003 hasta el 2 de junio del año 2013, fecha a partir de la cual deberá sujetarse al porcentaje contemplado por el IPCBA hasta su efectivo cobro. La manera en que se decide es la única alternativa posible para garantizar el principio de equidad, ya que posibilita teniendo en cuenta la realidad objetiva la corrección del valor de una variable monetaria mediante un índice oficial de precios.

He aquí, por ende, dos trascendentes precedentes que avalan la posición que favorece el ajuste por inflación. Y si bien los mismos pertenecen al mundo privado, nada costaría a su aplicación al universo de los contratos públicos.

A ellos cabe agregar la admisión, en sede judicial, de créditos, en concepto de jubilación, en la moneda extranjera de origen en que se pactaran (87).

(87) CFed. La Plata, sala I, julio de 2014, "M., M. S. c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional y otro s/amparo ley 16.986", proveniente del Juzg. Fed. 1ª Instancia nro. 3 de Lomas de Zamora, en: "M., M. S. c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional y otro s/amparo ley 16.986", proveniente del Juzg. Fed. de Primera Instancia nro. 3 de Lomas de Zamora, en: http://utsupra.com/php/index2.php?id=A00390749862&base=articulos_utsupra_02 (último acceso: 15/6/2015).

III.5. Jurisprudencia: el camino para la transparencia. La visión desde el exterior

En el movimiento que apunta al reconocimiento del ajuste por inflación también se podría incluir aquella jurisprudencia que ha comenzado a delinear lo relativo a la determinación del “índice” (88). Recordemos que el índice reflejará los cambios en los precios de los bienes y servicios que, ulteriormente, darán sustancia a la “indexación” (89). Todo ello, en un escenario que llevó al propio Departamento de Estado de los Estados Unidos a advertir la diferencia entre un índice oficial argentino del CPI (*Consumer Price Index* o Índice de Precios al Consumidor) en 2012, de 10.8% según datos oficiales, y del 25.6% según analistas privados (90).

III.6. Normativa: reconocimientos de la erosión del valor de la moneda de curso legal

Un repaso cronológico de alguna normativa posterior a la ley 25.561 —normativa de reacción, si se quiere, ante la desvalorización del peso por las emisiones graficadas en la sección I— brinda ulteriores precisiones sobre el reconocimiento de la erosión que sufre nuestra moneda. Estas normas, cabe adelantar, poseen la virtualidad de permitir ver, objetivamente, la desvalorización sufrida por nuestra moneda y, en algunos casos, de dejar ver las atenuaciones que la prohibición de reajustes de la ley 25.561 viene teniendo.

(88) Me permito remitir a nuestro “Defensa del valor de la moneda vs. derechos de propiedad (a propósito de la indexación)”, LL 2011-E-1079/1085.

(89) CNFed. Cont. Adm., sala V, 9/5/2014, causa 30936/11, “Fiel c. DNCI”, admitiendo la validez de índices privados y con apoyo en la prohibición de publicidad engañosa; CNFed. Cont. Adm., sala V, “ADC c. EN - Mrio. de Economía”, del 11/8/2009, sobre cómo elaborar un índice a efectos de bonos reajustables por CER, argumento sumado al deber de completar la información sobre el mentado índice.

(90) Informe del US Department of State - Diplomacy In Action, 2013 Investment Climate Statement - Argentina, elaborado por el Bureau of Economic and Business Affairs, febrero 2013, disponible en <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2013/204592.htm>.

Allí, textualmente, se informa: “Lack of a credible statistics agency is a point of concern. Even within Argentina, the accuracy of figures reported by the official statistics agency (INDEC) has been widely questioned, especially for the Consumer Price Index (CPI). Independent figures have become more difficult to find. The GOA has fined private and non-governmental entities that have published their own inflation statistics, making independent data less available. The IMF formally censured Argentina on February 1, 2013, because of manipulation of inflation and GDP data, a breach of obligation to the Fund under the Articles of Agreement. In 2012, official figures for the CPI were approximately 10.8 percent, while private analysts estimate that inflation was 25.6 percent”.

III.6.1. Contratos de obra pública. Variaciones de costos.

Passthrough

En el área de los contratos administrativos, recordaremos el dec. 1312/1993 —por el cual se fijó un sistema para la determinación periódica de precios en las contrataciones de obras públicas a largo plazo— hoy abrogado por el dec. 1295/2002 (91). En rigor, conviene, a efectos del presente, que nos detengamos en este último decreto delegado, de ejecución y de necesidad y urgencia, es decir, con naturaleza, en parte, de ley.

El dec. 1295/2002 dispuso, en lo principal, que “los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista” (art. 2º). Ello, cuando ciertos costos identificados en el art. 4º (precio de los materiales y de los demás bienes incorporados a la obra; costo de la mano de obra de la construcción; amortización de equipos y sus reparaciones y repuestos; todo otro elemento que resulte significativo a criterio del comitente) varíen en más del 10% respecto de los precios contractuales (o respecto de los precios ya redeterminados). Además (art. 5º), los aumentos de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales trasladables al consumidor final, serán reconocidos en el precio a pagar a los contratistas a partir del momento en que entren en vigencia las normas que los dispongan, en su probada incidencia. Las reducciones de las alícuotas impositivas, aduaneras o de cargas sociales trasladables al consumidor final, serán deducidas del precio a pagar. Por ende, el sistema es uno de disparo de costos y de *passthrough*, según de cuál costo se trate. El régimen se aplica, exclusivamente, a los contratos de obra pública de la ley 13.064.

Fundaron esta medida, entre otros argumentos, los relativos a: una reglamentación de 1993 (vigente la convertibilidad) que permitía la redeterminación anual de precios en las obras públicas de plazo superior a un año (dec. 1312/1993); la modificación del escenario económico por la ley 25.561 y el dec. 214/2002 de pesificación; la veda de indexación o actualización o variación de costos; la necesidad y conveniencia de permitir el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos en ejecución y otorgando, además, un marco de certidumbre a las licitaciones en curso y a las que se efectúen en el futuro; la reactivación del sector de la construcción; el efecto multiplicador de la construcción en la economía; las nuevas reglas económicas que difícilmente pudieron ser previstas por los contratistas de obras públicas al hacer las ofertas

(91) BO del 22/7/2002.

con anterioridad al 6 de enero de 2002; los significativos incrementos de precios en el rubro de la construcción y consecuentes desequilibrios.

El dec. 1953/2002 amplió temporalmente los efectos del dec. 1295/2002 precitado.

EL dec. 634/2003, relativo a ampliaciones de transporte de energía eléctrica en alta tensión y por distribución troncal, autorizó a la Secretaría de Energía a la redeterminación del canon o precio correspondiente a la parte faltante de ejecución de una ampliación, hasta la habilitación comercial de la misma.

Incluso por res. MIT 776/2012, se creó una Comisión de Evaluación, coordinación y seguimiento de los procesos de redeterminación de precios.

III.6.2. Conflictos interadministrativos. Monto mínimo

El dec. 1848/2002 (92) modificó un decreto de 1993, con lo que se fijó “en \$ 5.000 el monto mínimo para la procedencia de las reclamaciones pecuniarias interadministrativas” y “en \$ 50.000 el importe máximo de los reclamos cuya resolución será de competencia del Procurador del Tesoro de la Nación, monto que, una vez superado, hace que la reclamación sea decidida por el Poder Ejecutivo Nacional”. Los montos anteriores, dec. 2481/1993, eran de \$1.000 y \$50.000, respectivamente.

Se invocaron, para el aumento del monto mínimo, en este reglamento de ejecución y delegado por delegación del art. 1º de la ley 19.983, “razones de economía y racionalización de los trámites administrativos”, y que “la falta de actualidad del monto mínimo fijado para habilitar el trámite de los conflictos acarrea un dispendio de actividad administrativa que no halla justificación”. Es destacable el lenguaje adoptado, que opta por actualidad antes que actualización. Más allá de los términos, el monto elevado disminuiría —en términos absolutos— la cantidad de reclamos de esta clase de reclamos.

III.6.3. Ley 25.713(93). CER

Esta ley del 2003 reglamenta la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia estableciendo una metodología de cálculo del mentado indicador diario, para las “obligaciones que en origen hubieran

(92) BO del 17/9/2002.

(93) BO del 9/1/2003.

sido expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera”, transformadas en pesos a partir de la ley 25.561 o posteriormente.

De su texto no se infiere la exclusión expresa de los contratos administrativos. Por ende, les sería aplicable.

III.6.4. Depósitos en recursos de queja. Monto

En este subtítulo podemos considerar el art. 286 Cód. Proc. Civ. y Com., y la Acordada 2/2007 (94). Ese artículo fija el monto a depositar al interponer una queja por recurso extraordinario denegado, salvo que se cuente con el beneficio de litigar sin gastos.

Como resultado de la Acordada 77/1990 y de la Acordada 28/1991, el respectivo monto fue de Australes 10.000.000, convertidos en \$1.000 conforme dec. 2128/1991. Ese importe fue modificado en febrero del 2002, y llevado a \$ 5.000. Por ende, el aumento fue del 500%.

Se invocaron, para ello, razones de conveniencia.

III.6.5. Peajes. Transporte ferroviario. Variaciones de costos

El dec. 1409/2010 —en el marco de la respectiva renegociación bajo la ley 25.561— aprueba el cálculo de la incidencia que las variaciones de precios —operadas desde el mes de junio de 2009 hasta el mes de junio de 2010— tuvieron en los costos relacionados con la operación, mantenimiento e inversiones incluidas en el plan económico financiero, de la Concesión Acceso Norte a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la Empresa Concesionaria Autopistas del Sol SA.

En cuanto a las obras ferroviarias, la res. conj. 19/2009 y 5/2009 aprobó la nueva tipología para la redeterminación de precios de las obras ferroviarias aprobadas en el marco del dec. 1683/2005 (que sancionó el Programa de Obras, Trabajos Indispensables y Adquisición de Bienes a fin de garantizar la rehabilitación de los Servicios Interurbanos de Transporte Ferroviario de Pasajeros de largo recorrido cuyos trazados incluyen jurisdicciones provinciales, y fortalecer y desarrollar el Programa de Obras del Sistema Público de Transporte Ferroviario de Pasajeros de Superficie y Subterráneo del Área Metropolitana de Buenos Aires para las Líneas o Grupos de Líneas correspondientes a los concesionarios y/u operadores ferroviarios). Entre otros fundamentos, se invocaron los fines de

(94) BO del 7/2/2007.

“propiciar el fortalecimiento y mejoramiento de los sectores del sistema ferroviario actualmente en explotación, y [la reactivación de] distintos ramales actualmente en desuso, con el objeto de contribuir al desarrollo de este modo de transporte y a la generación de puestos de trabajo”.

III.6.6. Información sobre compras en supermercados

Bajo el régimen anterior (res. 256/1998), el límite para que los supermercados informaran al gobierno acerca de las compras era de \$250. Por res. gral. AFIP 3115/2011, el tope fue modificado, llevándose el límite de compra tipo “consumidor final” (no registrable) a \$1.000. Por ende, las compras superiores a este monto devienen informables.

La decisión se fundó en que “de la evaluación efectuada sobre los volúmenes de ventas originados en la reactivación del mercado, surge la necesidad y conveniencia de modificar el límite fijado en la citada norma [resolución general 4104 (DGI), texto sustituido por la resolución general 259], a efectos de permitir la impresión de facturas en sustitución del comprobante denominado ‘tique factura’” (95).

III.7. Una cuestión conexa: la construcción del índice

Si bien se acepta la indexación para el mantenimiento de la armonía con los términos reales, se ha afirmado que los índices disponibles pueden resultar arbitrarios o tramposos. Ello no parecería una vía tan desdeñable: del índice pueden depender reajustes a deudas de Derecho privado, así como ajuste a deudas públicas. Los bonistas que adquieren títulos indexables querrán que ese índice sea lo más fidedigno posible respecto del nivel de precios para que no se erosione su inversión, y el Estado deudor querrá que sean indexados a la menor tasa posible para no deber tanto. Al mismo tiempo, las empresas privadas, emitiendo títulos no indexables, estarán en situación de desventaja para captar capitales en comparación con el Estado emisor de títulos indexables (96), y lo mismo ocurrirá si la indexación aplicable a los títulos emitidos por esas empresas privadas no se condice con la realidad.

En Reino Unido, el *Consumer Price Index* (Índice de Precios al Consumidor), y el *Retail Price Index* (Índice de Precios Minoristas), miden los cambios en los precios de bienes y servicios adquiridos para consumo en

(95) La res. 3561/2013 —que abroga la resolución que mencionamos— y su régimen entrarán en vigencia el 1/4/2014.

(96) TROTMAN-DICKENSON, Danusia I., *Economics...*, cit., p. 287.

ese país. Los precios son registrados en forma mensual y corresponden a una “canasta”. Los recolectores de precios acuden a gran cantidad de comercios y mayoristas y registran más de 120.000 precios por mes, correspondientes a más de 650 bienes y servicios; estos precios son ponderados para asegurar que reflejen la importancia relativa de los ítems en la canasta; y la canasta y las ponderaciones son revisadas anualmente (97). Hay restricciones sobre los datos para determinar el PPI: no se publica la información atribuible a una organización en particular (98). Resulta de elevado interés democrático señalar la voluntad participativa que surge del Código de Conducta del organismo (99).

En Argentina se habrían comenzado a oír voces endilgando carácter no fidedigno a los índices que produce el INDEC, y ya vimos cuán importantes son. Dicho Instituto produce índices, que miden variaciones de precios en un determinado lapso de tiempo, y, por vía de hipótesis, sus índices podrían ser manipulados, por ej., armando sucesivas canastas integradas con productos con precios estables. Más allá de esta hipótesis, sí se ha generado un trascendente caso en relación con la disponibilidad de información sobre la metodología empleada para arribar a los índices: la causa “ADC” (100) se originó en un pedido, no oportunamente satisfecho, de “información adicional a la ya publicada en el Informe Metodológico (...), que resultara necesaria para saber cuál es la metodología utilizada para el cálculo del índice de precios al consumidor” (101) bajo el anexo VII del dec. 1172/2003.

¿Se estaba, entonces, ante índices arbitrarios o tramposos? El tribunal resolvió hacer saber, al INDEC, “que deberá incorporar al Informe

(97) Conf. www.statistics.gov.uk: se eliminan productos o servicios (p. ej., cigarrillos expendidos por máquinas; *hardboard*) y se incorporan productos otros (p. ej., suscripciones de internet, discos *blu-ray* o servicios de niñera), se unifican productos estacionales (blazers de verano, blazers de invierno), etc.; en cuanto a las ponderaciones, si el café aumenta, los usuarios pueden desplazarse masivamente hacia el consumo de té, generando un aumento en el precio de este, aspecto que debe ser considerado.

(98) Para nuestro país, ver “Moreno, Guillermo y otros s/violación de secreto”, Fallos 332: 2630 (2009).

(99) *Code of Practice for Official Statistics. Report on the Consultation and the Principles and Procedures for Assessment*, enero 2009, Londres, 2009: “Principio 6: Carga proporcionada: La carga del costo sobre los proveedores de datos no deberá ser excesiva, y debe armonizar con los beneficios que surgen del empleo de las estadísticas. Prácticas: (...) 2. En lo posible, obtener participación en encuestas estadísticas por medio del consentimiento informado y no haciendo uso de competencias legales”.

(100) CNFed. Cont. Adm., sala V, “ADC c. EN - M° de Economía - INDEC”, del 14/10/2008.

(101) Sentencia cit. n. 84.

Metodológico (...), la identificación y ponderación de cada uno de los 132 productos cuyos precios componen el 100% del índice (...), y, además las variedades tenidas en cuenta para calcular el precio de cada producto y sus respectivas ponderaciones”. Y dado el estrecho cauce de la acción incoada —enderezada solo a que el órgano judicial ordenara la entrega de información— se logró la victoria del acceso y de la publicidad de información esencial para la regularidad del proceso de determinación del índice.

III.8. *¿Es posible judicializar el índice?*

¿Podría haberse acudido al órgano judicial no buscando transparencia sino para impugnar un índice ya elaborado y publicado? Por vía de hipótesis, el acto por el cual se fija el índice semeja un acto de alcance general, que alcanza a todos los administrados ubicados por fuera de la Administración (102) y, como tal, mediando legitimación (103), sería impugnabile en sede administrativa mediante el denominado reclamo impropio, tendiente a obtener el dictado de un acto, el cual, a su vez, tiene la virtualidad de generar un “caso” (104), revisable en sede judicial. Empero, un importante déficit podría empecer a esta impugnación: dar carácter secreto a toda la información recabada en las encuestas (105) impediría la confrontación de los elementos de hecho que fundan el acto, con gravamen a la evaluación de los elementos motivación y causa del acto que aprueba el índice fijado. En la experiencia comparada tal paraguas de confidencialidad ya ha devenido una restricción en franco

(102) Por acertadas consideraciones, en lo principal fundadas en la ausencia de discriminación entre reglamentos y demás actos de alcance general en el LPA y su reglamento, se ha propiciado aunar a las categorías de “acto de alcance general” y de “reglamento” a efectos del régimen de impugnación: ver CASSAGNE, Juan Carlos, “Sobre la impugnación de los reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y en el RNLP)”, ED 131-911/918, esp. p. 912.

(103) Conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, la impugnación de actos administrativos de carácter general bajo el art. 24, inc. a), ley 19.549, se halla rodeada de “especiales recaudos” ya que se exige la presencia de “un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos”: ver “Asociación Argentina de Empresarios Mineros c. Nación”, Fallos 301: 603 (1979).

(104) Así lo propuse en “Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa)”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y proceso administrativo*, UCA, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 309-348, esp. p. 313.

(105) Ver n. 82.

retroceso ante la realidad de la *web* y el objetivo de asegurar confidencialidad pero dando a conocer los datos (106), las razones.

Bajo la legislación estadounidense, y tal vez con fundamentos en las múltiples encuestas que lo fundan, se ha rechazado la posibilidad de impugnación del índice una vez publicado, sin perjuicio de que se publiquen todas las correcciones que vayan surgiendo luego de dado a conocer (107). Una procedimiento participativo de 1996 recogió comentarios de académicos, administradoras de inversiones, intermediarios e inversores institucionales y mostró un consenso en cuanto a que el índice debe ser ampliamente reconocido, frecuentemente publicado, exacto, fácilmente obtenible, y no “revisable retroactivamente” (108).

A modo de reflexión, puede considerarse que, si bien el criterio para el tráfico de información relativa al índice contaría con todos los aportes del moderno acceso a la información, surgirían, a la luz de la experiencia foránea, serios problemas de justiciabilidad en punto a atacar el acto de aprobación del índice fijado. Sin embargo, y de cara al texto del art. 75, inc. 19, CN (109), si proteger el valor de la moneda es evitar la inflación futura, y si se percibe al índice como un probable generador de inflación, propiciar su divorcio de la realidad de los precios circundantes conduciría al contrasentido de que tendríamos que sacrificar propiedad —sumas sub-ajustadas por un índice irreal— para frenar aquel mal. Es que, a efectos de la evaluación de una política estatal —como sería la de

(106) ANDERSON, Margo - SELTZER, William, “Challenges to the Confidentiality of US Federal Statistics, 1910-1965”, en *Journal of Official Statistics*, vol. 23, nro. 1, 2007, ps. 1-34, con referencia a accesos interorgánicos e interpoderes.

(107) ABRAHAM, Katharine G. - GREENLEES, John S. - MOULTON, Brent R., “Working to Improve the Consumer Price Index”, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, nro. 1, winter 1998, ps. 27-36, esp. p. 30: “Bajo los actuales procedimientos, el CPI [índice de precios al consumidor] se revisa después de la primera publicación solo en circunstancias extraordinarias, v.gr., el descubrimiento de datos que fueron reportados o procesados de manera incorrecta. (...) El empleo del CPI en ajustes por costo de vida legislados o negociados es el elemento clave que justifica la interpretación de que el índice, una vez publicado, es definitivo (*final*). (...) [E]l hecho de que el CPI no se revise retroactivamente fue una de las principales razones para que [se] lo eligiera como índice para ajustar los bonos protegidos contra la inflación (...)”.

(108) Convocatoria cit. en ABRAHAM, Katharine G. - GREENLEES, John S. - MOULTON, Brent R., ob. loc. cit., publicada también en el *Federal Register*, 27/9/1996.

(109) Texto que ofrece cierta “vaguedad, riesgosa a la hora de abordar los problemas de justiciabilidad”, conf. LOIANNO, Adelina I., “La nueva cláusula del progreso”, en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 3, ps. 567-583, esp. p. 569.

defensa del valor de la moneda—, un filtro por el que tendría que pasar su revisión serían las garantías constitucionales, que incluyen la propiedad (110). Incluyendo los derechos de propiedad del contratista estatal.

IV. Reflexión final

El Congreso regula la emisión de la moneda, fija su valor, y defiende ese valor. Con inflación cero ello era sencillo; sin indexación en virtud de los criterios de justicia distributiva de la ley de emergencia, mas con un circulante en aumento reflejado en las alzas de precios de bienes y servicios con afectación de las relaciones conmutativas, han quedado enfrentados los derechos de propiedad, por un lado, y la defensa del valor de la moneda, por el otro.

La Justicia —dentro del relativismo de la cosa juzgada que se desprende de sus sentencias, sin perjuicio de la fuerza de las mismas como precedente— se ha expedido afectando sectores de dimensiones diversas, con efectos diversos también, según los universos subjetivos comprendidos, los períodos de inflación considerados, la información involucrada, entre otros criterios. Pero es claro el reconocimiento y, si se quiere, la preferencia judicial por el ajuste por inflación, y ello debe ser considerado a efectos de los contratos todos, públicos y privados.

Es a la luz de esta realidad jurisprudencial —que con prudencia ha comenzado a reconocer la depreciación cotidiana de nuestra moneda de curso legal— que deben ser interpretadas las obligaciones dinerarias en moneda de curso legal regladas en el art. 765 y concs. del nuevo Cód. Civ. y Com. Esa interpretación, a su vez, será extensible a los contratos públicos pues no podría concebirse una moneda —empujada hacia la tesis valorista, como vimos— para contratos privados diferentes de una moneda para los contratos públicos —sometible también a la tesis valorista—. Por ende, el predominio de la tesis valorista irradiará sus efectos sobre contratos privados y públicos por igual.

(110) MAIRAL, Héctor A., “Control judicial de las políticas públicas”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 320-334, esp. p. 326.

PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CONSTITUYENTE

POR IGNACIO M. DE LA RIVA

I. Planteamiento del tema

En el año 1993, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.309 que declaró la necesidad de introducir una reforma parcial a la Constitución Nacional.

El art. 2º de la ley referida estipuló con toda precisión los artículos del texto constitucional que podrían ser enmendados por la Asamblea Constituyente, todos ellos pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución.

Para enfatizar estos límites materiales de la labor del cuerpo constituyente, los arts. 4º, 6º y 7º de la propia ley 24.309 insistían en que:

a) la Convención Constituyente se reuniría “con el único objeto” de considerar los temas habilitados por el Congreso para su debate (1);

b) serán nulas todas las modificaciones que realizare la Convención Constituyente apartándose de la competencia trazada por el legislador al declarar la necesidad de la reforma (2); y

c) la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional (3).

(1) Art. 4º de la citada ley 24.309.

(2) Art. 6º de la ley 24.309.

(3) Art. 7º de la ley 24.309.

En el marco de esas incumbencias, el órgano constituyente introdujo varios cambios al art. 75 del texto constitucional. Dicho precepto, como se sabe, enumera las atribuciones delegadas en cabeza del Congreso de la Nación. Fue así que se incorporó como nuevo inc. 17 del referido artículo la facultad del legislador nacional de “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, y la de garantizarles —entre otras prerrogativas— “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”.

La cláusula en cuestión fue ampliamente aplaudida por los representantes de todo el arco político, por considerarla una medida de reparación histórica hacia los pueblos que poblaron el territorio argentino antes del arribo del colonizador español. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, sin embargo, su texto suscita una serie de dificultades interpretativas que serán comentadas en las páginas que siguen.

En tal sentido, adelanto que el principal propósito de este trabajo reside en poner de resalto la necesidad de conjugar el reconocimiento de la propiedad comunitaria vertido por el constituyente en favor de los pueblos originarios, con el hecho de que el dominio sobre idénticas tierras, en no pocos casos, se encontraba en manos de otras personas, dado que es incuestionable que este último derecho de propiedad goza de similar amparo constitucional en virtud de la garantía que le proporciona el art. 17 de la Ley Fundamental. Es oportuno hacer notar, a este respecto, que los límites impuestos al órgano constituyente con ocasión de la convocatoria de la asamblea reformadora obligan a interpretar que la antedicha norma constitucional no puede entenderse modificada —ni siquiera por vía implícita— a raíz de los cambios incorporados al art. 75 de la Carta Magna.

Sorprende observar que la cuestión planteada haya sido desatendida casi por completo por la doctrina en general, pese a sus innegables consecuencias prácticas y económicas para los involucrados y para el propio Estado. En particular, no puede soslayarse que la cláusula constitucional introducida puede, eventualmente, acarrear el deber del sujeto estatal de tener que hacerse cargo de reparar los daños patrimoniales padecidos por los titulares del dominio de las tierras ahora asignadas a las poblaciones indígenas, en tanto se determine que la pérdida de la propiedad por ellos padecida haya sido consecuencia directa del ejercicio legítimo del poder constituyente por parte de aquel.

Las primeras páginas de esta colaboración se dedicarán a procurar delimitar, con el grado de precisión que resulte posible, el sentido y alcance de la figura de la propiedad indígena creada por el reformador.

Una vez completada esa tarea me centraré, entonces, en examinar puntualmente el problema generado por el constituyente al introducir una cláusula que reconoce a los pueblos originarios argentinos “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” sin hacerse cargo de que, en muchísimos casos, esas mismas tierras pertenecen a otras personas, que las han adquirido legítimamente con arreglo a las normas constitucionales y legales vigentes al sancionarse la enmienda constitucional.

II. La propiedad indígena consagrada por el constituyente de 1994

II.1. La propiedad indígena: una novedad en el escenario jurídico argentino

La reforma constitucional de 1994 incorporó al ordenamiento argentino la figura de la propiedad comunitaria indígena, al reconocer en favor de las comunidades indígenas “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” (4). La norma contempla, además, la facultad del Congreso de entregar a los mismos pueblos originarios “otras (tierras) aptas y suficientes para el desarrollo humano” (5).

Semejante decisión del constituyente significó una importante novedad para nuestro derecho, en más de un sentido. Entre otras cosas, porque el carácter comunitario de la propiedad indígena se aparta notoriamente de los moldes del sistema clásico de la Argentina en materia de derechos reales, basado en la propiedad individual y exclusiva (6).

Esta dimensión colectiva de la cual el constituyente argentino ha revestido a las garantías que decidió consagrar en beneficio de los pueblos aborígenes argentinos en el plano de las tierras que ha dispuesto adjudicarles, encuentra su origen y justificación en la cultura de esas mismas comunidades. Entre los pueblos precolombinos existía una clara tendencia hacia sistemas de propiedad comunitaria, al menos en lo que concierne a los bienes inmuebles. No ha de olvidarse, a este respecto, la particular relación que ellos mantenían con la tierra, en la que veían un nexo tangible con sus ancestros y a la que asignaban un valor singular

(4) Art. 75, inc. 17, de la CN argentina.

(5) Ídem. nota anterior.

(6) Se ha destacado, a este respecto, el sentido extrapatrimonial y hasta religioso con que concibe el aborígen el vínculo con su tierra, claramente distinto del que inspira la propiedad de cuño romanista que ha inspirado al legislador civil argentino (CORNA, Pablo M. - FOSSACECA, Carlos A., “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, ED 249-792).

como factor de conexión con sus creencias espirituales (7). La configuración del derecho de propiedad indígena como un derecho de naturaleza colectiva guarda coherencia, por lo demás, con el reconocimiento por parte del propio constituyente de la necesidad de respetar la identidad cultural de los mismos pueblos originarios (8).

II.2. El sujeto titular de la propiedad indígena

De acuerdo con la cláusula constitucional aprobada, entonces, la titularidad de la propiedad indígena no recae en cabeza de los miembros de las comunidades indígenas individualmente considerados, sino que ha sido atribuida con carácter colectivo a los pueblos a los que ellos pertenecen (9). El goce de las prerrogativas emanadas de tal propiedad se ha de ejercer, por tanto, también colectivamente, a través de quienes legítimamente representen a las comunidades aludidas por el precepto constitucional.

De allí la necesidad de que las comunidades indígenas que aspiren al efectivo disfrute de los derechos constitucionales comentados deban proceder a registrarse (10), ya que de otro modo no les será posible encarar la propiedad que el texto constitucional le reconoce (11). No en vano la propia cláusula constitucional establece, de modo expreso, la necesidad de “reconocer la personería jurídica (en rigor, la personalidad) de sus comunidades”. No obstante, es menester aclarar, como con acierto lo ha hecho notar la doctrina, que tales recaudos formales no resultan constitutivos de los derechos bajo análisis ni hacen a su perfeccionamiento, sino que poseen un alcance y finalidad meramente instrumentales (12).

(7) ALTERINI, Jorge H. - CORNA, Pablo M. - VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, Educa, Buenos Aires, 2005, ps. 14-44.

(8) Cfr. el art. 75, inc. 17, de la CN, citado.

(9) Según surge de la letra misma de la disposición constitucional, los sujetos titulares de dicha propiedad son “los pueblos indígenas argentinos” (art. 75, inc. 17, de la Constitución, ya citado).

(10) El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, creado por ley 23.302, tiene a su cargo llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas.

(11) Cfr. ABREUT DE BEGHER, Liliana E., *Propiedad indígena*, La Ley, Buenos Aires, ps. 12-13; y ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., p. 148.

(12) Cfr. ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., p. 148; y ALTABE, Ricardo - BRAUNSTEIN, José - GONZÁLEZ, Jorge A., “Derechos indígenas en la Argentina (Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inc. 17 de la CN)”, ED, t. 164, año 1995, p. 1207.

Es preciso reparar, además, que la Constitución añade un adjetivo al identificar a los beneficiarios de la propiedad que reconoce: se atribuye tal propiedad a los pueblos indígenas *argentinos*. De este modo, la Asamblea constituyente ha querido hacer referencia a aquellos grupos indígenas que habitaban el territorio nacional al tiempo de la conquista, de la colonización y de la organización nacional (13), un criterio que, ciertamente, guarda plena consonancia con el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural que la misma cláusula expresa.

El aditamento apuntado permite sostener que no toda comunidad aborígen que habite nuestro territorio en la actualidad puede invocar los derechos consagrados en el precepto constitucional comentado, sino solo aquellas que cumplan con esa condición de preexistencia (14). Esta resulta, por otra parte, la única interpretación razonable, ya que de lo contrario se incrementaría el riesgo de superposición de los derechos de los distintos pueblos indígenas que hubieren habitado sucesivamente las mismas tierras.

El reconocimiento del derecho a tal propiedad en favor de un determinado pueblo con independencia de que haya invadido anteriormente los dominios de otro preexistente que ejercía sobre las tierras en cuestión una ocupación más antigua resulta, incluso, contrario al espíritu de reivindicación de los pueblos originarios que impregna la cláusula constitucional bajo análisis (15).

(13) ALTABE, Ricardo - BRAUNSTEIN, José - GONZÁLEZ, Jorge A., "Derechos indígenas..." cit., p. 1198.

(14) En contra, LUQUE, Carlos D.; "La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional", ED 2015-413.

(15) Un ejemplo de la situación descripta lo ofrece el caso del pueblo Tehuelche, que fue desplazado, más de tres siglos después de la conquista —hacia mediados del siglo XIX—, por invasiones de la comunidad Mapuche, originaria de la República de Chile. En tales circunstancias, reconocer el derecho de la población Mapuche sobre esas tierras implicaría automáticamente negar ese derecho a los pueblos Tehuelches, que fueron despojados por la fuerza por aquellos.

Lo cierto, pues, es que existe abundante consenso entre los historiadores acerca de que la comunidad Mapuche no constituye un pueblo originario de la República Argentina, sino una etnia de origen chileno, desde donde migró a la Argentina hacia mediados del siglo XIX, mucho después de la conquista española, e incluso después de la formación del Estado nacional argentino. Ver, entre muchos otros, CANALS FRAU, Salvador, *Las poblaciones indígenas de la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986, p. 534; SEGOVIA, Gonzalo - SEGOVIA, Juan F., "La protección de los indígenas", en AA.VV., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 319; NUCUZZI, Lidia R., *Identidades impuestas*, Sociedad Argentina de Antropología, Buenos Aires, 1998, p. 49; CASAMIQUELA, Rodolfo, ¿Qué pueblos indígenas poblaron la Patagonia y La Pampa?, Legislatura de Río Negro, Carmen de Patagones, 2007, p. 74; PORCEL, Roberto, *Problema Indigenista*, Eder, Buenos Aires, 2011, p. 17.

II.3. Caracterización jurídica de la propiedad indígena

Las especificidades de la figura comentada resaltadas hasta aquí ponen en evidencia que nos encontramos ante un título jurídico difícil de encasillar dentro de los moldes tradicionales del derecho local. ¿Qué tipo de derecho configura la propiedad indígena, en función de las características de las que aparece rodeada en la cláusula constitucional que la consagra? ¿Resulta una modalidad *sui generis* de dominio, que se traduce en la creación de un derecho real autónomo? ¿Pertenece a un plano totalmente distinto, que centra la relación con la cosa en una dimensión de índole espiritual, ajena por completo al concepto de dominio que impera en el derecho civil argentino? ¿Es, acaso, posible establecer algún paralelo o semejanza entre esta nueva categoría y la noción clásica de dominio público, dado el carácter inalienable de la propiedad que deriva de ambas figuras?

Si nos atenemos a la letra del texto constitucional, el principal rasgo con el que aparece caracterizada esta singular modalidad de propiedad reside, en efecto, en su carácter inalienable (16). A la par de esa nota, el precepto tipifica al derecho de propiedad indígena como intransmisible, y no susceptible de gravámenes y embargos.

Estas restricciones suponen, como podrá advertirse, la lisa y llana exclusión de las tierras otorgadas en propiedad comunitaria de toda posibilidad de tráfico negocial, circunstancia que —según ha sido subrayado por algún autor— conspiraría contra el ejercicio de las prerrogativas que emanan del derecho a la posesión que el mismo texto constitucional confiere a las comunidades indígenas (17).

En razón de las limitaciones antedichas, queda claro que la propiedad indígena no puede ser objeto de ningún negocio jurídico del cual pueda derivar la transmisión (efectiva y actual, o eventual y futura) de

(16) Con relación a las tierras en cuestión, el precepto señala que “ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”.

La doctrina justifica esta limitación en el hecho de que la subsistencia de los pueblos indígenas está estrechamente ligada a la tierra en la que se encuentran afincados (CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., p. 798).

(17) Ver, sobre este punto, BOQUÉ, Roberto, “Las relaciones reales administrativas”, en AA.VV., DE REINA TARTIÈRE, Gabriel (coord.), *Dominio público (naturaleza y régimen de los bienes públicos)*, Heliasta, Buenos Aires, 2009, ps. 298-299.

Debe recordarse, no obstante, que el empleo del término “posesión” en la cláusula comentada no posee el rigor técnico que cabe atribuirle bajo la legislación civil (cfr. ALTABE, R. - BRAUNSTEIN, J. - GONZÁLEZ, J. A., “Derechos indígenas...”, cit., p. 1202).

las tierras sobre las cuales recae. De este modo, queda vedada a su respecto la posibilidad de celebrar contratos tales como la compraventa, la donación, la permuta, el fideicomiso, la hipoteca o el usufructo, entre otros (18). Se admite, por el contrario, que puedan constituirse sobre ellas gravámenes que afecten su uso y goce, siempre dentro de límites compatibles con la naturaleza del derecho reconocido por el constituyente (19).

A la luz de las notas apuntadas, algunos autores han sugerido que esta novedosa forma de propiedad compartida consistente en la propiedad indígena se aproximaría a la prerrogativa que le corresponde al Estado sobre los bienes del dominio público (20). Si bien la inalienabilidad sentada por el texto constitucional brinda, desde luego, algún sustento a tal equiparación (21), es oportuno advertir que, a diferencia del dominio público, que puede ser desafectado e ingresar a partir de entonces al tráfico comercial, la propiedad indígena está sujeta a una prohibición de enajenación de carácter permanente, solo susceptible de ser removida a partir de una futura reforma constitucional (22).

Asimismo, en razón de las características ya descriptas, parecería también que cualquier intento de calificar a la propiedad indígena como una auténtica modalidad de dominio (en los términos en que se lo con-

(18) ALTERINI, J. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., p. 174; y CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., p. 798.

(19) ABREUT DE BEGHER, L. E., *Propiedad indígena*, cit., p. 19. En contra, CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., p. 798.

(20) ALTERINI, J. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., p. 174; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación argentina comentada*, 4ª ed., Zavallá, Buenos Aires, 2007, ps. 353-354; HIGHTON, Elena I., “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 7, p. 310; SCOTTI, Edgardo O., “Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional. Operatividad, facultades concurrentes, reconocimiento de la personería y régimen de la propiedad comunitaria”, ED Constitucional, 2008-495; y VÁZQUEZ, Gabriela, “Propiedad comunitaria indígena en el proyecto”, LL 2012-D-956. En contra, ABREUT DE BEGHER, L. E., *Propiedad indígena*, cit., p. 9.

(21) Hay quienes postulan, incluso, la innecesariedad de cumplir con el recaudo de la publicidad registral cuando se trata de tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas (ALTERINI, J. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., p. 165; y CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., p. 797).

(22) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos - DE LA RIVA, Ignacio M., “Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina”, RDA nro. 93, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 823-824.

cibe en el ámbito del derecho civil (23)) estaría igualmente destinado al fracaso. Es evidente, pues, que el titular de tal propiedad comunitaria adolece de una de las tres prerrogativas consustanciales a todo propietario: la potestad de disponer del bien objeto de tal “propiedad”, y ello con carácter permanente (24) (contrariamente a lo que sucede, como quedó dicho, con el dominio público, que deviene disponible una vez que se produce su desafectación).

De allí que no deba sorprender que numerosos autores renieguen rotundamente de la posibilidad de considerar a la propiedad indígena como un verdadero derecho de dominio en términos privatistas, en tanto parten de la necesidad de atenerse a la cosmovisión propia de los pueblos indígenas, en particular en lo concerniente a la especial trascendencia que estos atribuyen a la tierra como espacio que los vincula con sus ancestros y les garantiza la preservación de su propia identidad (25).

Ahora bien, sin desmerecer el fundamento de esta mirada basada en el profundo respeto de las raíces y la peculiar fisonomía de la propiedad indígena, no deja de ser cierto que la decisión del constituyente de insertar dicho instituto en nuestro ordenamiento obliga a establecer los criterios que aseguren su coexistencia armoniosa y adecuada con los principios, instituciones y derechos que configuran nuestro propio sistema, ciertamente distinto en sus presupuestos y en sus soluciones concretas a aquel que regía a los pueblos aborígenes. Por mucho que se quiera preservar el trasfondo religioso con que los pueblos indígenas concebían sus lazos con la tierra, será menester buscar la forma de reinterpretar esa concepción del modo más fiel a tales creencias, pero al propio tiempo de manera compatible con el sistema constitucional en el cual se ha resuelto injertar la figura jurídica objeto de análisis.

(23) Corresponde remitirse en este punto al art. 1941 del Cód. Civ. y Com., conforme al cual el dominio perfecto consiste en “el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley”.

(24) Cfr. ABREUT DE BEGHER, Liliana, “La propiedad comunitaria indígena”, *Lecciones y Ensayos*, nro. 90, 2012, p. 93.

(25) ROBLEDO, Federico J., en AA.VV., SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 3, comentario al art. 75, inc. 17, p. 552; ABREUT DE BEGHER, L., “La propiedad comunitaria indígena”, cit., pág. 58; CORNA, Pablo M. - FOSSACECA, Carlos A., “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, ED, t. 249, año 2012, p. 792; y VÁZQUEZ, G., “Propiedad comunitaria indígena en el proyecto”, cit., ps. 949-950 y 955-956.

A partir de esta obvia consideración, emerge la necesidad en encontrar el punto de equilibrio que permita hacer posible la sana y pacífica convivencia entre la propiedad indígena, con las características con que ha sido descripta, y la propiedad privada plasmada en la legislación civil local, que desde luego no puede entenderse desplazada ni derogada por el reconocimiento de aquella. Y es forzoso asumir que la cláusula constitucional aprobada ha debido ser resultado de ese esfuerzo por alcanzar una razonable compatibilidad entre ambas figuras, lo cual implica que la recepción de la añeja noción de propiedad indígena (dotada de sus elementos centrales, entre ellos su carácter comunitario e inalienable) no pudo haberse concebido “en su estado puro”, sino con los inevitables matices y adaptaciones exigidos por el derecho que le da acogida (26), de modo de hacer posible su pacífica coexistencia con el resto del sistema jurídico argentino.

En definitiva, la cláusula constitucional que estamos analizando no importa el reconocimiento de un sistema jurídico (el andino) como un régimen autónomo y paralelo al argentino, sino únicamente la incorporación de una modalidad de relacionamiento jurídico tomada de aquel sistema, para introducirla al nuestro. Esto supone la necesidad de enmarcar la categoría jurídica importada en nuestro régimen constitucional, lo que inevitablemente hace que deba sufrir ciertos ajustes con vistas a tornarla compatible con los restantes derechos patrimoniales (en particular los reales) que encuentran cobijo bajo dicho marco constitucional.

En función de estas reflexiones, entiendo que no cabe sino pensar a la propiedad indígena como un auténtico derecho real de dominio (27),

(26) Entre los aspectos añadidos al derecho de propiedad indígena “histórico” y que facilitan su plena inserción al derecho argentino puede mencionarse, por ejemplo, la necesidad de su inscripción en los registros de la propiedad pertinentes, así como también la exigencia de que las comunidades indígenas que han de ejercer su titularidad tramiten y obtengan el pertinente reconocimiento de su personalidad jurídica.

(27) Son de la misma opinión ABREUT DE BEGHER, L., “La propiedad comunitaria indígena”, cit., ps. 71 y 77-94, y de la misma autora, “El derecho real de propiedad comunitaria indígena”, LL 2013-E-1294/1295; CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., ps. 793-794; CASACCIA, Silvia - TOLOSA, María Gabriela, “El derecho a la propiedad comunitaria indígena. Una visión jurídica y humanista”, *Ros-Online* (5/7/2010, nro. 39); y FISSORE, Diego, en AA.VV., BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación (analizado, comparado y concordado)*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, p. 76 (comentario al art. 18). De forma análoga, aunque con ciertos matices, María Victoria González de Prada entiende que la propiedad indígena es desde su dimensión patrimonial un derecho real, pero que trasciende el concepto de derecho real que nosotros manejamos (ver su trabajo “Derecho de las comunidades indígenas”, LL 2013-E-1296/1299).

por cierto que distinto en sus perfiles y alcances de aquel que prevé el art. 1941 del Cód. Civ. y Com., a punto tal que el Código referido le ha reservado un precepto específico para su enunciación (28), que lo recepta en términos análogos a los plasmados en el art. 75, inc. 17, de la Constitución, fuera del “Libro Cuarto” dedicado a los derechos reales (29). Solo a partir de esta premisa se torna posible establecer las fronteras y relaciones recíprocas que deben, necesariamente, existir entre dos fuentes de prerrogativas jurídicas que se ejercen sobre una misma categoría de cosas: las tierras.

Es forzoso admitir, por tanto, que la propiedad indígena satisface las condiciones básicas de todo derecho real, dado que se trata de un derecho que se ejerce directamente sobre el bien inmueble sobre el cual recae y es oponible *erga omnes* (30).

II.4. Carácter originario o derivado de la propiedad indígena consagrada por el constituyente

Quienes se han ocupado del estudio de esta peculiar propiedad comunitaria suelen asignarle una connotación originaria, en alusión al hecho de que la misma no reconoce antecesor (31).

Los pueblos indígenas, en efecto, son considerados los “primeros” ocupantes del territorio argentino, titulares, por tanto, de una suerte de dominio eminente sobre este suelo, hasta que su ocupación se ha visto

Discrepa, en cambio, con la calificación de la propiedad indígena como un derecho real SACRISTÁN, Estela B., “Propiedad comunitaria de los pueblos originarios”, en AA.VV., COVIELLO, Pedro J. J. (coord.), *Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, ps. 336-340.

(28) Cfr. el art. 18 del Cód. Civ. y Com., según el cual “las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la CN”.

(29) Es de lamentar que la versión del Cód. Civ. y Com. sancionada por el Congreso no haya mantenido en este aspecto el criterio metodológico impreso en el Anteproyecto original elevado por el Poder Ejecutivo, el cual ubicaba el régimen de la propiedad comunitaria indígena dentro del campo de los derechos reales, e inclusive incluía a la figura entre los derechos reales enumerados por su art. 1887.

(30) En el mismo sentido, ver ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A.; *Propiedad indígena*, cit., p. 155.

(31) Ver, en este sentido, ALTERINI, J. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., ps. 161-163; ABREUT DE BEGHER, L. E., *Propiedad indígena*, cit., p. 23; CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., p. 796.

interrumpida por la conquista española (32). Desde esa perspectiva, la cláusula constitucional no habría hecho otra cosa que reconocer un derecho ancestral de los aborígenes, que preexistía mucho antes, incluso, de la organización institucional de la Argentina.

Estas reflexiones requieren, no obstante, algunas matizaciones en orden a establecer con precisión su verdadero alcance.

En primer lugar, es menester alertar acerca de que la manda dirigida por los constituyentes al legislador federal posee dos tramos. En el primero, se le ordena garantizar, efectivamente, el cabal respeto de una situación fáctica y jurídica precedente a su incorporación al marco constitucional (la “posesión y propiedad” por parte de las comunidades indígenas de tierras tradicionalmente ocupadas por ellas (33)). En ese caso, la condición originaria del título es innegable, al menos si se lo considera desde la perspectiva del momento en que se produjo la consolidación institucional del Estado argentino.

La segunda facultad que la disposición atribuye al Congreso, en cambio, está dirigida a la eventual entrega de otras tierras aptas para el desarrollo humano de esas mismas comunidades. En este caso no puede menos que admitirse el carácter necesariamente derivado del derecho que en definitiva adquieran los indígenas tras la transmisión de las tierras que les sean entregadas, en tanto se concrete tal adjudicación.

En cualquier caso, en lo que concierne al propósito específico de este trabajo, la naturaleza originaria que se atribuye a la propiedad indígena plantea un problema que no puede ser obviado. Es evidente que, al sancionarse la reforma constitucional en 1994, muchas de las tierras asignadas en propiedad comunitaria a los pueblos indígenas estaban en manos de otros dueños, quienes las habían adquirido legítimamente bajo el régimen hasta entonces vigente.

La enmienda aprobada se desentiende de este dato no menor, lo cual no evita tener que instrumentar de alguna manera el traspaso (aunque no sea más que formal, en caso de que se entendiera que la cláusula

(32) ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., ps. 44-50.

(33) La doctrina considera que la alusión a la “posesión” de esas tierras contenida en la norma apunta a reforzar la idea de que la propiedad reconocida no resulta meramente declamatoria, sino que conlleva el ejercicio efectivo que solo se torna posible a través de la posesión efectiva de esos territorios, de modo de asegurar un uso y goce concretos y reales (cfr. ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., p. 106).

constitucional es operativa) de las propiedades en cuestión, lo cual supondrá indemnizar debidamente a aquellos que sean despojados de las mismas. De allí que, como puede observarse, la condición originaria (y, por ende, preexistente) de la propiedad indígena reconocida en la Constitución esté en la raíz de la cuestión que aquí nos planteamos, conforme se explicará con mayor detalle en el apartado siguiente.

III. Colisión entre la propiedad indígena y el derecho de propiedad preexistente sobre las mismas tierras

No obstante que la cláusula bajo análisis se encuentra inserta en la parte orgánica de la Constitución y está dirigida, en su literalidad, a atribuir una facultad al cuerpo legislativo, se debate en doctrina si los derechos a los que alude el precepto —entre ellos, la propiedad indígena— poseen carácter programático u operativo (34).

Es, pues, indudable que el efectivo goce del derecho de propiedad indígena que el precepto en cuestión encomienda al legislador “garantizar” requiere, inexorablemente, de la articulación de una serie de recaudos dirigidos a precisar su alcance, identificar a sus titulares (35), delimitar el objeto sobre el cual recaen, y arbitrar, cuando fuere el caso, las condiciones del traspaso efectivo de las tierras en cuestión de manos de sus legítimos propietarios civiles a la órbita de los pueblos declarados sus dueños originarios. Todo esto llevaría a pensar que la norma se presenta, en alguna medida, incompleta, y que por ende no es aplicable de ma-

(34) Al respecto, cabe recordar que se califica como programáticas a las reglas previstas en la Constitución que resultan “no autoaplicativas o no autooperativas, ya que requieren el dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento (por eso Goldschmidt las llama imperfectas o incompletas)” (cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 110). Por el contrario, se reputan operativas las normas “que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma”, aun cuando sea claro que “la operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible” (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2007, t. I-A, p. 331).

(35) En este sentido, se ha destacado la necesidad de que la normativa establezca una nómina de los pueblos indígenas argentinos a quienes beneficia la disposición constitucional bajo análisis (ALTABE, R. - BRAUNSTEIN, J. - GONZÁLEZ, J. A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., p. 1206).

nera inmediata y directa, todo lo cual conduciría a postular su alcance programático (36).

Pese a estas claras razones y a la clara directiva que impedía al reformador alterar los derechos consagrados en la Primera Parte de la Constitución, la mayor parte de los autores se inclinan por asignar a la cláusula en cuestión carácter operativo (37). Bajo esta tesis, la labor que la norma encomienda al legislador estaría circunscripta al dictado de las leyes tendientes a reglamentar los alcances de los derechos que enuncia, sin perjuicio de lo cual el goce de estos últimos no estaría supeditado a la previa sanción de tales disposiciones legales.

Desde esta perspectiva, es preciso hacerse cargo de que tal reconocimiento de derechos se superpone, en no pocas ocasiones, con los de quienes hubieren adquirido esas mismas tierras bajo cualquier título antes de la reforma de 1994. El comprador, el heredero o el usucapiente de las tierras en cuestión, que las hubieren incorporado legítimamente a su patrimonio en los términos y bajo las formas previstas en el Cód. Civil argentino, mal podían intuir que en 1994 una Asamblea Constituyente fuera a proclamar que tales dominios pertenecían, con carácter originario e inalienable, a un propietario distinto al que les vendió o transmitió tales predios. Es, pues, evidente que el estudio de títulos realizado por el escribano, por muy minucioso que haya sido, en ningún caso pudo haber detectado esta eventual contingencia...

(36) Son de la misma opinión EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 531; y SCOTTI, E., "Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional...", cit., p. 495.

(37) Cfr. ABREUT DE BEGHER, L., "La propiedad comunitaria indígena", cit., ps. 67 y 85; QUIROGA LAVIÉ, H., *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., p. 353; ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., *Propiedad indígena*, cit., ps. 167-168; CORNA, P. M. - FOSSACECA, C. A., "La propiedad indígena comunitaria...", cit., p. 792; LUQUE, Carlos D., "Algunas líneas sobre el derecho indígena y la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17, CN)", *El Derecho Constitucional*, 2012, p. 436; CASACCIA, S. - TOLosa, M. G., "El derecho a la propiedad comunitaria indígena...", cit.; y ALTABE, R. - BRAUNSTEIN, J. - GONZÁLEZ, J. A., "Derechos indígenas en la Argentina...", cit., p. 1194.

Por su parte, Germán Bidart Campos mantiene una postura más moderada, al reconocer que la cláusula tiene un núcleo normativo operativo, pero que en lo concerniente a la posesión y propiedad comunitarias de tierras posee un contenido esencial mínimo que, en lo necesario, implica que para su efectividad no obstan las normas sobre el derecho de propiedad que resulten opuestas u omisivas, en tanto deja un margen de competencia para cuantas precisiones reglamentarias hagan falta (ver su *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2005, t. II-B, p. 70).

Frente a tal yuxtaposición de derechos, ambos protegidos por el texto constitucional, resulta inevitable preguntarse cuál de los dos ha de prevalecer.

La regla hermenéutica que indica que una ley especial y posterior prevalece sobre otra general y anterior parecería sugerir que la propiedad indígena (que viene a ser un supuesto de propiedad especialmente consagrado por el reformador de 1994) vendría a desplazar otros derechos de propiedad amparados por la cláusula originaria que garantiza, con carácter general, el derecho de dominio.

Esta conclusión no significa, sin embargo, sostener que haya mediado la derogación (siquiera para esos casos singulares) de la garantía de propiedad, sino que es fruto, simplemente, de la necesidad de armonizar ambas cláusulas, asumiendo que, como tantas veces lo ha recordado la Corte, debe presumirse la coherencia del legislador (en este caso, del constituyente), y descartarse su hipotética inconsecuencia. En este sentido, es bueno recordar que, aun tratándose de disposiciones que integran un mismo texto normativo, una puede prevalecer sobre la otra por motivos axiológicos o formales (38).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfrentada al mismo dilema acerca de la prevalencia entre el derecho de propiedad indígena o del derecho de propiedad privada, se ha decantado por dar prioridad al primero sobre la base de argumentos distintos a los expuestos en los dos párrafos precedentes. Sostuvo, en efecto, el citado tribunal que cuando ambas propiedades entran en conflicto, la segunda deberá ceder ante la primera, en tanto la propiedad indígena está relacionada con el derecho colectivo a la supervivencia y al pleno desarrollo del pueblo aborígen afectado (39).

IV. Deber del Estado de responder por los daños que ocasiona el ejercicio del poder constituyente

Dada la pervivencia de la garantía constitucional de la propiedad que ampara a quienes resultan titulares del dominio de las tierras en cuestión con arreglo a la normativa civil, se impone preguntarse en qué se traduce dicha garantía ante al reconocimiento de la propiedad origi-

(38) LAPLACETTE, Carlos José, *Tutela judicial de la supremacía constitucional (Anatomía del control constitucional difuso)*, B de F, Montevideo, 2016, ps. 15-18 y 38.

(39) Ver la sentencia de la CIDH del 17/6/2005, en la causa "Comunidad Indígena Yaky Axa vs. Paraguay", párrs. 143 a 149.

naria sobre esas mismas tierras dispuesto por el propio constituyente en favor de los pertinentes pueblos indígenas.

La imposibilidad material de mantener en vigor ambas prerrogativas reales, esto es, la del dueño individual y la de la comunidad indígena, es evidente, por lo que no se advierte otro camino que el de reemplazar el derecho real del primero sobre la cosa por un derecho a recibir una compensación acorde a su valor objetivo. En otras palabras, la cuestión habrá de resolverse, necesariamente, a través del remedio ideado por el propio constituyente para tales casos, lo cual implica que la efectiva entrega de las tierras a los indígenas deberá ir precedida de su expropiación por parte del Estado y, por ende, del previo pago de la correspondiente indemnización a su titular dominial bajo el régimen civil (40). Es, pues, indiscutible que la desposesión de que será objeto este último reconoce como única causa la tarea desarrollada por la Asamblea Constituyente, en atención a lo cual queda claro que el único responsable de tal situación es el propio Estado, autor de la reforma.

Ahora bien, esta convicción acerca del deber del Estado de hacer frente a las consecuencias lesivas que pudieren derivar para terceros de la actividad desplegada por el constituyente, no es compartida de forma unánime por los autores que han abordado la cuestión.

A este respecto, hace ya casi medio siglo Graciela Reiriz expuso su postura absolutamente reticente a toda pretensión de asignar responsabilidad al Estado por el ejercicio de su labor constituyente. Su análisis partía de considerar que en países como el nuestro, donde impera una Constitución rígida, el Estado no está en condiciones de reformarla a través de la actividad del órgano legislativo, sino que es necesario que medie una convocatoria especial al mismo pueblo, el único verdadero soberano, para que realice la tarea reformadora a través de una asamblea constituyente que lo represente.

Sostenía, en consecuencia, Reiriz que “la decisión queda, entonces, en manos del pueblo, que expresa su voluntad a través de un órgano (la Convención Constituyente), que no es órgano del Estado por cuanto se encuentra por encima de él y es su fuente de creación”. Concluía, así, la autora citada postulando que “el ejercicio del Poder Constituyente no puede responsabilizar al Estado, porque no es el Estado quien lo ejerce”, sino el pueblo; y “por tanto, si una reforma constitucional suprimiera derechos que el instrumento reformado había concedido, no creemos que

(40) BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 467.

el derecho positivo encuentre fundamento jurídico para responsabilizar al Estado y para acordar acción contra él al particular damnificado” (41).

La tesis expuesta está imbuida, en mi opinión, de las ideas que en tiempos pretéritos pregonaban la irresponsabilidad del Estado legislador por su actuación legítima, erigidas sobre la premisa de que el cuerpo legislativo actúa como representante del soberano, esto es, del pueblo (42). Una vez superado ese punto de vista, no cabe, a mi juicio, seguir manteniendo un criterio análogo de cara a la actuación de la Asamblea Constituyente, órgano que también representa al pueblo, si bien en una instancia previa a aquella en que se sitúan los Poderes constituidos, entre ellos el legislativo.

La construcción lógica que sostiene la tesis que critico se apoya, en definitiva, en la misma ficción que daba sustento a la postura tradicional referida: aquella según la cual la actuación del soberano —léase, el pueblo— no es susceptible de engendrar responsabilidad, precisamente porque se trata de un poder que no reconoce otro que esté por encima de él. En un Estado de Derecho, semejante postulado no puede tener cabida, pues resulta absolutamente descalificable desde el punto de vista axiológico (43).

Por lo demás, como con razón se ha observado, la estructuración orgánica, jurídica y política del pueblo se concretiza en el Estado creado a partir del ejercicio del poder constituyente. Por tal motivo, pese a que el Estado no resulta ser, en sentido estricto, el titular del poder consti-

(41) REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, ps. 138-140.

(42) En este sentido, la doctrina especializada nos recuerda que “la que podría darse en llamar versión clásica del Poder Constituyente exhibió a este como un poder sin fronteras, capaz de producir normas fundamentales sin la traba que podría importar el mandato previo de una norma positiva. Esa composición respondió a la necesidad histórica de rendir culto a la nascente voluntad popular que advino con el constitucionalismo” (cfr. MIDÓN, Mario A. R., “Los límites del poder constituyente (A propósito del caso ‘Fayt’)”, LL 2000-C-541).

Si se desea ampliar sobre los fundamentos de la tesis de la irresponsabilidad del Estado legislador, ver BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos)*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 38-39; y FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 740.

(43) Para un sector de la doctrina, distinto sería el caso del ejercicio del poder constituyente originario o fundacional, ya que allí no existiría un marco jurídico preexistente que reconozca derechos que deban ser respetados (VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 306).

tuyente, es razonable que se le impute la responsabilidad por los daños provocados por el ejercicio de dicho poder (44).

Piénsese, además, que si se admitiese la posibilidad de aniquilar los derechos constitucionales preexistentes a partir de la mera modificación del texto constitucional que les daba amparo y sin reconocer derecho a indemnización alguna a los perjudicados, se sumiría a la totalidad de los derechos individuales en la más absoluta precariedad, puesto que quedarían librados en todo momento a lo que pudiera decidir el constituyente en el futuro.

Afortunadamente, los autores nacionales que se han pronunciado sobre el tema con posterioridad asumen una posición contraria a la propuesta por la autora comentada.

Marienhoff, por ejemplo, afirma sin remilgos que “en un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar —es decir, privar sin indemnización— a [una] parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó”. Y agrega: “es de suponer que toda ‘reforma’ constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde se deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética-jurídica” (45).

La postura de Marienhoff pone de relieve que los reparos que nos suscita el razonamiento de Reiriz resultan aún más pertinentes, si cabe, tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado, toda vez que en tales casos ya existe un marco constitucional que ha consagrado una serie de derechos, que no pueden ser desconocidos siquiera con ocasión de la modificación del texto de la propia Constitución.

Del mismo parecer es Bianchi, quien expresa su disenso frente a lo expuesto por Reiriz en cuanto a que la Convención Constituyente no sea un órgano del Estado. Hace notar este autor que “también el Congreso —al igual que la convención constituyente— está integrado por los representantes del pueblo y, sin embargo, la responsabilidad por los cam-

(44) GOANE, René M., “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, en AA.VV., *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 769.

(45) MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 782.

bios en el derecho objetivo se imputa al Estado. De no ser así, habría que responsabilizar personalmente a los legisladores” (46).

Finalmente, también Vanossi admite que la reforma constitucional puede engendrar responsabilidad del Estado, pero sujeto a la existencia de una cláusula constitucional que prevea de modo expreso el consiguiente deber de resarcir a cargo del sujeto estatal (47).

La cuestión que subyace, en última instancia, en el dilema acerca de la posibilidad de reclamar al Estado un resarcimiento por las consecuencias dañosas originadas por el ejercicio del poder constituyente, reside en dilucidar si dicho poder configura una prerrogativa limitada o ilimitada. Solo si se admite que la tarea a cargo del constituyente está enmarcada en ciertos límites jurídicos será posible concebir que su ejercicio puede engendrar algún tipo de responsabilidad a cargo del Estado. De lo contrario, si se entendiese que se trata de un poder sin fronteras, no habrá margen para formular reclamo alguno por sus consecuencias lesivas (48).

Sobre este punto, aun cuando desde una mirada rigurosamente positivista quepa dudar acerca de si existen límites a la actuación del constituyente originario, en ningún caso puede discutirse que el reformador del texto constitucional está subordinado en su tarea por los recaudos que se encuentren estipulados en el marco fundamental primigenio (49), tanto en el plano sustantivo (v.gr., la existencia de cláusulas pétreas) como procedimental (50). El art. 30 de la CN da acabada cuenta de ello (51).

Es innegable, entonces, que la potestad constituyente derivada resulta una competencia sometida a límites impuestos por la propia Cons-

(46) BIANCHI, A. B., *Responsabilidad del Estado...*, cit., ps. 177-178.

(47) VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. I, ps. 304-308.

(48) GOANE, R. M., “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., ps. 771-772.

(49) MIDÓN, M. A. R., “Los límites del poder constituyente...”, cit., ps. 541-542; y GOANE, R. M., “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., p. 774.

(50) BIDART CAMPOS, G. J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I-A, ps. 483-486.

(51) Conforme a la cláusula referida “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”, no obstante lo cual “la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

titución (52), tal como ha tenido ocasión de declararlo la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (53).

V. ¿Cabe calificar el caso como un supuesto de responsabilidad del Estado por actividad normativa lícita?

De admitirse, entonces, que la tarea del reformador plasmada en la cláusula que motiva este trabajo es susceptible de generar el deber del Estado de resarcir los daños que pueda haber ocasionado, podría pensarse que se está frente a un caso de responsabilidad del Estado por acto normativo lícito (54).

La licitud del acto reformador resulta, al menos a primera vista, indubitable. El proceso que dio lugar a la enmienda se ajustó a lo previsto en el art. 30 de la Carta Magna en lo que hace a la convocatoria de la Convención Constituyente por mayoría legislativa calificada, y la labor del cuerpo se atuvo a los temas y límites fijados en la ley especial sancionada al efecto (55).

Tampoco suscita especial debate lo atinente al carácter normativo del acto por el cual se incorporó la figura de la propiedad indígena al plexo constitucional, y ello con prescindencia de que se asigne a la cláusula pertinente carácter operativo o programático. El hecho de que dicha cláusula configure una norma de máximo rango no altera esta conclusión (56).

(52) LINARES QUINTANA, Segundo V., “¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?”, LL 34-1153; y CUETO RÚA, Julio, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? (A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana)”, LL 36-1102.

(53) Cfr. Fallos 316:2643; y 322: 1616.

(54) Concuerdan con la idea de que se verifica en el caso un supuesto de responsabilidad del Estado por su obrar lícito que debe ser indemnizado, ALTERINI, J. A. H. - CORNA, P. M. - VÁZQUEZ, G. A., en *Propiedad indígena*, cit., p. 163.

(55) Esa última consideración, relativa al respeto de los límites impuestos por el legislador a la Asamblea Constituyente, se mantiene siempre y cuando la modificación constitucional aprobada no se interprete de una manera que pueda resultar en desmedro del derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución, cuya vigencia no podía ser alterada por el reformador. Volveré sobre este punto hacia el final del trabajo.

(56) Resulta oportuno señalar que la redacción dada al art. 4º de la ley 26.944, que sienta los presupuestos de admisibilidad de la responsabilidad estatal por actividad lícita, no contiene ninguna limitación en cuanto al origen y rango de dicha actuación.

Ahora bien, frente a un obrar estatal legítimo, para que el deber de resarcir proceda deben concurrir, como es sabido, los presupuestos propios de ese tipo de responsabilidad contemplados en el régimen legal específicamente aplicable (57), a saber:

a) La existencia de un daño, que de acuerdo con la ley vigente debe ser cierto y actual (58). En tanto se suscriba a la tesis —mayoritaria— que asigna a la cláusula examinada naturaleza operativa, no habría margen de discusión en cuanto a que la propiedad comunitaria atribuida a los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan habría ocasionado, *per se* (es decir, de manera cierta y actual), un desmedro patrimonial a los titulares del dominio sobre esas mismas tierras en el plano del derecho civil.

b) La imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal (59). Más allá de los reparos que genera la consideración de la Asamblea Constituyente como un órgano del Estado, ya he dado las razones por las cuales entiendo que las consecuencias lesivas de la actividad reformadora que despliega aquel cuerpo resultan cabalmente imputables a la persona estatal.

c) La relación de causalidad entre la actividad estatal y el daño, que según la norma legal aplicable debe ser directa, inmediata y exclusiva (60). Pues bien, no se advierte en el caso otro factor que haya concurrido a dar origen al daño que no sea la inserción al texto constitucional de la cláusula bajo examen.

d) El sacrificio especial padecido por los afectados por la cláusula constitucional aprobada (61), en tanto no medie un deber jurídico de soportar el daño por parte de quien lo sufre (62). En las circunstancias examinadas a lo largo de este trabajo, resulta claro que la enmienda introducida es generadora de un sacrificio especial (y, por ende, indemnizable) en perjuicio de ciertos administrados, aquellos que previo a la enmienda habían incorporado a su patrimonio el dominio de las tierras anteriormente declaradas de propiedad indígena por parte del reformador.

(57) Para un análisis de los recaudos enunciados por el art. 4º de la ley 26.944, que regula el tema, recomiendo la lectura de PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 124-139.

(58) Art. 4º, inc. a), de la ley 26.944.

(59) Art. 4º, inc. b), de la ley 26.944.

(60) Art. 4º, inc. c), de la ley 26.944.

(61) Art. 4º, inc. e), de la ley 26.944.

(62) Art. 4º, inc. d), de la ley 26.944.

Como ya se indicó, en aquellos casos en que la responsabilidad estatal deriva del ejercicio del poder constituyente, a juicio de Vanossi sería preciso añadir un recaudo adicional a los contemplados por el legislador. Según la interpretación de este autor, la obligación de resarcir a cargo del Estado debe, necesariamente, estar prevista en una norma de gradación jerárquica idéntica o superior a aquella de la cual provienen los daños generadores de responsabilidad. En este sentido, solo la Constitución podría crear el deber del Estado de responder por los daños provocados por su dictado o reforma (63).

Es interesante traer a colación, a estos efectos, el art. 15 de la Constitución de 1853, que bien puede ser invocado como un precedente en la línea apuntada. Dicha cláusula, tras declarar que “en la Nación Argentina no hay esclavos”, añade que “los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”. La propia norma deja a salvo, a continuación, que “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”. Se trata, pues, como con todo acierto ha sido indicado, de un supuesto en el que de forma expresa se contempló la responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder constituyente, en ese caso de carácter originario (64).

Es justo reconocer que, en el caso que ahora nos ocupa, una disposición explícita en ese sentido hubiera evitado toda discusión sobre la procedencia del deber estatal de resarcir. Pero, aun en su ausencia, considero válido remitirse a la regla general consagrada en el art. 17 de la CN, que no solo declara “inviolable” la propiedad, sino que, además, enfatiza que “ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella”, y sienta acto seguido la exigencia de la previa indemnización para los casos de expropiación. Adicionalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, de igual rango constitucional, establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (65).

A la luz de las dos disposiciones citadas en el párrafo precedente, todo proceder estatal que se aparte de las exigencias que ellas contemplan com-

(63) VANOSSE, J. R., *Teoría constitucional*, cit., t. I, ps. 307-308.

(64) GOANE, R. M., “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., p. 764.

(65) Cfr. el art. 21, inc. 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

portará un supuesto de confiscación, que según reza el propio texto constitucional ha sido borrada para siempre del Cód. Penal argentino (66).

VI. La garantía de la propiedad y el instituto expropiatorio

Conforme se dejó sentado al comienzo de ese trabajo, las prescripciones constitucionales recién comentadas, tanto las contenidas en la misma Carta Magna como las insertas en el tratado internacional de igual rango al que se acaba de hacer referencia, no pueden entenderse alteradas por la reforma de 1994, bajo pena de nulidad absoluta de las cláusulas que pretendiesen contravenirlas. Resulta, entonces, forzoso admitir que cualquier privación de la propiedad que encontrare su origen en la consagración de la propiedad indígena a la que alude el art. 75, inc. 17, de la CN, deberá estar precedida de la consiguiente indemnización en beneficio del propietario que pueda verse despojado de las tierras pertinentes, ya que de otro modo no podrá evitarse tacharla de inconstitucional, por violar los límites de la convocatoria de la Convención reformadora.

Existe, en este sentido, una reiterada tendencia a emparentar la figura expropiatoria con el deber del Estado de resarcir las consecuencias lesivas que pudieren emanar de su actividad lícita (67). La expropiación constituye, indudablemente, la técnica habitual a la que acude el Estado para concretar cualquier medida que requiera de un sacrificio del derecho de propiedad en aras a hacer posible la satisfacción de las necesidades del bien común. El recaudo al que queda sometida la validez de la primacía que en tales casos se otorga al interés público reside, como se sabe, en la compensación del detrimento pecuniario padecido por el titular del bien expropiado.

Tal resulta ser el paradigma de la dinámica que engendra la actuación estatal lícita lesiva de derechos individuales, enmarcada —en el caso de la expropiación— en parámetros estrictamente definidos en la Ley Fundamental. Ante la presencia de ese molde clásico, es fácil comprender que frente a situaciones análogas, en las que la propiedad privada se ve postergada a causa de actos (de alcance singular o general) adoptados por las autoridades públicas por razones de interés general,

(66) Cfr. el art. 17, *in fine*, de la CN.

(67) SÁENZ, Juan Ignacio, “Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia”, en AA.VV., ABERASTURY, Pedro (dir.), *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 104.

se siga la huella trazada por el instituto expropiatorio, en particular en cuanto a la necesidad de asegurar la debida recomposición patrimonial al damnificado por la medida interventora.

Ahora bien, no se nos debe escapar que el procedimiento expropiatorio está rodeado de una serie de exigencias y garantías específicas. En particular, aquellas previstas de manera expresa por el propio constituyente, como es el caso de la necesidad de que el legislador sancione una ley que declare de utilidad pública la cosa sujeta a expropiación, así como la necesidad de que el pago de la indemnización en favor del expropiado se concrete con carácter previo. A estos recaudos se suma, además, la prohibición de que el *quantum* indemnizatorio fijado por el Tribunal de Tasaciones se satisfaga mediante la entrega de títulos de la deuda pública, ya que ello supondría el diferimiento en el tiempo de la cancelación de la obligación pecuniaria en cuestión, contra lo exigido por la regla que impone su pago previo (68).

De allí que, por mucho que se pregone la proyección de los alcances del instituto expropiatorio sobre el ámbito de la responsabilidad generada por la actividad lícita del Estado, lo cierto es que los recaudos constitucionales aludidos no amparan al afectado por toda actuación estatal legítima, ya que están referidos únicamente a la expropiación *stricto sensu*, lo cual pone en evidencia que la equiparación entre esta última figura y la dinámica de la responsabilidad estatal por obrar lícito no es plenamente válida (69).

En consecuencia, si optamos por visualizar el reconocimiento de la propiedad indígena con primacía sobre cualquier otro derecho de propiedad sobre las mismas tierras como un caso de responsabilidad del Estado puro y simple, nos veremos obligados a admitir que el reformador no ha respetado el estándar constitucional que solo admite la privación de la propiedad (incluso aquella que resulte de la labor constitucional derivada) cuando ella ocurre en los términos y bajo los extremos estipulados en la misma Constitución para el procedimiento expropiatorio. Dicho en otros términos, bajo esa interpretación la reforma no sería respetuosa de la propiedad garantizada por el art. 17 de la CN, lo cual fulminaría de

(68) Así lo ha entendido la CS, en la sentencia con fecha 5/4/1995 en los autos "Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca 'Las Pavas' s/expropiación", publicada en Fallos 318:445, entre otras.

(69) En el mismo sentido, ver PERRINO, P. E., *La responsabilidad del Estado...*, cit., p. 145.

inconstitucionalidad a la cláusula introducida por la Convención reformadora por la cual se incorporó el derecho de propiedad indígena.

En razón de lo expuesto, no cabe sino concluir que la disposición constitucional plasmada en el art. 75, inc. 17, que encomienda al Congreso de la Nación la tarea de reconocer a los pueblos indígenas argentinos la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, no puede en ningún caso considerarse operativa, so riesgo de contrariar la garantía de propiedad. En efecto, si los conflictos entre "propietarios" (el comunitario y el individual) suscitados por dicha cláusula se fueran a resolver sobre la base de las reglas de la responsabilidad estatal por actividad lícita, nos encontraríamos ante un notorio déficit en cuanto al cumplimiento de las exigencias constitucionales en materia de protección del derecho de propiedad, el cual solo puede ceder frente a una expropiación por causa de utilidad pública.

En definitiva, existe, a mi juicio, una sola manera de sortear el reparo expuesto: es ineludible admitir que la cláusula motivo de examen requiere, indispensablemente, ser reglamentada por el legislador, en orden a estipular que, cuando se verifique la presencia de un propietario anterior de las tierras asignadas en propiedad indígena, ellas deban ser previamente expropiadas con arreglo a lo previsto en el art. 17 de la CN, para solo entonces proceder a su entrega a los pueblos originarios a los cuales correspondan.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE OCTUBRE DE 2019
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

