



**PRINCIPALES OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES A LAS REGULACIONES CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN VINCULADAS AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

**Referencias:**

- ✓ LIBRO I – PARTE GENERAL. TITULO II – PERSONA JURÍDICA. CAPITULO I – SECCIÓN 2 - Arts. 146 a 149.
- ✓ LIBRO I – PARTE GENERAL. TITULO III – BIENES. CAPITULO I – SECCIÓN 2 - Arts. 235 a 239.
- ✓ LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TITULO I – OBLIGACIONES EN GENERAL. CAPITULO 3 – SECCIÓN 1 – PARÁGRAFO 6 - Art. 765.
- ✓ LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TITULO I – OBLIGACIONES EN GENERAL. CAPITULO 5 – SECCIÓN 1 – Art. 930 inciso e), apartado (ii).
- ✓ LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TITULO V – OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. CA-PITULO 1 – SECCIÓN 9 – Arts. 1763 a 1765.
- ✓ LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TITULO V – OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. CA-PITULO 1 – SECCIÓN 9 – Art. 1766.
- ✓ LIBRO VI – DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES. TITULO I – PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CAPITULO 1 – SECCIÓN 1 – Art. 2534 – SECCIÓN 3 – Art. 2548.

**-I-**

**OBJETO**

El presente informe tiene por objeto puntualizar las principales observaciones que le merecen a la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires las regulaciones contenidas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (el “Proyecto”) vinculadas al Derecho Administrativo.

Teniendo en cuenta la finalidad del presente, así como las limitaciones que han sido establecidas reglamentariamente para la presentación de ponencias ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, a lo que se suma el escaso tiempo otorgado para el análisis y debate de una reforma de la envergadura jurídica e institucional que entraña la apuntada reforma, en el presente omitiremos tratar algunos cuestionamientos que, de modo general, podrían realizarse al Proyecto desde un punto de vista estructural y filosófico, limitándonos, por tanto, a señalar las principales observaciones



que, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, nos merece el Proyecto, sugiriendo, en los casos en que ello sea posible, la incorporación de las modificaciones al articulado proyectado que se consideran convenientes o necesarias.

## -II-

### OBSERVACIONES DE ÍNDOLE GENERAL

A tenor del Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al Proyecto<sup>1</sup> así como de algunas de sus disposiciones<sup>2</sup>, parecería ser que el entendimiento de sus autores sobre la función que tiene que tener un Código Civil y Comercial en nuestro ordenamiento se limitaría, exclusivamente, a regular relaciones de derecho privado, excluyendo a relaciones regidas por el Derecho Público las que quedarían remitidas *in totum* a la legislación federal o local.

Si bien es correcto entender que la regulación sustantiva de materias que pertenecen al ámbito del Derecho Público corresponde, como principio, a la legislación federal o local, cabe recordar que un cuerpo de la naturaleza del proyectado no es indiferente a las relaciones regidas por el Derecho Público<sup>3</sup> toda vez que corresponde a la legislación dictada de conformidad con el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional:

- i. Establecer las normas correspondientes a los Principios Generales del Derecho que también son de aplicación al ámbito del Derecho Público.
- ii. Establecer con claridad y precisión el deslinde entre el carácter público o privado de las personas y de las cosas.
- iii. Regular lo atinente a las relaciones entre acreedores y deudores, incluyendo lo relativo a la extinción de las obligaciones, sean éstos sujetos públicos o privados y tales relaciones se rijan por el Derecho Privado o por el Derecho Público.
- iv. Servir de aplicación analógica o subsidiaria, según los casos, para llenar los vacíos que las puedan producirse en función de las regulaciones de Derecho Público.

<sup>1</sup> Así, se señala en el Mensaje que “La iniciativa cuya sanción propiciamos se inspira en la constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado. Recepta así el impacto que ha tenido en el ámbito del derecho privado la incorporación expresa de los Tratados de derechos humanos en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna, producto de la reforma del año 1994”. Más adelante, se señala que “Resulta claro, entonces, que los dos pilares fundamentales que sustentan el proyecto son, por un lado, la recepción en la normativa civil y comercial de las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado social y democrático de derecho y, por otro lado, la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos presentes”.

<sup>2</sup> Por ejemplo, ver artículos 237, 240, 1764, 1765, 1766 y 1970.

<sup>3</sup> Uno de los estudios pioneros en materia de relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo fue el realizado por BIELSA, RAFAEL, *Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo*, Lajouane, Bs. As, 1923. Más modernamente, sobre el particular, ver, por ejemplo, MARIENHOFF, MIGUEL S; *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª edición actualizada, Tomo I, Abeledo Perrot, Bs. As, 1995, págs. 181 y sigs; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”, LA LEY 1984-B, 741 y del mismo autor, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª edición actualizada y ampliada, Tomo I, editorial La Ley, Bs. As, 2011, págs. 94 y sigs; COMADIRA, JULIO RODOLFO, ESCOLA, HÉCTOR JORGE Y COMADIRA, JULIO PABLO (Coordinador, Colaborador y Actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Bs. As, 2012, págs. 87 y sigs.



Por otra parte, como bien se lo ha señalado en doctrina, existen importantes vinculaciones entre el Derecho Administrativo y las instituciones del Derecho Privado (civil y mercantil), lo que es dable comprobar en materias tales como la capacidad de las personas individuales, el régimen de las personas jurídicas, la teoría de los actos jurídicos y de los contratos, el régimen del dominio, sus limitaciones y restricciones, las servidumbres y los derechos reales, el régimen de las sociedades civiles y mercantiles, el sistema de ferias y bolsas de comercio, los privilegios, la locación de cosas, el régimen del dominio privado, los instrumentos públicos, la prescripción, etc<sup>4</sup>.

Como se verá a continuación, algunas de las disposiciones contenidas en el Proyecto no se adecuan a los principios antes mencionados ya sea porque así se lo dispone expresamente o bien, porque una interpretación contraria es susceptible de ser efectuada en razón de la falta de claridad de ciertas disposiciones del Proyecto y de lo que parece ser el espíritu del mismo. No está de más señalar que, encontrándose en juego el ejercicio de competencias legislativas emanadas del inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional, la falta de apego a las relaciones antes mencionadas entre un código de la naturaleza del proyectado y el Derecho Administrativo puede derivar en la inconstitucionalidad de las disposiciones en cuestión.

Finalmente, no está de más resaltar que en una adecuada coordinación entre el derecho de fondo y el Derecho Administrativo, está en juego la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico nacional<sup>5</sup>, pilar fundamental de la Seguridad Jurídica<sup>6</sup>.

### **-III-**

#### **OBSERVACIONES DE ÍNDOLE PARTICULAR**

|  |
|--|
| <b>LIBRO I – PARTE GENERAL. TITULO II – PERSONA JURÍDICA. CAPITULO I – SECCIÓN 2 -<br/>Arts. 146 a 149</b> |
|--|

#### **III.1. PERSONAS**

A. El artículo 146 del Proyecto, donde se individualizan las Personas Públicas, no se hace referencia a las Personas Públicas No Estatales –con excepción de la Iglesia Católica– que han sido creadas por leyes especiales y reconocidas como una categoría especial de sujetos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de

<sup>4</sup> Ver autores mencionados en la nota anterior

<sup>5</sup> Conf. MAIRAL, HÉCTOR A; *La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*, Depalma, Bs. As, 1988, pág. 187

<sup>6</sup> Cabe recordar que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el principio de la seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento”, Fallos 316:3231



Justicia de la Nación que esta clase de personas si bien ejercen funciones públicas por delegación del Estado no integran su organización administrativa<sup>7</sup>.

La omisión es relevante por lo menos por dos motivos:

- (i) porque el reconocimiento de su existencia como sujetos de derecho –en tanto que supone un deslinde subjetivo entre el ámbito público y privado- corresponde a una norma de la jerarquía de la que se proyecta y
- (ii) porque la omisión podría dar entender que –con la salvedad de la Iglesia Católica- según nuestro sistema de fondo “todo lo público es estatal”, lo que constituiría un apartamiento de nuestro régimen constitucional dentro del cual el logro del Bien Común no pertenece con carácter monopólico al Estado<sup>8</sup>.

Por tales motivos, se sugiere incluir en el inciso a) del artículo 146 a las “**personas públicas no estatales creadas por normas especiales**”

B. El artículo 149 establece que “*la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica su carácter privado, sin perjuicio de otras especificaciones de orden público legalmente establecidas*”.

Si bien la primera parte de la norma sienta un principio correcto, la segunda – en cuanto reza “*sin perjuicio de otras especificaciones de orden público legalmente establecidas*”- es criticable por cuanto:

- (i) la noción de “orden público” –amén de ser de contenido vago- no tiene por qué alterar el principio general establecido en la primera parte de la norma proyectada, alterando el carácter privado de la persona jurídica donde el Estado tiene participación. A lo sumo, el “orden público” establecerá limitaciones al principio de autonomía de la voluntad en la conformación y actuación de tal persona jurídica, tal como se lo dispone en la específica regulación contenida en el artículo 12 del Proyecto;
- (ii) puede llevar a confundir dos conceptos que son diferentes como lo son “Orden Público” y “Derecho Público”. Así, mientras que el primero hace referencia a disposiciones fundamentales de un ordenamiento que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes, el segundo se refiere a una de las ramas

<sup>7</sup> Esto ha sido así afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración, cfr. In re “Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, del 11/09/2007; en igual sentido el Tribunal se pronunció en el caso registrado en Fallos 321 : 423 in re “Ceballos”.

<sup>8</sup> Conf. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso*, op y tomo cit, pág. 66



en que se divide al Derecho. Por otra parte, hay que tener en cuenta que no todas las normas de Derecho Público tienen el carácter y efectos de normas de “Orden Público”<sup>9</sup>.

A lo que debería referirse la norma en análisis es a la posibilidad que leyes especiales dispusieran la aplicación de ciertas reglas propias del Derecho Público como, por ejemplo, el sometimiento de las referidas personas jurídicas –en la medida en que la participación estatal sea mayoritaria- a ciertos controles específicos por parte del Estado<sup>10</sup>.

Así, se sugiere modificar la segunda parte del artículo en cuestión a tenor de lo siguiente: “*sin perjuicio de otras especificaciones contenidas en leyes especiales*”.

**LIBRO I – PARTE GENERAL. TITULO III – BIENES. CAPITULO I – SECCIÓN 2 - Arts. 235 a 239**

**III. 2. BIENES. RÉGIMEN DEL DOMINIO PÚBLICO**

El régimen de los artículos 235 a 239, que supone el deslinde entre el dominio público y privado, sigue, en líneas generales, la regulación contenida en el Código Civil según la reforma operada en 1968 y los principios aceptados en la materia por la doctrina y jurisprudencia.

No obstante, resulta criticable:

- (i) La última frase contenida en el primer párrafo del artículo 235, donde se dispone “*Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales*”. Parecería ser que antes que admitir que una ley especial –dictada por el Congreso de la Nación en ejercicio de las competencias atribuidas por el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional- pudiera despojar del carácter de bien dominial a alguno de los individualizados en dicho artículo (algo constitucionalmente posible pero, por razones de seguridad jurídica, estabilidad y uniformidad del régimen de fondo, no deseable)- a lo que se apunta con la referencia a “*excepto lo dispuesto por leyes especiales*” es a reconocer que la individualización de bienes dominiales allí establecida lo es sin perjuicio del carácter dominial que, respecto de otros bienes no incluidos en la norma en análisis, pudieran atribuirle otras leyes nacionales especiales.

Por ello, se sugiere que se modifique la segunda parte de la norma mencionada disponiendo “*sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales*”.

<sup>9</sup> Así, MARIENHOFF, *Tratado*, op y tomo cit; págs. 237-238 y LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As, 1986, págs. 60-61

<sup>10</sup> Tal como ocurre, por ejemplo, con la referencia a “todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias” que, como integrativas del concepto de Sector Público Nacional, trae el inciso b) del artículo 8º de la Ley 24.156



- (ii) Que no se haya aprovechado la oportunidad para incorporar nuevas formas de dominio público que posibilitarían la financiación de proyectos de infraestructura pública como, por ejemplo, la separación entre la dominialidad pública de una infraestructura respecto del inmueble sobre el que la misma se asienta que podría ser de dominio privado tanto del Estado como de particulares<sup>11</sup>. Si bien en el Proyecto se contempla el llamado derecho de superficie<sup>12</sup>, éste parece haber sido contemplado exclusivamente como un derecho real de naturaleza privada; de modo que su aplicación al ámbito del dominio público quedará sujeto a la interpretación extensiva que pudiera hacerse de tales disposiciones, lo que generará la falta de certeza acerca de su aplicación al ámbito público con la consecuente cuota de inseguridad jurídica.
- (iii) Que se insista en incluir –con carácter genérico o residual- en el artículo 235, inciso e) la dominialidad de “*cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*”, disposición ésta que, siendo idéntica a la contenida en el actual inciso 7 del artículo 2340 del Código Civil, ha llevado a que cierta doctrina considerase que obras de carácter público por su finalidad y afectación pero de titularidad privada por el origen de su inversión y financiamiento pertenecen, no obstante, al dominio público; afectándose así no sólo el derecho de propiedad de sus titulares, sino, también, las posibilidades de su financiación<sup>13</sup>.

Por tales motivos, se sugiere la eliminación de la frase “*cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común*”

**LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TITULO I – OBLIGACIONES EN GENERAL. CAPITULO 3 – SECCIÓN 1 – PARÁGRAFO 6 - Art. 765**

**III.3. RÉGIMEN DE LAS OBLIGACIONES DE DAR DINERO**

<sup>11</sup> Sobre el particular, véase, MAIRAL HÉCTOR A; “Nuevas ideas en materia de dominio público”, en AAVV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Bs. As, págs.. 110-111.

<sup>12</sup> Véanse, Proyecto, artículos 2114 a 2128

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión, y la crítica a la doctrina mencionada en el texto, pueden consultarse, MAIRAL, HÉCTOR A; “Nuevas ideas en materia de dominio público”, op. cit; TAWIL, GUIDO S; “Algunas reflexiones en torno al régimen jurídico de los bienes afectados al servicio público”, en en AAVV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, op. cit, págs. 523 y sigs; DE LA RIVA, IGNACIO M; “El dominio público y los bienes afectados a la prestación del servicio público”, en COMADIRA, JULIO PABLO E IVANEGA, MIRIAM M. (Coordinadores), *Derecho Administrativo. Libro en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Ad Hoc, Bs. As, 2009, pág.. 891 y sigs., en especial, págs. 896 y sig; y AGUILAR VALDEZ, OSCAR R; “Sobre la titularidad de las infraestructuras públicas”, en Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, *Libro Homenaje al Profesor Julio R. Comadira*, La Ley, Bs. As, 2009



La Corte Suprema ha establecido en conocida jurisprudencia que las “relaciones entre acreedor y deudor” –sean éstos sujetos públicos o privados- son de resorte exclusivo del Congreso de la Nación en función de lo prescripto por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional; de modo que, una vez sancionado los códigos de fondo por el Congreso Nacional, las Provincias carecen de competencia para legislar en la materia (artículo 126 de la Constitución Nacional)<sup>14</sup>.

De allí que las regulaciones contenidas en el Proyecto sobre el régimen de las obligaciones –y especialmente, las relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero- resultan de aplicación a las relaciones entre el Estado –nacional, provincial, municipal y al de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- y los particulares, sean éstas de Derecho Público o de Derecho Privado.

En este contexto, corresponde hacer mérito de la norma contenida en la segunda oración del artículo 765 del Proyecto en tanto dispone que: *“si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”*.

Tal disposición permitirá al deudor de moneda extranjera liberarse de su obligación dando el equivalente en moneda de curso legal. Así, teniendo en cuenta que dicha norma –en tanto regula los aspectos sustanciales de las relaciones entre deudores y acreedores- resultará de aplicación a las obligaciones que el Estado –nacional, provincial o municipal- asuman en moneda extranjera, afectará un aspecto sustancial de los créditos de particulares contra el Estado cualquiera que sea el título de su obligación (sentencia judicial, laudo arbitral, contrato, etc), especialmente, en tanto que la conversión se realizará al tipo de cambio oficial, hoy, como es sabido, notoriamente inferior al de mercado.

Asimismo, podría entenderse que esta norma en tanto habilita al deudor a desobligarse entregando moneda de curso legal, supone, por parte del Congreso Nacional, ejercer la llamada “soberanía monetaria” reconocida por el texto constitucional y por la jurisprudencia del Alto Tribunal<sup>15</sup>, con lo cual se trataría, además, de una norma de “orden público”<sup>16</sup>, que no admitiría pacto en contrario y que, por lo tanto y a tenor de lo prescripto en el artículo 7 del Proyecto,

---

<sup>14</sup> Doctrina de Fallos: 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344; 330:1708, entre muchos otros. En el precedente de Fallos 320:1344 –recordado, a su vez, en el caso registrado en Fallos 326:3899- se señaló que “es claro que la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta, y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los aludidos modos de extinción”

<sup>15</sup> En este sentido, véase el precedente registrado en Fallos 52:413, en especial, en página 431, donde la Corte Suprema consideró que la Ley de Inconversión de 1885 que habilitaba al deudor a cancelar en billetes de curso legal obligaciones contraídas en moneda nacional oro, constituía el ejercicio de la apuntada “Soberanía Monetaria” atribuida al Congreso de la Nación por el antiguo artículo 67, inciso 10 –actual artículo 75, inciso 11- y, por lo tanto, resultaba de innegable aplicación a las obligaciones asumidas con anterioridad a su sanción en moneda nacional oro.

<sup>16</sup> En este sentido, Fallos 329:5913, considerando 21) del voto de la mayoría.



resultaría de aplicación a las relaciones jurídicas preexistentes y a los contratos en curso de ejecución.

Por otra parte, debe repararse en la injusticia que se derivaría de sancionarse la referida norma pero manteniendo, paralelamente, la vigencia de la prohibición de indexar contenida en los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928, cuya vigencia y constitucionalidad ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema en su actual integración<sup>17</sup>.

Así las cosas, cabe concluir en que de mantenerse esta norma, en tanto que resultará de aplicación para las obligaciones contraídas en moneda extranjera por el Estado –nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-, ello implicará:

- (i) una “quita” sensible a los créditos contra el Estado válidamente constituidos en moneda extranjera, afectándose, así, el derecho de propiedad de los acreedores;
- (ii) se desincentivará el financiamiento del sector público por parte del sector privado,
- (iii) paradójicamente, se incentivará que aquellos acreedores que cuentan con suficiente poder de negociación, intenten imponerle al Estado la sujeción de sus relaciones a una ley extranjera con el fin de evitar la aplicación de esta norma.

Por tales motivos, **se sugiere eliminar el artículo 765 proyectado y mantener la redacción del actual artículo 617 del Código Civil el que dispone que: “si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.**

**LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TITULO I – OBLIGACIONES EN GENERAL. CAPITULO 5 – SECCIÓN 1 – Art. 930 inciso e), apartado (ii)**

#### **III.4. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS CON EL ESTADO**

El artículo 930, inciso e), apartado (ii) del Proyecto prohíbe la compensación de deudas y créditos pertenecientes “a distintos ministerios o departamentos”.

Si bien por las razones ya expresadas, es correcto que el Proyecto regule los mecanismos de extinción de las obligaciones entre el sector público y el privado, así como que la mentada disposición reconoce su correlato en el actualmente vigente Código Civil, lo cierto es que la razonabilidad de su mantenimiento presenta serias dudas, en razón que:

- (i) los diferentes ministerios carecen de personalidad jurídica diferenciada respecto de la Administración Central en la que se inscriben como órganos, lo que

<sup>17</sup> Ver, así, Fallos 333:447





hace que, en consecuencia, carezcan de unos de los atributos de la personalidad cual es el de tener patrimonios diferenciados, diferenciación patrimonial ésta que sí justificaría la imposibilidad de compensación;

- (ii) tratándose de créditos y deudas recíprocos entre particulares y organizaciones estatales que – tal como ocurre, por ejemplo, con la Administración Pública Nacional y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- sus respectivos regímenes hacendales consagran el principio de “Unidad de Caja”, la solución más razonable parece ser aquella que justifica la adopción de un criterio contrario al establecido en la norma en análisis.

Por estas razones, **se sugiere la eliminación de esta disposición.**

**LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TÍTULO V – OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. CAPÍTULO 1 – SECCIÓN 9 – Arts. 1763 a 1765**

### **III.5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

Si bien el artículo 1763 sienta el principio general de que la persona jurídica (y el Estado nacional, provincial y municipal lo es a tenor de lo prescripto por el artículo 146 del Proyecto) responde por los daños que causen quienes las dirigen o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones, los artículos 1764 y 1765 disponen la no aplicación de las disposiciones del Título V –entre las que se encuentra el referido artículo 1763- a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria puesto que se entiende que la misma se rige “*por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

Más allá de que para evitar dudas sobre la vigencia en nuestro derecho de la procedencia de la responsabilidad del Estado, hubiese resultado conveniente no excluir la aplicación del principio contenido en el artículo 1763 cuando se trate de personas públicas estatales, en tanto que se trataría de la explicitación en una norma de fondo de un Principio General de Derecho de fuente constitucional<sup>18</sup>, lo cierto es que no resulta criticable la remisión efectuada –respecto de la regulación del régimen de responsabilidad del Estado- al derecho administrativo nacional o local según corresponda, toda vez que, a este respecto y más allá de las diversas posturas doctri-

<sup>18</sup> Criterio éste ya esbozado por RODOLFO BULLRICH en 1920, en la Introducción a su clásica obra *La Responsabilidad del Estado*, Jesús Menéndez Editor, Bs. As., 1920, pág.7. Asimismo, la Corte Suprema ha señalado que el deber de responder del Estado por los daños causados por el ejercicio de sus funciones se fundamenta en el principio de *alterum non laedere* que encuentra su raíz constitucional en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, conf. Fallos 308:1118, Fallos 308:1160, Fallos 320:1996, Fallos 327:857, entre muchos otros. Por su parte, en Fallos 329:759, el Tribunal sostuvo, categóricamente, haciendo referencia a las normas sobre responsabilidad contenidas en el Código Civil que: “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”



narias que se ha expuesto en doctrina sobre el particular<sup>19</sup>, la solución parece ser adecuada a la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, especialmente, la dictada a partir del caso “Barreto”<sup>20</sup> y a la conducta seguida por algunas provincias que han incluido normas sobre ciertos supuestos de responsabilidad del Estado Provincial en sus respectivas constituciones<sup>21</sup>.

Por otra parte, no hay que olvidar que un supuesto de fundamental trascendencia como lo es la responsabilidad del Estado por los daños causados por su obrar legítimo fue creado pretorianamente por la Corte Suprema en ausencia –o mejor dicho, en contra- de normas contenidas en el Código Civil<sup>22</sup>.

Como ya se lo ha señalado, hay que tener en cuenta que la responsabilidad del Estado –tanto por su obrar ilegítimo como lícito, y tal como lo ha recordado en más de una oportunidad, la Corte Suprema- tiene su fundamento directo en la Constitución Nacional (arts. 14, 16, 17, 18 y 19), amén de encontrarlo hoy en día, también, en Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional, razón por la cual la ausencia de norma al respecto en el Proyecto no debería ser una razón para que su procedencia fuese negada o restringida por los tribunales –por ejemplo, alterando los factores de atribución reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema- ni para que el Congreso Nacional ni las legislaturas locales pretendiesen válidamente desnaturalizarla o eliminarla en sus respectivos ámbitos, puesto que una solución de este estilo sería claramente inconstitucional.

De todos modos, merced a la explícita remisión que efectúa el Proyecto a la legislación nacional y local, sumado a la ausencia de toda norma en el mismo que consagre, a título de principio general de derecho, la responsabilidad del Estado por los daños causados por su accionar, surge el interrogante acerca de cómo será ésta reconocida, en la práctica, por los tribunales,

---

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la expuesta por CUADROS, OSCAR, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Abeledo Perrot, Bs. As, 2008.

<sup>20</sup> Fallos 329:759. Sobre esta cuestión, véase, CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso*, op y tomo cit; pág. 386, GAMBIER, BELTRÁN Y PERRINO, PABLO ESTEBAN, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, JURISPRUDENCIA ARGENTINA 1996-IV-793 y sigs; PERRINO, PABLO ESTEBAN, “Crítica al enfoque *iusprivatista* de la Responsabilidad del Estado”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Bs. As, 2008, págs. 791 y sigs y PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO Y BUSTELO, ERNESTO N; “Barreto: La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales”, en LA LEY 2006-E-264, en especial, pág. 270.

<sup>21</sup> Véanse las referencias en GAMBIER, BELTRÁN Y PERRINO, PABLO ESTEBAN, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, op cit, pág. 794 y en PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO Y BUSTELO, ERNESTO N; “Barreto: La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales”, op cit, pág. 270.

<sup>22</sup> Ello, principalmente a partir del caso registrado en Fallos 195:66 y a contramano de lo normado en el primer párrafo del artículo 1071 del Código Civil que reza: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”. Sobre esta cuestión, ver, por ejemplo, CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso*, op y tomo cit; págs. 451 y sigs; BIANCHI, ALBERTO, *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As, 1998, pág. 25 y TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, 2º edición, Depalma, Bs. As, 1993, pág. 25. Algo similar ocurrió en materia de responsabilidad del Estado por su obrar ilícito, donde la Corte Suprema reconoció la procedencia de tal responsabilidad a espaldas del viejo artículo 43 del Código Civil que establecía la irresponsabilidad civil de la persona jurídica por daños causados por el obrar de sus administradores.



lo que obligará, ahora más que nunca, a poner la atención en la independencia e imparcialidad de los jueces, puesto que lo contrario puede constituir una abierta y peligrosa invitación a la destrucción del Estado de Derecho en nuestro país<sup>23</sup>.

Por tales razones, se propone que **se modifique el artículo 1764 a tenor del siguiente texto: “Con excepción de lo establecido en el artículo 1763, las disposiciones de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.**

**LIBRO III – DERECHOS PERSONALES. TÍTULO V – OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. CAPÍTULO 1 – SECCIÓN 9 – Art. 1766**

**III.6. RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO**

El artículo 1766 del Proyecto dispone: “*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 rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda*”.

A diferencia de lo que ocurre con el supuesto de la responsabilidad del Estado, la solución adoptada por el Proyecto en este aspecto es por un lado, equivocada e inconstitucional y, por otro, peligrosa desde el punto de vista institucional.

La solución es equivocada e inconstitucional, por cuanto sólo la responsabilidad disciplinaria y patrimonial frente al Estado se rige por el Derecho Administrativo; por el contrario, la responsabilidad del Funcionario por los daños causados a terceros por haber obrado fuera del ámbito de sus funciones (“falta personal”), es de innegable naturaleza civil y, por lo tanto, objeto de exclusiva regulación del Congreso Nacional en los términos del artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional<sup>24</sup>.

Sin perjuicio de señalar que la redacción del artículo parece no distinguir entre la llamada “falta de servicio” y la “falta personal”<sup>25</sup>, no puede quedar duda que, en rigor, la norma proyectada se refiere a la responsabilidad del funcionario derivada de esta última, toda vez que, según conocida jurisprudencia de la Corte Suprema, los daños derivados de la “falta de servi-

<sup>23</sup> Ante esta realidad, recobra, ahora, vigorosa actualidad el conocido episodio del Molinero de Sans Souci quien se había negado a venderle su propiedad al Emperador Federico II de Prusia, ante lo cual éste, le gritó: “¡Si te la puedo tomar sin pagártela!, respondiéndole el Molinero: “Sí, pero hay jueces en Berlín”. La referencia a este episodio se encuentra, por ejemplo, en REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, EUDEBA, Bs. As, 1969, pág. XV.

<sup>24</sup> Así, MARIENHOFF, *Tratado*, Tomo III-B, pág. 382; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso*, op y tomo citis; pág.437; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia*, op. Cit; pág. 182. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conf. Fallos 334:376 y más recientemente, in re “Acosta Torres, Eulogio c/Estado Nacional Ministerio de Justicia y otros”, fallo del 8 de mayo de 2012.

<sup>25</sup> Sobre el particular, véase, por ejemplo, GALLI BASUALDO, MARTÍN, “La falta de servicio y la falta personal”, *El Derecho Administrativo*, Año XLVI, Nro. 12.123, 31/10/2008



cio” se imputan directamente al Estado y no al funcionario<sup>26</sup>. De allí que la remisión de la responsabilidad del funcionario frente a terceros por “falta personal” al derecho administrativo resulta notoriamente inconstitucional pues infringe la competencia atribuida de modo exclusivo al Congreso Nacional por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional.

La solución adoptada es, a la vez, peligrosa desde el punto de vista institucional por cuanto tanto el Congreso Nacional como las legislaturas locales –amén de resultar éstas incompetentes para ello- pueden verse tentados en legislar muy restrictivamente la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, generando, así, espacios de mayor impunidad que los hoy existentes.

Por todas las razones expuestas **se sugiere la eliminación completa del artículo en cuestión.**

**LIBRO VI – DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES. TITULO I – PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CAPITULO 1 – SECCIÓN 1 – Art. 2534 – SECCIÓN 3 – Art. 2548**

**III.7. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES CONTRA EL ESTADO**

**A. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE PRESCRIPCIÓN CONTENIDAS EN EL PROYECTO A LAS ACCIONES DERIVADAS DE RELACIONES DE DERECHO PÚBLICO NACIONAL Y LOCAL.**

De modo concordante con la jurisprudencia que ha establecido que las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva competencia del Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que, aún cuando el derecho público local rija la relación sustancial, la prescripción es de resorte exclusivo del Congreso Nacional a tenor de lo prescripto por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional<sup>27</sup>. De allí que el Tribunal haya aplicado las disposiciones contenidas en el Código Civil a acciones derivadas de relaciones de Derecho Público tanto nacional como provincial, vedándoles, paralelamente, a las legislaturas locales competencia para legislar sobre este aspecto.

En línea con lo señalado en el párrafo precedente, el actual artículo 3.951 del Código Civil dispone que *“El Estado general o Provincial, y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser propiedad privada; y pueden igualmente oponer la prescripción”*

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, Fallos 330:2748, Fallos 333:1404 y Fallos 334:376 y sus citas. Ello no quita, claro está, que en determinados supuestos no puedan concurrir la “falta de servicio” y la “falta personal”, conf. Fallos 329:1881 y en doctrina, CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Curso*, op y tomo cits; pág.437, CAPUTI, CLAUDIA, “La concurrencia de responsabilidad entre personas públicas y privadas. La Responsabilidad *in solidum*”, en AAVV, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 867; GALLI BASUALDO, MARTIN, “La falta de servicio y la falta personal”, op. Cit.

<sup>27</sup> Así, y sólo por citar los precedentes más recientes, véase, Fallos 320:1344; Fallos 326:3899; Fallos 327:3187; Fallos 332:616, Fallos 332:2108; Fallos 332:2250, entre muchos otros



A diferencia de lo actualmente prescripto por el mencionado artículo 3.951 del Código Civil, el artículo 2534 del Proyecto dispone que *“La prescripción opera a favor y en contra de todas las personas, excepto disposición legal en contrario”*.

Como puede observarse, no se hace ya referencia al Estado sino sólo una genérica a “todas las personas”. Teniendo en cuenta que el Estado –nacional, provincial y municipal, incluyendo a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- son “personas” en los términos del artículo 146 y concordantes del Proyecto, no deberían quedar dudas sobre la aplicación, a estos sujetos, de las regulaciones en materia de prescripción contenidas en el Proyecto. Por otra parte, la norma contenida en el artículo 2548 –interrupción de la prescripción por reclamo administrativo- coadyuva a afirmar la conclusión antes mencionada, en tanto que dicha norma carecería de sentido sino supusiera que la prescripción regulada en el Proyecto es oponible por el Estado.

No obstante, hay que resaltar que –en función del enfoque adoptado por el Proyecto, por medio del cual parecería ser que fue intención limitar las regulaciones del Proyecto al derecho privado y remitir todo lo referido al derecho público a la legislación federal y local- la ausencia en este capítulo de toda referencia al Estado así como a los supuestos de prescripción de acciones de Derecho Público, podría llevar a interpretar que las disposiciones allí contenidas sólo se aplican a la prescripción de las acciones derivadas de las relaciones de derecho privado que pudieran existir entre particulares y el Estado pero no a las regidas por el Derecho Público, con lo cual se generaría un estado de incertidumbre sobre un aspecto esencial de las relaciones jurídicas anudadas con el Estado, lo que afectaría el principio constitucional de Seguridad Jurídica.

Al amparo de las normas proyectadas y ante la ausencia de referencias expresas a la aplicación de las normas allí contenidas a la prescripción de las acciones derivadas de relaciones de derecho público, entonces, las provincias podrían considerarse competentes para legislar en esta materia, tal como ha ocurrido en el pasado, y que la Corte Suprema ha fulminado –luego de largos procesos judiciales- con la sanción de la inconstitucionalidad.

De allí que **se propone que se introduzca un segundo párrafo al artículo 2534 en los siguientes términos: “Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes nacionales especiales, el Estado Nacional, las Provincias, las Municipalidades, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y todas las personas públicas están sometidas a las prescripciones reguladas en este Título, sea que la acción se derive de relaciones de derecho público o de derecho privado”**

#### **B. SOBRE EL CARÁCTER INTERRUPTIVO DEL RECLAMO ADMINISTRATIVO.**

El artículo 2548 del Proyecto dispone que *“El curso de la prescripción se interrumpe por reclamo administrativo si es exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial. El efecto interruptivo se tiene por no sucedido si no se interpone demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales o, en su defecto, por seis (6) meses contados desde que se tiene expedita la vía judicial”*.

Dos son las observaciones que merece la norma proyectada.



En primer lugar, parecería que la norma parte del presupuesto que, como exclusivo requisito para poder demandar al Estado, puede resultar obligatorio un “reclamo administrativo”. No obstante, desde el punto de vista técnico, puede constituir un presupuesto obligatorio para incoar la demanda judicial –tanto en el orden federal como en el local- no sólo la interposición de un “reclamo administrativo” sino, también, la de “recursos administrativos”, lo que ocurre cuando lo que se impugna es un “acto administrativo”. No obstante, en la norma en análisis, el efecto interruptivo sólo le es reconocido al “reclamo administrativo” de interposición obligatoria y no a los “recursos administrativos” que también, según la normativa adjetiva federal y local, suelen resultar obligatorios para agotar la vía administrativa previo a demandar al Estado<sup>28</sup>.

Por tales razones, y a fin de mantener coherencia en el régimen de interrupción de la prescripción, correspondería **modificar el primer párrafo de la norma proyectada a tenor de lo que sigue: “El curso de la prescripción se interrumpe por reclamo o recurso administrativo si es exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial”**.

En segundo lugar, y en lo que hace a la eliminación del efecto interruptivo producido por la interposición del reclamo, si bien resulta razonable tal consecuencia por haberse operado la caducidad de la acción procesal administrativa, no ocurre lo mismo con el supuesto previsto en la última oración de la norma en tanto dispone que “o, en su defecto, por SEIS (6) meses contados desde que se tiene expedita la vía judicial”.

En efecto, cabe preguntarse ¿qué supuesto pretende contemplar la disposición? ¿significa que en “defecto” de un plazo de caducidad para demandar el particular se encuentra obligado a interponer la demanda dentro del plazo de seis meses bajo pena de tenerse por no interrumpida la prescripción causada por la interposición del reclamo, ello, aún cuando el plazo de prescripción pueda ser mayor? En su caso, ¿cuál es el motivo para acortar el plazo de prescripción y obligar a demandar al Estado?

La obscuridad de la norma es patente y afecta, notoriamente, la seguridad jurídica y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, amén de generar el incentivo para una mayor litigiosidad con el Estado. Por otra parte, so color de regular el efecto interruptivo de la prescripción, parecería ser que el Proyecto ha impuesto un plazo de caducidad de seis meses para demandar al Estado, materia ésta que, por cierto, le es completamente ajena a un código de fondo y que debe quedar reservado para la legislación adjetiva -federal y provincial-.

Por tales razones **se propone la eliminación del segundo párrafo del artículo 2548**.

---

<sup>28</sup> En los casos en que se interpusiera un reclamo o recurso administrativo no obligatorio como presupuesto para demandar en sede judicial, el mismo provocaría la suspensión de la prescripción por seis meses o por el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción según lo dispuesto por el artículo 2541 del Proyecto.



**-IV-**

**A MODO DE COROLARIO**

Si bien el Derecho Administrativo ha adquirido una razonable autonomía y sustantividad jurídica, ello no implica negar –sino más bien, todo lo contrario- que entre éste y las materias que deben ser objeto de un código de fondo como el proyectado, existan importantes relaciones y vinculaciones que vienen exigidas tanto por mandato constitucional como por la necesaria uniformidad y coherencia del ordenamiento llamado a regir en nuestro país. Además, razones de seguridad jurídica y hasta el mismo principio de Estado de Derecho así lo exigen.

Como se ha intentado demostrar sumariamente, el Proyecto contiene ciertas omisiones, disposiciones y remisiones al derecho federal o local que no respetan las relaciones antes mencionadas y, por lo tanto, en lugar de brindar mayor seguridad jurídica y coherencia en el ordenamiento –lo que beneficiaría tanto al Estado como a los particulares- podrá derivar en la creación de nuevas dificultades y conflictos en las relaciones entre los sectores públicos y privados.

Es de esperar que, fruto de un profundo y serio análisis y debate, alejado de toda pasión coyuntural, puedan corregirse tales defectos a fin de dotar a la Nación de un código de fondo destinado a regir, por mucho tiempo y con vocación de justicia, las relaciones jurídicas que se desarrollan en su seno. Nuestro país y nuestra sociedad lo merecen.

**Oscar R. Aguilar Valdez**  
**T° 44 F° 225 CPACF**

**Presidente de la Comisión de Derecho Administrativo**  
**Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires**