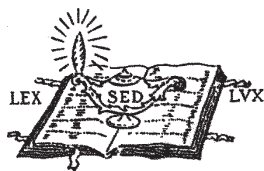


ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO LIV - NUMERO 47
2009



LA LEY

BUENOS AIRES

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

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Todos los derechos reservados
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 4812-9327 y 4815-6976
(1014) Buenos Aires - Argentina

I.S.B.N.: 978-987-03-1811-8

**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*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 47

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). Segunda edición actualizada.
- 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 antídotos 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.

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*

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 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.*

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

- *Descentralización Productiva.*

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.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

Vicepresidente

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Secretarios

Académico Dr. Santos Cifuentes

Académico Dr. Héctor Alegria

Tesorero

Académico Dr. Jorge H. Alterini

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007

Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 setiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain	10 setiembre 2009
---------------------------	-------------------

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
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. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 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
Dr. Francesco Galgano	Italia	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. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Dimas González Gowland
Dra. Margarita Argúas	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Eduardo Labouge
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Hilario Larguía
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Ricardo Levene
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Mario Justo López
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Francisco Canale	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. José N. Matienzo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Manuel María Diez	Dr. José Luis Murature
Dr. Luis M. Drago	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Alfredo Orgaz

Dr. Adolfo Orma
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. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
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. 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

I
INCORPORACIONES

PALABRAS DE APERTURA

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

Queda abierta la sesión pública del 14 de mayo de 2009.

Señores académicos

Señor académico recipiendario doctor Felipe Osterling Parodi

Señoras y señores

La Academia se honra con la incorporación pública del doctor Felipe Osterling Parodi designado en la sesión privada del 6 de junio de 2008, académico correspondiente en la República del Perú, en la entrañable República del Perú.

La Academia se honra con la incorporación de un Maestro del Derecho Civil base del derecho privado en los países de *jus civilis* herederos del Código Napoleón como Perú y nuestra Argentina.

Así lo refleja el Código Civil del Perú en cuya redacción participó destacadamente el señor académico recipiendario, pues dicho Código prescribe que sus disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

(*) Palabras del Académico Presidente en la apertura del acto público de incorporación del Académico correspondiente Felipe Osterling Parodi, el 14 de mayo de 2009.

La Academia se honra con la incorporación de un maestro del Derecho Civil que ha brindado obras fundamentales en la materia clave de la disciplina, el “Derecho de Obligaciones”.

En el discurso de recepción, la antigua *laudatio* de la *universitas* o academia clásica, los antecedentes del doctor Felipe Osterling Parodi, serán expuestos por el señor Académico Héctor Alegría.

En el discurso de incorporación, la antigua lección magistral de la *universitas* o academia clásica, el señor académico recipiendario nos ilustrará con su disertación sobre el tema “*A más de doscientos años del Código Napoleón*”.

Señor académico Felipe Osterling Parodi en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, agradezco a Vd. contarle entre nosotros y me permito hacerle entrega del diploma que acredita su designación y de la respectiva medalla recordatoria.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

Es un gran honor presentar en este acto al nuevo Académico Correspondiente en Perú, Dr. Felipe Osterling Parodi.

El año pasado vio la luz una monumental obra de homenaje a nuestro nuevo Académico Correspondiente, que en tres voluminosos tomos, de 2419 páginas, contiene más de cien trabajos de las más diversas materias del derecho, ofrecidos por autores peruanos y de distintas nacionalidades. En uno de sus primeros artículos, al hacer una semblanza del profesor Osterling, Juan Chávez Molina escribe una frase que resume nuestras primeras palabras “*el periplo recorrido, trayectoria espiritual de Felipe, es tan rico y múltiple que requiere de una obra en Do Mayor, para conseguir el retrato con la luz y sombras que exige la reciedumbre y su personalidad*”.

Agregaríamos la conocida reflexión sobre que presentar al Maestro, es, a la vez, fácil y difícil. Fácil porque bastará pocos de los antecedentes que he de mencionar para que ya aparezca ampliamente justificada la incorporación decidida por esta Academia; y difícil porque resumir los importantes antecedentes en sus múltiples facetas, resulta un objetivo imposible dentro del breve tiempo con que contamos.

El Dr. Osterling Parodi es abogado y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Perú y ha seguido estudios de postgrado en 1955 y 1956 en las Universidades de Michigan y de New York. En 1966 concurre invitado a las universidades de Notre Dame, Harvard, Georgetown, Columbia y New York, y en 1969 a la universidad de Wisconsin.

(*) Discurso de recepción del Académico correspondiente Felipe Osterling Parodi, en la sesión pública del 14 de mayo de 2009

Nos referiremos ahora en primer lugar a su extensa vida académica que abarca su actuación como profesor, como publicista y como proyectista del Código Civil.

Desde 1957 es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, habiendo dictado cursos de Derecho Internacional Privado, de Contratos y de Práctica de Derecho Civil y desde 1964 en el curso de Derecho de Obligaciones, que también enseñó en la Universidad de Lima.

Los alumnos recuerdan la dedicación y claridad del profesor Dr. Osterling Parodi, al punto que podría decirse que en Perú hablar de profesor de Obligaciones es señalarlo ya con nombre y apellido.

En su extensa actuación docente ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad en la que se graduó y tuvo y tiene una extensa actividad en distintos aspectos de la conducción y consejos consultivos de ella y de otras universidades.

Es Profesor Honorario de las Universidades de San Agustín y Católica Santa María de Arequipa, de la Universidad del Sagrado Corazón y Extraordinario de la Universidad de Lima.

Como autor ha publicado numerosos trabajos sobre derecho civil, constitucional, arbitraje y sobre temas políticos. A su pluma se deben varios libros, entre ellos “Retos y Logros”; de un manual denominado “Método de enseñanza del Derecho de Obligaciones”; de la “Exposición de Motivos” sobre “Las obligaciones” en el nuevo Código Civil de 1984; del “Compendio de Legislación Civil” y de un libro autobiográfico publicado en el año 2005, denominado “Páginas del viejo armario”.

En colaboración publicó “Estudio sobre las obligaciones dinerarias en Perú”, aparecido en México, un trabajo sobre “La mora”, y, como compendio de su desempeño en el Ministerio de Justicia, un volumen titulado “En justicia”, que se menciona como su primer libro.

Sin embargo, su obra magna es “Derecho de Obligaciones en el Código Civil de 1984”, que consta de 16 tomos y del que nuestro ex Académico Guillermo A. Borda, ha dicho, al prologarlo, “*esta obra excede largamente de un prolijo comentario del Código Civil de 1984, es una obra de un significado universal, de la que no podrá prescindir ningún estudioso del Derecho Civil y que honra a la literatura jurídica peruana y latinoamericana*”; en igual sentido se ha pronunciado el ilustre profesor Fernando de Trazegnies

Granda que dijo “*abogado ilustre, legislador sapiente, admirado profesor universitario, político digno, ha encontrado afortunadamente todavía tiempo dentro de tantas y tan apremiantes ocupaciones para realizar una reflexión monumental*”. Similares conceptos han señalado muchos otros comentaristas de su obra, cuya trascipción excede de esta presentación.

Otro aspecto trascendente de su perfil académico lo constituye su decisiva participación en la redacción del Código Civil, finalmente sancionado en 1984. En 1970 fue designado para integrar la Comisión Reformadora, como representante de la Corte Suprema de la República. Merece destacarse que, en lugar de designar a uno de sus miembros, la Corte lo eligió para que la representara junto a personajes notables del derecho peruano, como José León Barandiaran, Félix Navarro Irving, Jorge Eugenio Castañeda, Max Arias Schreiber Pezet y Jorge Vega García. Osterling, con 38 años, pasó a presidir la Comisión, en la que trabajó durante 14 años hasta la promulgación del Código Civil de 1984.

Pasamos ahora a reseñar brevemente la vida política del Profesor Osterling. Fue llamado por el Presidente Belaúnde Terry como Ministro de Estado en la cartera de Justicia, desde junio de 1980 hasta agosto de 1981. Como primer Ministro de Justicia del restaurado gobierno constitucional tuvo enorme tarea, pues el gobierno militar anterior había suprimido esa cartera. Una interesante anécdota nos la cuenta Luis Bedoya Reyes, ex primer ministro y presidente del Partido Popular Cristiano del Perú, cuando relata que el presidente Belaúnde había prometido en su campaña no dormir una noche en el Palacio de Gobierno sin restaurar la libertad de prensa y sin devolver los diarios —que habían sido confiscados en el gobierno revolucionario— a sus legítimos dueños. Pero respetuoso del orden jurídico institucional, como tales expropiaciones habían sido plasmadas mediante decretos leyes, Osterling entendía que no existía tiempo material para dejarlos sin efecto por una norma de nivel similar, como correspondía. Sin embargo, como la designación de los directores de los diarios y sus principales responsables se había dispuesto por un Decreto Supremo del Poder Ejecutivo, después de una larga jornada de trabajo, Osterling propuso al Presidente designar en tales cargos a las personas que habían sido sus antiguos y legítimos propietarios. Bedoya Reyes comenta: “el huevo de Colón con la simplicidad de Sancho. Belaúnde durmió en palacio y Osterling recuperó su derecho a dormir”. De su desempeño en ese ministerio se dijo: “*Dura fue la travesía jurídica julio 1980 – julio 1981. Para nosotros, coautores principales de la Constitución Política de 1979, el nuevo gobierno tendría que confrontar, entre otras, muy diversas situaciones concretas: devolver hábitos e instituciones democráticas actualizadas a*

1980, después de doce años de gobierno militar empeñado en crear un “nuevo orden” que todo lo había desarticulado y muy poco había organizado; recrear el Ministerio de Justicia; atender a la creación de nuevas instituciones básicas: Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal de Garantías Constitucionales y todo lo que la Constitución exigía como restitución del Estado de Derecho; revisar miles de decretos dictados en esos doce años por el gobierno militar y derogarlos o sustituirlos de acuerdo con la nueva Constitución y un auténtico ordenamiento democrático. Toda esta área le tocaba al Ministro de Justicia. Y esa fue la que ejecutó con éxito Felipe Osterling en un solo año”.

No se agota allí su relevante actividad política pues en 1985 fue elegido por primera vez Senador de la República, con el mayor caudal de votos de la lista que lo propiciaba, desempeñándose hasta 1990. En esa oportunidad tuvo destacada actuación al oponerse a una pretendida estatización de los sistemas bancario, financiero y de seguros, reconociéndose que la firme posición del entonces Senador Osterling motivó que la ley finalmente no se adoptara. Tuvo un segundo período como Senador desde el 26 de junio de 1991 hasta el 5 de abril de 1992, habiéndoselo elegido con el mayor caudal de votos dentro de su lista. En este período es designado Presidente del Senado y del Congreso de la República, cargos en que reafirmó sólidamente los principios constitucionales y el respeto a la institucionalidad de la República. Al disolverse el Congreso por el autogolpe de estado del 5 de abril de 1992, dejó su cargo y “sufrió confinamiento domiciliario y silenciamiento real como castigo por su gesto viril en defensa del sistema democrático”. En su desempeño como Senador perteneció a diversas comisiones y representó al cuerpo ante entidades y gobiernos extranjeros como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Comisión de Relaciones Exteriores del gobierno de los Estados Unidos.

De todas maneras siguió vinculado a la actividad política en el Partido Popular Cristiano del que fue vicepresidente y actualmente es presidente del Consejo Consultivo Nacional.

El Profesor Osterling ejerció activamente la vida profesional, primero en el estudio de su tío Félix Navarro Irvine, posteriormente en el estudio Olaechea, uno de los más antiguos del Perú, del que fue socio, y posteriormente en su propio estudio fundado en 1980.

Su permanente inquietud lo lleva a aspirar al cargo de Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, desempeño del que dice que, con excepción del contexto familiar “si alguna vez me invadió una felicidad

plena y total fue el día que fui elegido decano del Colegio de Abogados de Lima, el inolvidable 19 de diciembre de 1994. Rebotante de alegría no sabía que hacer conmigo mismo. Sentí que era todo cuanto podía y debía esperar como compensación en mi carrera profesional y de entrega de mi vida a los valores morales, intelectuales y cívicos del derecho.”

El profesor Osterling ha recibido condecoraciones del Estado peruano, de los congresos de Perú, Bolivia y Chile y por orden de Su Majestad el Rey de España, en el mes de julio de 1981 recibió la Condecoración de San Raimundo de Peñafort en su grado de Gran Cruz.

No podemos dejar esta parte de nuestra intervención sin señalar que Osterling fue incorporado a la Academia Peruana de Derecho en mayo de 1993, de la que fue Presidente desde 2006 hasta hace pocos meses.

Finalizamos esta presentación con algunas referencias más informales con especial relación con nuestra ciudad. Como simpatizante de un club de fútbol, llegó a ser directivo y, como tal, acompañó a la delegación de ese club a un memorable encuentro celebrado en Buenos Aires y que terminó en una gresca entre los jugadores, que derivó con la expulsión de todos los integrantes de ambos equipos y la posterior detención en la comisaría de la zona. La noche siguiente Osterling acompañó solidariamente a los jugadores de ambos equipos que, paradójicamente, confraternizaron en su lugar de reclusión.

Lo tenemos hoy entre nosotros para recibir su designación en oportunidad en que celebra sus 50 años de matrimonio, cuya luna de miel transcurrió parcialmente en Buenos Aires y nos congratulamos de que tal emotiva celebración sea acompañada por este acto de alto nivel académico.

Pocas líneas bastarán para dar fin a esta presentación, con conceptos que sobre él se han vertido y que me permito hacer míos para este acto. Su hija Madeleine, aquí presente, dice *“Una de las cosas por la que estoy más agradecida y orgullosa en la vida es por mi padre. No imagino la vida sin él. Ha participado en muchas decisiones importantes de mi vida y lamento por aquellas en las que no estuvo presente el amor y la lucidez de su consejo”* ... y *“En los años 1970 y 1980, cuando las playas de Asia no existían como balneario y el fútbol sólo distraía sus horas del domingo por las tardes, mi padre dedicó todos, absolutamente todos sus fines de semana y días feriados a dar impulso a esta Comisión, a preparar el articulado de Libro VI del Nuevo Código Civil y la Exposición de Motivos correspondiente. Un esfuerzo y tra-*

bajo del que yo fui testigo de excepción y que, a mi juicio, jamás fue suficientemente reconocido por las autoridades ni por el medio académico. Ha sido un valioso aporte, y estoy segura de que la historia y las futuras generaciones de abogados sabrán reconocer.”

Bedoya Reyes a su vez expresó “*Sostiene Felipe que en cada trance de su vida una especie de hada protectora lo ha ayudado a resolver problemas y escalar posiciones. Pretextos de modestia verbal. Creo que su carácter sereno pero firme, tenaz pero sin porfía, libre de fundamentalismos siempre sectarios, abierto para escuchar y lúcido para resolver, han sido, independientes o concretamente, los imanes que lo han aproximado a su meta*”; Oscar Maúrtua de Romaña dijo: “*Perfectamente podía haberse mantenido en la remunerativa y predecible esfera privada, a salvo de los avatares de la política. Eligió el servicio público como servicio de vida, aguijoneado seguramente por el inculdicable deseo de un Perú más justo, más solidario. Empresa a la que dedicó sus mejores años.*”. Asimismo Ulises Quiroga Parodi dijo: “*En nuestros años de Derecho, de 1963 a 1967, tuvimos excelentes profesores como Héctor Cornejo Chávez, Jorge Avendaño Valdez, Raúl Ferrero Rebagliati, César Augusto Mansilla, etc. Pero para nuestra clase, uno destacó sobre los demás, porque, además de ser un gran maestro, supo ganarse la amistad de los alumnos.*”... “*Felipe es una persona que nació para enseñar a generaciones de jóvenes ávidos de aprender y a quien la palabra “maestro” le calza a la perfección.*”; y Lourdes Flores Nano, ex candidata a Presidenta de Perú y Rectora de la Universidad San Ignacio de Loyola, expresó: “*Permanentemente consultado, siempre se muestra actualizado y moderno. No hay palabras altisonantes; pero, cuando corresponde, hay comentarios contundentes y críticas certeras. Denota preocupación por el Perú, por su presente y su futuro. Muestra su convicción democrática y exige acción firme frente a quienes aspirar a crear el caos o a perturbar el sistema. Quiere un Perú de progreso y de mayor justicia para sus hijos y para sus nietos*”.

Concluyo con las palabras de su amigo, el ya mencionado Bedoya Reyes, “Felipe Osterling al hacer el balance de su vida, descubre ante ella que sólo tuvo primaveras”. Lo podemos refirmar ahora que nos acaba de presentar su flamante “Compendio de Obligaciones” de más de mil páginas, que enriquecerá nuestra biblioteca.

Es un orgullo presentarlo en nuestra Corporación en la seguridad que con su ingreso se refirmarán los estrechos vínculos de hermandad y amistad entre nuestros países, nuestros pueblos y nuestra ciencia jurídica. Pido al nuevo académico nos brinde su autorizada palabra, que todos esperamos.

A MÁS DE DOSCIENTOS AÑOS DEL CÓDIGO NAPOLEÓN

POR FELIPE OSTERLING PARODI (*)

Promulgado el 21 de marzo de 1804, el Código Civil francés no es solamente un monumento en la historia del Derecho, sino también uno de los Códigos fundadores de la era contemporánea.

Algunos juristas del Antiguo Régimen habían soñado con la unificación del Antiguo Derecho Privado francés, en ese entonces fraccionado entre países de Derecho escrito. Para cristalizar esta ambición, se habían presentado sucesivamente tres proyectos durante los años 1793, 1794 y 1796, que habían fracasado al ser sometidos a las asambleas revolucionarias. Bajo el impulso de *Napoléon*, en cambio, y con el apoyo de destacados juristas reunidos en el nuevo poder, el régimen del Consulado logró llevar a término la empresa codificadora.

Poco a poco iba siendo aprobado el Código, hasta que el 21 de marzo de 1804 fue promulgado en su integridad. Posteriormente, en 1807, fue reimpresso oficialmente con el nombre de *Code Napoléon*, tal vez para satisfacer la vanidad del flamante Emperador. En 1814, con la restauración monárquica, si bien el Código no fue derogado, pasó a denominarse simplemente *Code Civil*. A la larga la historia hizo justicia y desde 1870 nuevamente quedó designado como *Code Napoléon*.

El Código Civil francés encuentra su antecedente más lejano en la codificación de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, preparada por orden del emperador romano de oriente entre los años 529 a 533. Un antecedente más concreto se encuentra en las Instituciones de Gayo y Justiniano, de donde recoge su sistemática.

La otra vertiente del Código francés la encontramos en la costumbre. Una parte de ella fue tomada de los juristas que, desde el siglo XVI, habían venido trabajando con los materiales del Derecho Romano, en la rica tradición culta del *mos gallicus*, una suerte de rama francesa del *Ius Comune*. La célebre frase de Coquille resume el ideario de esta corriente: "*Nuestras costumbres son el verdadero derecho civil*".

No obstante que en Francia se había logrado la unidad política y que gracias a una tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta se había conseguido cierta uniformidad en las costumbres, todavía se presentaba en el país la división entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*, temperamento que fue reflejado por Voltaire en los siguientes términos:

(*) Disertación pronunciada por el académico correspondiente en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de mayo de 2009.

“Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar”.

El Código Civil de 1804 puso fin a esta excesiva dispersión de normas, pues se convierte en Derecho del Estado para *“todos los franceses”*. Se trata, pues, del punto de arribo de un largo camino hacia la uniformidad jurídica.

En ese sentido, resultan emblemáticas las palabras de Portalis, en su famoso Discurso Preliminar, cuando sostenía que desde la promulgación del Código las personas *“no serán más provenzales, bretones, ni alsacianos, sino franceses”*. La tan ansiada unificación legislativa francesa había sido consumada.

Según Esmein, los autores del Code *“antes que sus profetas, fueron sus discípulos”*, habida cuenta de que el Código de 1804 no fue considerado como un punto de partida totalmente nuevo, ni como el inicio de una nueva era, sino, por el contrario, como una conclusión, como *“punto de arribo y de partida al mismo tiempo”*. Se trataba, en buena cuenta, de una síntesis del pasado que no excluía la sobrevivencia y la aplicación del Derecho precedente.

Conforme hemos referido, en las bases del Código reposaban un conjunto de tradiciones y de intereses jurídicamente articulados, cuyo desarrollo es impensable que pueda haberse efectuado en los cuatro meses que duraron los debates de la Comisión. A ello se añade que el proceso de codificación o, dicho de otro modo, la unificación del Derecho en Francia era una ambición de vieja data. La virtud de *Napoléon* y de sus colaboradores fue concluir ese largo proceso.

Tampoco debe perderse de vista la posición moderada que asumió el Consejo de Estado, equidistante por igual del espíritu reaccionario del Antiguo Régimen y del radicalismo de la revolución, que explica porque el *Code* está impreso de un espíritu ideológico y políticamente intermedio. Para reafirmar esta tesis, basta echar una mirada a la trayectoria política de los miembros de la Comisión redactora —denominados por Arnaud los *“artesanos del Código”*—, a fin de concluir que no estamos ante legisladores con propensiones revolucionarias que hicieran tabla rasa del Derecho precedente o que a través del Code pretendieran instaurar una normatividad completamente nueva.

Tronchet, nacido en París en 1726, abogado de profesión, fue siempre un hombre de Estado y con contundentes fundamentos políticos consideró durante la Revolución que Luis XVI tenía derecho a ser defendido. Sin embargo, Tronchet sólo pudo patrocinarlo como abogado y jurisconsulto, pero nada pudo hacer frente a los embates sanguinarios de los revolucionarios. No obstante, Luis XVI dio testimonio duradero de su reconocimiento, incluyéndolo en su testamento.

Posteriormente, la Corte de Casación francesa le concedió el título de su Primer Presidente, encargándole la redacción de un proyecto de Código Civil, conjuntamente con Bigot de Préameneu, Portalis y De Maleville.

Según refiere Michaud, Tronchet había advertido el instinto ambicioso de *Napoléon* y no escondía su aversión hacia él. A *Napoléon* tampoco le agradaba Tronchet; no obstante, el Gran Corso admiraba en Tronchet una cualidad que él mismo

poseía: la inflexibilidad de carácter. Es por ello que *Napoléon* estuvo de acuerdo en designar a Tronchet como Primer Jurisconsulto de Francia.

Bigot de Préameneu nació en Rendon en 1750. Abogado en París antes de la Revolución Francesa, aplaudió vivamente la revolución y fue nombrado Comisario del Gobierno ante el Tribunal de la Corte de Casación. No obstante, Bigot de Préameneu se caracterizó por haber sido un auténtico realista. Durante la revolución salvó al Rey en las Tullerías, llegando a ser detenido por sus ideas moderadas.

Con el transcurso del tiempo y habiendo ganado prestigio, participó en la redacción del Código Civil.

De Maleville nació en 1741 en el seno de una familia honorable, ejerciendo la profesión de abogado durante algún tiempo en el Parlamento de Bordeaux. Posteriormente fue llamado a participar en las actividades de su familia y, en la vida privada, se abocó a laboriosos estudios de Derecho, principalmente de Derecho romano, estableciendo de esta manera sólidos fundamentos para su futura notoriedad.

Cuando estalló la revolución, De Maleville abrazó sus principios y los defendió con firmeza. En 1790 fue nombrado miembro y luego presidente del Directorio de su departamento. En 1791 fue miembro del Tribunal de Casación y en 1795 Diputado en el Consejo de los Ancianos.

Entre 1804 y 1805 De Maleville publicó un análisis razonado de la discusión del Código Civil en el Consejo de Estado, obra en cuatro volúmenes, que tuvo dos ediciones y que fue traducida al alemán.

Finalmente Portalis, miembro de la Academia Francesa, Gran Águila de la Legión de Honor, Ministro de Cultos, entre otros títulos, nació en Beausset en 1746, en el seno de una familia de la alta burguesía establecida en Provençe a inicio del siglo dieciséis.

Fue llamado por *Napoléon* para desempeñar las funciones de Comisario del Gobierno, Consejero de Estado y Miembro de la Comisión encargada de la redacción del Código Civil. A Portalis se le encomendó pronunciar el Discurso Preliminar de dicho Código.

La importancia de Portalis es tal, que si en el plano político *Napoléon* fue artífice de la codificación francesa, Portalis, en la dimensión jurídica, es un auténtico exponente del significado del Código de 1804. Gracias a este personaje el Código aparece bajo otro aspecto, siendo considerado un ejemplo indispensable de orden y pacificación que, por un lado, rescataba las conquistas revolucionarias y las continuaba, y por otra parte, morigeraba los excesos en los que se había incurrido durante la revolución, evitando cualquier radicalismo.

Mientras que los juristas encargados de su redacción debieron encontrar el punto de equilibrio entre las tradiciones o las concepciones diferentes e incluso opuestas, *Napoléon* tenía una visión distinta del *Code*. Para él, el Código Civil era un instrumento de poder y un arma de conquista al mismo tiempo. En efecto, al interior del Código de 1804, *Napoléon* debía fundar el nuevo orden social; al exterior, debía destruir la sociedad monárquica y adecuar los espíritus de las demás naciones al modelo fran-

cés. Para lograr este segundo objetivo, a través de la difusión del *Code* los principios y modelos instaurados por la revolución trascendieron las fronteras de Francia.

En este punto cabe recordar que *Napoléon* no tenía legitimidad como gobernante, más allá de la que le daban sus victorias militares y la necesidad de liderazgo de Francia en ese entonces. Ello determinó que dirigiera sus mejores esfuerzos a asentar su poder sobre principios reconocidos. De ahí la importancia política del Código Civil, por cuanto a través de él *Napoléon* se convierte en el guardián de la Ley y del Orden.

No obstante el apoyo que el *Code* brindó a *Napoléon*, ello tuvo su contraparte, pues si bien los principios de la revolución francesa se consolidaron a través del Código, el respeto por el Código sólo pudo ser asegurado por el poder de su autor. No obstante que durante la discusión del Proyecto de Código se hallaba en plena campaña militar contra Inglaterra, *Napoléon* se dio el tiempo para participar en los debates que se desarrollaban en el seno del Consejo de Estado. De ciento dos sesiones dedicadas a debatir el Código, dirigió personalmente cincuenta y siete. En los debates su participación fue vivaz. Se dice que *Napoléon* no dejaba de insistir en la necesidad de que los términos usados fueran fácilmente comprensibles y hasta llegó a influir en la regulación de ciertas instituciones como la idea de una familia sólida y patriarcal, la prohibición de los hijos ilegítimos para indagar la paternidad, el divorcio consensual (este último aspecto se considera que fue motivado por razones personales, puesto que pretendía su divorcio de Josefina de Beauharnais) y la adopción, las cuales llevan su impronta. Asimismo, con su influencia *Napoléon* se aseguró que los integrantes de la Comisión no desviarán el espíritu del Código, sustentándolo en ideales diferentes.

El Código Civil francés de 1804, por otra parte, traslada al ordenamiento civil los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. De este modo, el *Code* se convierte en la traducción al Derecho privado de los principios emanados de la Revolución.

El principio de igualdad ante la ley para todos los ciudadanos, pone fin a los privilegios y consigue la destrucción definitiva de la aristocracia.

Asimismo, el espíritu de libertad de la Revolución se ve traducido en la regulación de los contratos. A través de sus normas el *Code* confiere a cada ciudadano la condición de legislador en sus relaciones privadas con terceros. En igual sentido, la libertad de elección determina la posibilidad —aunque con condiciones bastante restrictivas— de disolver el vínculo matrimonial a través del divorcio.

De otro lado, la propiedad se convierte en la piedra angular del nuevo orden social. En efecto, si el *Code* es la expresión de la burguesía triunfante, ello se debe a que se trata de un código de propietarios y, sobre todo, políticamente, de un código de los *nuevos propietarios*. Es importante destacar que como consecuencia de la revolución, se presenta la necesidad de organizar la más importante transferencia de propiedad en la historia francesa. En efecto, la Revolución Francesa no radica solamente en destruir el orden feudal y los privilegios; por el contrario, fue preciso transferir a las clases ascendentes la propiedad de inmensos dominios del rey, la iglesia y la nobleza. Ante este panorama, al regular el derecho de propiedad el *Code* garantizó a los nuevos propietarios que no habría marcha atrás sobre los bienes que

les habían sido conferidos. Como consecuencia de ello también nace un nuevo Derecho de sucesiones, habida cuenta que los nuevos propietarios buscaban asegurarse que sus bienes se transmitieran a su descendencia de manera ordenada.

Es en este punto donde el Derecho de las Obligaciones —y permítanme referirme al tema de mi especialidad— juega un papel preponderante en el Código, pues ante el requerimiento de nuevas reglas de juego, surge un nuevo Derecho de las Obligaciones.

La importancia del Derecho de las Obligaciones radica en la trascendencia de sus normas. Si bien la Constitución Política es preferida por razón de jerarquía ante el Código Civil, éste constituye un cuerpo normativo cuyo dinamismo y presencia en la vida de la comunidad sobrepasan a la Constitución. A su turno, de los diversos libros que conforman el Código Civil, el de las Obligaciones es el que reviste mayor importancia, pues según Tarde he allí “*el problema central donde llegan todas las pendientes de las discusiones*”. Esto determina que el Derecho de las Obligaciones represente —qué duda cabe— parte sustancial del núcleo duro de nuestro sistema jurídico.

El Código Civil francés de 1804 no fue ajeno a esta característica, estableciendo principios rectores en Derecho de las Obligaciones que fueron recogidos —y aquí también permítanme referirme a mi propia legislación— por la legislación peruana, muchos de los cuales siguen vigentes en mi país.

Conforme hemos indicado, el éxito del *Code* en plasmar los ideales del Nuevo Régimen lo convierte en un instrumento de conquista revolucionaria. No es solamente el orgullo lo que guía a Napoléon cuando impone el Código en todo el imperio y los reinos conquistados; por el contrario, él sabía que el Código constituía un formidable instrumento político de liberación y de destrucción del antiguo orden al que las personas estaban sujetas en Europa y en el Mundo. Por ello, en su exilio en Santa Helena diría “*Sembré libertad a manos plenas, en todo lugar donde implanté mi Código Civil*”.

A partir de este momento, “*el Código Civil de los franceses*” se convierte en el Código Civil del mundo.

La difusión del flamante Código francés, sumado al notable prestigio que cobra en los ambientes académicos, propició la incorporación de su sistemática fundamental y de numerosas normas por él previstas en la legislación peruana. Los legisladores peruanos quedaron cautivados con el Código *Napoléon*, el cual continúa siendo la fuente más importante en la historia de nuestra ley civil.

Por un breve lapso, durante la Confederación Perú-Boliviana, el Código de Santa Cruz, copia casi idéntica del Código Civil francés, rigió en mi patria. Andrés de Santa Cruz, devoto admirador de *Napoléon*, a través de un Código previamente dado en Bolivia, prácticamente impuso la vigencia del Código *Napoléon* en el Perú hacia fines de 1836. Según refiere el jurista peruano Carlos Ramos, el Código de Santa Cruz siguió al *Code* en su sistemática y en muchas definiciones. Su filiación es inocultable, al punto de haber sido calificado por Toribio Pacheco como “*copia perversa del Código de Napoléon*”.

Posteriormente, mediante decreto del 16 de mayo de 1837, la vigencia de esta norma fue dejada en suspenso, y por decretos del 31 de julio y 3 de agosto de 1838 la vigencia del Código Civil de Santa Cruz fue declarada insubsistente, restableciéndose la legislación española.

El 28 de julio de 1852 se promulgó el primer Código Civil peruano bajo el Gobierno de José Rufino Echenique. Es por medio de esta codificación que el Código Civil francés ingresa a nuestro ordenamiento civil.

El Código de 1852 tuvo, en nuestra opinión, una influencia determinante del Código *Napoléon*, pero también de la legislación española, que regía en nuestro país, y del Derecho Canónico.

Cabe observar que el Código *Napoléon*, al igual que el Código Civil peruano de 1852, no regula el Derecho de las Obligaciones de manera independiente, consignando sus preceptos conjuntamente con normas relativas al acto jurídico o negocio jurídico y a los contratos.

Al dictarse el Código Civil peruano de 1936, que sustituyó al de 1852, se conservan numerosos preceptos del Código *Napoléon*; pero el Código de 1936 se ve influenciado, en algunas de sus normas, por el Código alemán de 1900 y, en lo que respecta a su organización, por el Código Federal Suizo de las Obligaciones de 1911 y por el Código brasileño de 1916, este último derogado a principios de enero de 2003.

Ello determinó que en el Código de 1936 se legislara en un mismo libro, el V, ordenada y sucesivamente sobre los actos jurídicos, las obligaciones y los contratos.

El Código Civil peruano de 1984, que cumple veinticinco años de vigencia, cuya Comisión redactora tuvo el honor de presidir, sustituyó al Código Civil de 1936. Sin embargo, si bien el Derecho de Obligaciones integra un libro propio del Código Civil, esto es el VI, muchas de sus normas son idénticas a las del Código anterior de 1936, influenciado sustancialmente por el Código francés, a través del Código de 1852, por el Código alemán de 1900 y por un cuerpo legislativo extraordinario como es el Código Civil italiano de 1942. Este último Código ha tenido gravitación significativa en el Derecho de Obligaciones y Contratos del Código de 1984.

La influencia del Código francés ha sido y es, en suma, relevante en la legislación civil peruana.

Si bien es cierto que un Código Civil, como exponente de nuestra tradición jurídica romano-germánica, no es todo el Derecho Civil y mucho menos la traducción o representación material del Derecho (ni en sentido lato, ni en sentido estricto), no es menos cierto que constituye —con prescindencia de su jerarquía normativa—, después de la Constitución, la norma más relevante dentro del sistema jurídico de todo país.

El Código Civil, aquí y en todas las latitudes que siguen el mismo sistema jurídico, es el conjunto coherente y unitario de normas que regulan los hechos más importantes de la vida del hombre. Tiene tal importancia que, a diferencia de lo que acontece con otros Códigos y leyes que nos rigen, sus preceptos interesan a todas las personas, sin excepción alguna; de allí, su función de marco estructural de la normatividad civil.

Sobre la base de estas premisas, nadie puede negar que el *Code* ha representado no solo el más feliz y logrado resultado de desarrollo legislativo, doctrinario y juris-

prudencial; un modelo obligatorio para todos los proyectos de Código que le sucedieron; sino, además, que luego de dos largos siglos de su entrada en vigencia sigue siendo la obra cumbre del Derecho Civil.

Son muchas las virtudes que posee el *Code*. Podemos resaltar, entre otras, el que fuera la persona el eje de su sistematización.

De esta forma, los cimientos en que se basaba la construcción jurídica del Código Civil francés fueron los derechos de la persona, la regulación de la propiedad como derecho absoluto derivado del derecho a la libertad, así como la regulación de la familia.

Sin perjuicio de lo expuesto, consideramos que la nobleza del Código francés encuentra uno de sus pilares en el hecho de que el mismo logró reunir, de un modo que nos atreveríamos a calificar como impecable, esas dos características esenciales, esa doble naturaleza que debe tener todo Código Civil, como ley fundamental del Derecho Civil. Por un lado, su vocación de permanencia; por otro, y aunque suene paradójico, su carácter mutable.

Tal necesidad de permanencia, que descansa en el principio elemental y esencial de seguridad jurídica, se asienta también en una premisa más pragmática, esto es, en la necesidad que tiene todo Código Civil —como cuerpo normativo que ocupa una posición de privilegio en el ordenamiento nacional de cada Estado—, de decantarse mediante su estudio, divulgación e interpretación, lo que únicamente puede lograrse por el transcurso del tiempo.

Este carácter de permanencia no supone, sin embargo, que el Código eluda el paso del tiempo y los cambios y transformaciones que ese transcurrir trae consigo. Pensar siquiera en intentar algo así resulta tan inútil como estéril.

Lo cierto es que muchas cosas han cambiado en los últimos doscientos años, algunas para bien, otras probablemente no tanto. Y es que el mundo no ha dejado de girar, no se ha detenido; de aquí que la interacción de los hombres en sociedad, así como los problemas que esta interacción plantea y ante los cuales el Derecho debe hacer frente, tampoco es la misma.

En este escenario, y partiendo de la proposición incuestionable de que el Derecho como instrumento constituye una categoría histórica, cambiante y dinámica, un Código que quiere ser algo más que un conjunto de preceptos anacrónicos que se llenan de polvo en el fondo de algún estante, debe tener la capacidad de adaptarse a esas nuevas situaciones que se producen por el devenir del tiempo.

Un Código Civil debe tener la capacidad de alimentarse y, más exactamente, la capacidad de nutrirse de la realidad social. Desligarse de ella implica renunciar a su espíritu y función para convertirse en un adorno de biblioteca.

Muchos son los Códigos que han fracasado en ese intento de equilibrar aquella ambivalencia, conformada por la inmutabilidad y la relatividad propia de la condición histórica, al punto que algunos han llegado a pensar que lograr tamaña misión resulta imposible.

El Código Civil francés, sin embargo, prueba lo contrario; prueba que sí es posible lograr una convivencia pacífica entre la contingencia jurídica y su espíritu de permanencia.

El Código *Napoléon* ha conservado su coherencia y unidad, así como el espíritu que lo inspiró, lo que no ha representado un obstáculo para que mantenga vigencia y tampoco ha impedido la constante e inevitable evolución del Derecho.

Lo que resulta más curioso y digno de ser subrayado, es que su valor no se encuentra definido por su letra, sino por la conjunción de esos tres elementos fundamentales del Derecho: la norma, la doctrina y la jurisprudencia.

Y es que no nos cabe la menor duda de que este trinomio inescindible ha alcanzado su mayor desarrollo en Francia, permitiendo que aquello que fuera concebido a principios del siglo XIX, logre trascender el tiempo y mantener su vigencia.

El *Code* se ha ido reinventado constantemente, se ha ido recreando, gracias a la abundante y calificada doctrina y a la lúcida jurisprudencia francesa, lo cual ha permitido que ingrese, como ningún otro, en la conciencia y la vida jurídica del mundo.

La doctrina y la jurisprudencia de Francia se han caracterizado siempre por su afán creador, el mismo que les ha permitido introducir nuevos sentidos al texto legal, repensando las figuras e instituciones, de modo que el paso del tiempo no se constituyera en verdugo.

Por eso los aportes de la jurisprudencia han permitido y fomentado la vocación de permanencia del *Code*. Los magistrados le han dado nuevos sentidos a las mismas reglas, sin necesidad de que el legislador haya tenido que intervenir modificando cada artículo.

Las sentencias de los tribunales franceses han transformado la interpretación o el sentido de las normas legales. Así, desde la aparición del Código *Napoléon*, esos Tribunales han interpretado muchas de sus normas en sentidos absolutamente contrarios a sus tenores literales. Esto —que aquí seguramente sería prevaricato— allá ha representado avance del Derecho.

De igual modo, ese brillante proceso de interpretación del Código francés que tuvo lugar en el siglo XIX, por parte de la más calificada doctrina de la historia de nuestra tradición jurídica, no se dedicó cada vez que interpretaba una norma a proponer su modificación. Hicieron algo más inteligente: recrear los artículos y los preceptos cuyo tenor literal era opuesto a los sentidos de interpretación más calificados.

Es decir, la doctrina francesa hizo lo más difícil, que consistió en tratar de repensar el Derecho a través de las normas, pero por encima de ellas, volando tan alto como lo hace el águila y no buscando granos en el suelo como las aves de corral.

Lo anterior nos permite asegurar que la grandeza del *Code* es grandeza no únicamente del legislador, sino que constituye también grandeza de su doctrina y especialmente de su jurisprudencia. En resumen, una muestra palpable de la grandeza de un país.

DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JORGE HORACIO ALTERINI (*)

Señor Académico en ejercicio de la presidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, señores presidentes de otras Academias Nacionales, autoridades presentes, señores académicos, magistrados y profesores, señoras y señores: asumo gustosamente la honrosa responsabilidad encomendada de pronunciar el Discurso de Recepción formal del Académico Dr. José Washington Tobías, designado en la reunión privada de esta Institución del 25 de septiembre de 2008.

La incorporación de un miembro a las academias nacionales, como a otras corporaciones, se articula por la decisión de sus propios integrantes. La naturaleza de estas investiduras y su carácter vitalicio, explican la preocupación de nutrir a las academias con quienes tengan sobrados méritos intelectuales y ejemplares perfiles personales.

Es sabido que Miguel de Cervantes le adjudicaba especial trascendencia a los refranes, tanto que pone en boca de don Quijote la afirmación de que: "... no hay refrán que no sea verdadero, porque todos son sentencias sacadas de la misma experiencia, madre de las ciencias todas..." (1)

(*) Discurso de recepción del Académico Titular José W. Tobías, en la sesión pública del 11 de junio de 2009.

(1) Cervantes, Miguel de, "Don Quijote de la Mancha", Edición del IV Centenario, Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, San Pablo, Brasil, 2004, p. 188.

Uno de los refranes que recoge el genio cervantino es el muy conocido: “Dime con quién andas, decirte he quién eres”, contenido en un soliloquio de Sancho y en un diálogo de éste con el Quijote. (2)

Como el juicio que merezca un académico tiene esa potencialidad que capta el refrán de propagarse sobre sus pares, porque con ellos caminaremos juntos por el resto de nuestras vidas, es esa una de las varias razones por las que se extrema el celo al efectuar cada una de las designaciones.

La ponderación de la ejemplaridad de los perfiles personales a los que aludiera, deriva en el caso del Dr. Tobías en una respuesta claramente positiva. Su irrenunciable sentido ético de la vida, lo demostró tanto en los senderos particulares como públicos.

Ha formado una sólida familia con su señora Gloria Ester Negri, su afectuosa e inspiradora compañera de siempre, quien optó por su realización en la grandeza de la esfera privada, aunque ello implicara el abandono de la proyección universitaria.

Sus tres hijas ostentan títulos universitarios, y dos de ellas, Josefina y Rosario, contrajeron matrimonio con abogados, mientras que María Dolores, lo hizo con un farmacólogo, lo que dada su condición de antropóloga, me genera la inquietud de pensar en cuáles pudieron ser sus prevenciones para no acercarse a hombres del Derecho, aunque seguramente ello obedeció a que se dejó guiar por el lúcido mentor de los sentimientos verdaderos. Todas ellas ya le han permitido al Dr. Tobías y a su esposa, la serena satisfacción de saberse abuelos.

La destacada trayectoria del académico al que recibimos tiene un anticipo que la explica desde lo genético y lo cultural: su padre, el doctor en medicina José Wenceslao Tobías, ha sido un trascendente científico en el área del conocimiento que cultivara. Fue Profesor Titular de la asignatura Clínica Médica en la Universidad de Buenos Aires, Director General de la Administración Sanitaria y Asistencia Pública de la Capital Federal y Jefe del Servicio de Clínica Médica del Hospital Alvear. Resalto, ante la inesperada conexión de sus estudios con la preocupante realidad epidemiológica argentina actual, que por su tesis doctoral: “La epidemia de gripe de

(2) Op. cit., p. 616 y 730.

1918-1919”, le fue conferido tanto el “Premio Facultad de Ciencias Médicas” en 1919, como el “Premio Nacional en Ciencias” en 1920.

Nuestro académico se graduó como abogado y como doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos. Su tesis sobre “El régimen de la inhabilitación en el Derecho Civil Argentino”, fue calificada con Sobresaliente por el Jurado integrado por dos insignes académicos cuyos espíritus nos iluminan, los Dres. José María López Olaciregui y Roberto Martínez Ruiz, y también por el Dr. Ernesto Nieto Blanc, quien, al igual que el beneficiario, fuera respetado miembro del Instituto de Derecho Civil de nuestra Academia.

Ostenta un activo y extenso desempeño como docente universitario, tanto en el grado como el posgrado, en universidades estatales y privadas, que culminó como Profesor Titular de Derecho Civil - Parte General de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, previo concurso público de antecedentes y de oposición y Profesor Titular de Derecho Civil Obligaciones en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Salvador.

Es un cultor sin estridencias de fecundas modalidades de la dialéctica como método de investigación científica, que florecieran entre los griegos, ya con los matices de la Academia de Platón o del Liceo de Aristóteles.

En su Cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires, organiza periódicos encuentros con los profesores, donde a la presentación de la problemática respectiva por el docente expositor, le sucede un intenso debate entre los asistentes. Allí conviven juristas consagrados hace tiempo, como Jorge Mayo y Federico De Lorenzo, con otros de generaciones posteriores, insertos en un presente ya valioso y cuyos logros seguramente se robustecerán en el futuro.

Platón, que no ocultó su atracción por el discurso oral y su aprensión por los escritos, dijo personificándose en Sócrates, que el inconveniente de la escritura y de la pintura es que sus producciones: “... parecen vivas, pero interrogadlas y veréis que guardan un grave silencio”, e insiste acerca de los discursos escritos, que: “...al oírlos o leerlos creéis que piensan; pero pedidles alguna explicación sobre el objeto que contienen y os responden siempre la misma cosa (...) El discurso que está escrito con los caracteres de la ciencia en el alma del que estudia, es el que puede defenderse por sí mismo, el que sabe hablar y callar a tiempo”. Ante esos dichos

Fedro le expresa a su interlocutor, el supuesto Sócrates: “Hablas del discurso vivo y animado, que reside en el alma del que está en posesión de la ciencia, y al lado del cual el discurso escrito no es más que un vano simulacro” y aquél le responde: “Eso mismo es...”. (3)

No obstante disfrutar con la riqueza de la discusión oral, es autor de varios importantes libros y coautor de otros; aludiré luego especialmente al último de ellos, el “Derecho de las personas”. Publicó también numerosos artículos de investigación jurídica difundidos individualmente o integrados en obras colectivas.

Ha sido y es conferenciante, disertante y panelista habitual en prestigiosos cenáculos. Participó activamente en múltiples congresos o jornadas, en muchos de los cuales fue distinguido como Presidente. Fue reiteradamente elegido para formar parte de Jurados encargados de designaciones de profesores universitarios o de la evaluación de tesis doctorales.

El pensamiento que traduce el Dr. Tobías en sus diversos aportes es el propio de un humanista, con las matrices del humanismo contemporáneo, que según Ferrater Mora, presenta como rasgo común: “... el intento de sustituir la noción renacentista y moderna del individuo por la más completa de la persona, ya dada en el humanismo cristiano, y, en general, en toda concepción 'abierta' del hombre, haciendo del humanismo no un culto a una entidad abstracta —la humanidad— ni una exaltación del individuo considerado como átomo social, sino más bien un imperativo del respeto a la persona humana, al hombre como ser concreto (el cual, *en tanto que concreto*, es concebido también como ser social)”. (4) El Dr. Tobías le suma a su concepción humanista, la aptitud para la concordia, tan necesaria en los cuerpos colectivos, que en el decir de Aristóteles: “...parece ser un sentimiento amistoso (...) hay concordia cuando los ciudadanos tienen la misma opinión sobre sus intereses y toman las mismas decisiones y ejecutan lo que han aprobado en común (...) se encuentra entre los justos, pues estos concuerdan no sólo consigo mismos, sino entre sí (...) quieren lo justo y lo útil, y a ambas cosas tienden de común acuerdo”. (5)

(3) Platón, “Diálogos”, Estudio Preliminar de Francisco Larroyo, en Fedro o Del Amor, Porrúa, 22ª edición, México, 1991, p. 659.

(4) Ferrater Mora, José, “Diccionario de Filosofía, 4ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 661.

(5) Aristóteles, “Ética Nicomaquea. Política”, versión española e introducción de Antonio Gomez Robledo, Porrúa, 19ª edición, México 2000, p. 122/123 de la Ética Nicomaquea.

Aunque su producción autoral es significativa, toda ella está nutrida del pensamiento profundo y de la expresión meditada, acaso como evocando al egregio civilista Héctor Lafaille, quien en las postrimerías de su vida, dijera en carta dirigida al también eminente civilista Alfredo Orgaz: “A medida que escribo menos reflexiono más...”. (6)

Para exhibir la calidad y fineza de las apreciaciones de Tobías, impregnadas de implicancias axiológicas, es suficiente detenernos en algunos de los razonamientos vertidos en su obra “Derecho de las personas”. Así, cuando afirma: “... la persona es una categoría natural que está por encima del derecho positivo, el ser humano es un dato anterior, preexistente y trascendente del Derecho (...); un *prius* respecto del Derecho puesto por el legislador —que surge de su '*dignitas*'—, que aquél —que es obra del hombre— no puede dejar de reconocer”. Más adelante, se aleja de la tesis dominante que limita la capacidad de los concebidos a “adquirir bienes por donación o herencia”, con pretendido sustento en los arts. 64 y 70 del Código Civil, y enfatiza que: “La capacidad de derecho del concebido —como persona que es— ...”, no difiere de la que tienen los ya nacidos, pues sostiene que se les aplica el principio general del art. 53 del Código Civil, acerca de que a las personas humanas: “Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos...”, (7)

El Dr. Tobías expondrá hoy acerca de: “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, que involucra a la irrenunciable lucha por el debido respeto de la voluntad, que quien fuera talentoso Académico, el Dr. Marco Aurelio Risolía, captó con esclarecedoras reflexiones en el prólogo al más conocido de sus libros. Dijo que había que: “... devolver su seguridad y estabilidad al orden jurídico. El respeto de la fe empeñada libremente y la correcta sanción de la fuerza obligatoria de los contratos, es indispensable a ese fin. No se puede construir un derecho justo sin voluntad autónoma; una economía sin contrato eficaz; un contrato sin libertad, sin moralidad, sin fuerza obligatoria (...). No hay derecho sin libertad ni puede haber libertad sin derecho. La libertad jurídica es un imperativo de la moralidad. La crisis de

(6) Ver “Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille”, Depalma, Buenos Aires, 1968; la carta fue fechada el 13 de abril de 1955 y la parte transcrita se reproduce entre los “Pensamientos de Héctor Lafaille”, que constan en la página IX.

(7) Tobías, José W, “Derecho de las personas”, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6 y 53/54.

la voluntad autónoma es crisis de la libertad y crisis de la regla moral. La libertad está al principio y al fin del orden jurídico”. (8)

La transparencia de las convicciones jurídicas y vitales del Dr. Tobías, que denotan la solidez de sus construcciones científicas y la fortaleza de los valores que las inspiran, coherentes con su estilo de vida, justifican plenamente la investidura conferida y son el preludio de las muchas nuevas contribuciones que la Academia tiene la certeza que habrá de realizar en beneficio de la República Argentina, como muestras tangibles de que sus juristas no se resignan frente a las frustraciones que les provoca que la seguridad jurídica sea vacilante y que el ideal de justicia arraigue sólo de manera lenta y dificultosa.

Bienvenido y enhorabuena Sr. Académico Dr. José Washington Tobías.

(8) “Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil”, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 11.

LA PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN CONTEMPORÁNEA

POR JOSÉ W. TOBÍAS (*)

I. Me toca en primer lugar recordar al jurista cuyo nombre lleva el sitial que ocupo, siguiendo así una ponderable tradición de las Academias. Decía Octavio Amadeo que ella tiene la doble finalidad de rememorar al Académico fundador e impregnar al nuevo miembro con el espíritu de la corporación, vinculándolo a la memoria de aquél.

II. El Dr. José Nicolás Matienzo perteneció a una generación de argentinos cuyas inquietudes se manifestaron en múltiples actividades públicas y académicas. Tales en su caso, los ensayos poéticos de su juventud, su participación en centros culturales, sus actuaciones como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; Procurador General de la Nación, Senador por su provincia natal, Tucumán; Ministro del Poder Ejecutivo Nacional, Director del Instituto de Investigaciones Históricas, Profesor de Derecho Civil Comparado y de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, y Decano de esa Facultad, Profesor de Lógica y Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la de Buenos Aires.

III. Su producción bibliográfica, igualmente variada, es muy numerosa, abarcando contenidos tales como un Compendio de Psicología, un Manual de Geografía de Europa o un Proyecto de revisión del Código Penal argentino (en colaboración). Pero sus principales contribuciones —sin

(*) Disertación pronunciada por el Académico, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 11 de junio de 2009.

dudas— deben ubicarse en su verdadera vocación, el Derecho Público, y en especial el Constitucional: las *Lecciones de Derecho Constitucional, El Gobierno representativo y Federal en la República, Cuestiones de Derecho Público argentino*, son algunos de los títulos relevantes de su profusa labor como escritor y tratadista.

En la vida pública, fue un adversario irreductible de los gobiernos personalistas y de toda interpretación personalista de los acontecimientos. Bregó por la vigencia de los principios republicanos y por la veracidad y moralidad en las prácticas políticas de la Nación. Quizás por la rigidez en la defensa y formulación de sus principios se presentaba ante la opinión pública como “hombre hartado severo, a veces duro”, como lo calificara el diario *La Prensa* después de su fallecimiento.

IV. En sus funerales —falleció siendo Senador Nacional— Alfredo Palacios lo llamó “El guardián de la Constitución”. Observa uno de sus biógrafos, que la merecida calificación hubiera hecho sonreír a Matienzo, pues ella representaba —en cierta manera— un eco del personalismo que tanto combatió: en uno de sus dictámenes como Procurador General —en efecto— había expresado Matienzo que era a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como entidad impersonal y no a miembro alguno de ella a quien le pertenecía en última instancia el calificativo de guardián de la Constitución.

Mi predecesor en el sitial fue el Dr. Carlos Manuel Muñiz, fallecido en noviembre de 2007.

Subsecretario de Interior y Justicia, Ministro de Relaciones Exteriores y Culto, representante permanente de nuestro país ante la Organización de las Naciones Unidas; Embajador en los Estados Unidos, Brasil y Bolivia, ejerció esas funciones públicas con creatividad, talento y una ejemplar trayectoria moral.

Fue Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en las Universidades Nacional y Católica de La Plata y Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Además de un jurista eximio, fue un profundo conocedor del entramado de la política exterior de la Nación, cuyos intereses defendió en los foros mundiales con firmeza y versación. Una manifestación de ello, fue su re-

cordada defensa de los derechos de nuestro país sobre el Archipiélago de Las Malvinas, cada vez que —en momentos difíciles—, le tocó afrontar la cuestión en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Hay, sin embargo, dos circunstancias trascendentes en la vida del Dr. Muñiz, que pueden considerarse emblemáticas de su pensamiento y acción:

Una, es la fundación en el año 1963 —durante su gestión como Canciller— del “Instituto del Servicio Exterior de la Nación” (ISEN). Concretó con ello la creación de un organismo único de selección, formación y capacitación de los miembros del Servicio Exterior de la Nación dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Desde su creación, como es sabido, el ISEN ha desarrollado una labor continua e intensa posibilitando la formación y consolidación de un cuerpo de profesionales calificados y de prestigio.

La segunda es la creación en 1978 del “*Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales*” (CARI). Inspirado por la acción desarrollada por el “*Council of Foreign Relations*” de Nueva York y preocupado por la proyección del país hacia el exterior, tuvo la idea —como él mismo lo expresó— de crear en la Argentina un organismo que reuniera distintas expresiones del pensamiento nacional para investigar y estudiar los problemas internacionales.

La importancia de la labor desarrollada por el CARI puede verse claramente reflejada en la reseña de sus múltiples actividades del libro publicado por la entidad en el año 2004. El propio Dr. Muñiz, entonces Presidente del Comité Ejecutivo, destacó en las palabras previas: “*Casi cien jefes de estado y de gobierno en actividad y varios cientos de Ministros de diferentes carteras, académicos y empresarios de nivel internacional que nos han visitado, han testimoniado su admiración por los resultados que hemos logrado*”.

En la sesión privada de esta Academia celebrada en homenaje al Dr. Muñiz en noviembre de 2007 con motivo de su fallecimiento, dijo el académico Rodríguez Galán en expresiones que deseo recordar “*Carlos Manuel Muñiz fue un hacedor, un jurista y un hombre de la cultura, pero por sobre todo un justo, que sirvió a su patria con denuedo batiéndose con coraje por las causas superiores que abrazó. Por eso como en las Odas de Horacio murió llorado por los hombres de bien*”.

Los numerosos debates alrededor de la autonomía privada lejos de acallarse parecen haberse incrementado en los últimos tiempos y en algunos casos haber mudado de dirección.

a) Una manifestación de esto último puede encontrarse en las inquietantes divergencias acerca del emplazamiento de la autonomía de la voluntad dentro de la teoría jurídica y que suponen desentrañar la naturaleza de la regla negocial o para decirlo en otros términos el de establecer la relación existente entre voluntad y norma o más bien el de la relación entre la voluntad y los efectos negociales.

De Lorenzo ha sistematizado las opiniones, individualizando las tres posturas:

Una primera, recogida por Vélez en la conocida definición de acto jurídico del artículo 944 y con influencias de la Escuela del derecho natural, sostiene que la autonomía tiene un valor originario consistente en la aptitud de las personas para regular sus propios intereses, siendo su emplazamiento prejurídico, es decir anterior al ordenamiento jurídico. Su relevancia no surgiría de una concesión del ordenamiento, sino de su previa esencia anterior derivada de la libertad de la persona, constituyéndose en la causa eficiente de los efectos negociales. El ordenamiento jurídico, a lo sumo, se reservaría la atribución de adjudicar límites a la autonomía y le otorgaría accionabilidad al negocio como si fuera la ley misma. Causa de los efectos sería la voluntad y no la norma: los efectos existen porque han sido queridos y de la manera en que han sido queridos.

Este criterio difiere radicalmente del que cree que la autonomía privada no tiene un valor prejurídico sino derivado. No sería una potestad natural de la persona sino una potestad concedida por el ordenamiento para que, con la declaración de voluntad, se produzcan los efectos jurídicos. Sería la norma la que desencadena los efectos siendo ella la causa inmediata de éstos. La declaración de voluntad de ese modo —al igual que cualquier otro hecho— no sería más que un *factum* o supuesto de hecho previsto por la norma para que advengan los efectos jurídicos. Así concebido el negocio jurídico (y por ende su especie el contrato) existiría —como todo hecho jurídico— “*en y por virtud*” del ordenamiento jurídico.

A este segundo criterio se agrega un tercero que, sosteniendo también que la autonomía privada no es un poder originario o preestatal, lo considera un poder conferido a las personas por una norma superior mediante

la cual el ordenamiento les delega la creación de reglas jurídicas. Es la teoría preceptiva del negocio. También ésta, como la anterior expuesta, descarta el valor originario de la autonomía privada: en ambas tesis se requiere la existencia de la norma para desencadenar los efectos negociales.

b) Ahora bien, mientras se desarrolla esa inconclusa tensión entre el respeto al origen preestatal de la voluntad y la que la reduce a un elemento del supuesto de hecho previsto por la norma o al de una delegación realizada por ésta —con impacto, según las posturas, sobre los límites que la norma puede poner a la autonomía— otro debate igualmente relevante se suscita en torno a la tesis tradicional que atribuye valor exclusivo a la voluntad como factor de atribución negocial.

Esa concepción puramente voluntarista del negocio jurídico es sometida a convincentes cuestionamientos. El orden jurídico, en efecto, a partir sobre todo del fenómeno de la objetivación del intercambio, ha limitado el dogma de la voluntad negocial sobre todo por razones de protección al tráfico y de seguridad jurídica.

Así, casos de ausencia de voluntad o de voluntad viciada son productores de efectos jurídicos. Ejemplos emblemáticos, en realidad, pueden encontrarse en el propio Código Civil. El error esencial e inexcusable, la previsión del artículo 473 del Código o la hipótesis de dolo recíproco son supuestos en que la voluntad está viciada, pero el negocio produce la plenitud de sus efectos.

El eje está aquí no en la voluntad del declarante sino en la confianza del destinatario, sustentada en la apariencia de la situación. El oferente no resulta obligado por su voluntad sino por la apariencia jurídica creada y en el aceptante no interesa tanto su voluntad sino la confianza que se generó para que aceptara.

Derivación de todo ello es que la voluntad es uno de los criterios de atribución negocial —el más importante— pudiendo el orden jurídico recurrir a otros factores: la buena fe, la apariencia, la confianza o la autoresponsabilidad del declarante.

c) Ligado a los temas anteriores, se presenta el de si existe una tutela constitucional de la autonomía privada o, si se quiere de los derechos emergentes del contrato.

No puede decirse que las opiniones sean unívocas. A la tesis que afirma que el contrato goza de una tutela refleja o indirecta de otras garantías (propiedad, asociación, comercio, libertad económica), siendo por ello instrumental al ejercicio de derechos o garantías constitucionales —ese es, por ejemplo, el parecer de la Corte Constitucional italiana—, se contraponen la que afirma que la autonomía negocial es una manifestación particular del derecho a la libertad y por ende un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, contando con una tutela directa e inmediata de la Constitución. No faltan tampoco quienes afirman que la tutela se sustenta solamente en leyes infraconstitucionales: en ese orden, el Consejo Constitucional francés ha negado que sea un principio con valor constitucional.

La Corte Suprema de nuestro país, como es sabido, ha sostenido por vía de principio, que el derecho de propiedad en sentido constitucional abarca los derechos emergentes de los contratos: ha concedido al contrato, de ese modo, una tutela refleja e indirecta y subordinada a la armonización con otras garantías constitucionales. Una cuestión distinta —insusceptible de considerarse aquí— es si en la solución de los casos individuales el Tribunal ha sido congruente con aquella afirmación de principios.

Las secuelas del debate saltan a la vista: para la primera tesis, las limitaciones a la autonomía privada sólo violarían la Constitución cuando a través de ellas se violan otras garantías o derechos constitucionales. Ubicada como contando con una tutela constitucional directa e inmediata, la autonomía negocial puede presentarse en tensión con otros derechos o intereses de la misma jerarquía. En casos como estos, habrá de recurrirse al criterio general con que debe resolverse uno de los puntos más delicados de la dogmática constitucional.

d) Lo cierto es que independientemente de los debates reseñados se asiste en la actualidad a una renovada expansión de la autonomía de la voluntad, desmintiendo a quienes presagiaban, no hace tiempo su crisis y el crepúsculo y la muerte del contrato.

El fenómeno es particularmente observable en el ámbito negocial extra-patrimonial y del derecho de familia, abarcando sectores que se hallaban tradicionalmente exentos de la vigencia del principio.

Son numerosas las manifestaciones de esta tendencia: así, la relevancia que se atribuye hoy a la voluntad del paciente en contraste con las épocas

en que predominaba el llamado paternalismo o imperialismo médico; las propuestas doctrinarias y reformas legales tendientes a ampliar las facultades de interdictos e inhabilitados en base al principio que tienen derecho a actuar en la vida de relación en la medida de su idoneidad; los pactos de solidaridad y convivencia de personas de igual o distinto sexo (como el regulado por el art. 515 del Código Civil francés); la corriente que propicia posibilitar a los cónyuges la celebración de convenciones matrimoniales; las sugerencias para suprimir la prohibición del pacto de herencia futura; la recepción de instrumentos con alcance *post mortem* como el fideicomiso o el *trust*; la validez de las estipulaciones para la eventualidad de la propia incapacidad. Es posible recordar otras: la invocación del principio de autodeterminación para fundar la licitud del denominado cambio de sexo; las propuestas de *lege ferenda* de ampliación de la porción disponible en materia testamentaria; la consagración legal en nuestro país de las prácticas de esterilización contraceptiva (prescindiendo incluso de la voluntad del cónyuge o conviviente); la primacía de la voluntad del enfermo terminal que aspira a poner fin a su vida; la defensa de la decisión privada en materia de fecundación *post mortem* y fecundación heteróloga, en fin, la afirmación que el derecho del menor a ser escuchado constituye una manifestación de su autonomía en las relaciones personales de familia.

Algunos de estos puntos de vista, ciertamente, son susceptibles de fundados reparos: es que la libertad no debe computarse en forma aislada sino refiriéndola a la “coexistencia”. En muchos casos, en rigor, las diferencias de opinión se han de encontrar en la distinta extensión del contenido y límites externos que se deban atribuir al derecho a la autodeterminación cuando requiera confrontarse con otros derechos o intereses de similar jerarquía, como los derechos personalísimos a la vida o a la integridad psicofísica (cuyo resguardo trasciende el interés de su titular comprendiendo el de la comunidad toda) o con determinados intereses generales o de terceros o el orden público.

e) Ahora bien, el nuevo ámbito así atribuido a la voluntad en el sector extrapatrimonial, no se presenta con igual intensidad en el sector del negocio jurídico patrimonial y por ende en su principal especie el contrato.

El retroceso del orden público de dirección en la economía y la exaltación del mercado en una economía globalizada, podría hacer pensar que también aquí la autonomía habría adquirido una nueva vitalidad. Sin embargo, el fenómeno ha motivado respuestas bien diversas.

Exaltado por algunos por considerar que a través de la libertad económica la persona accede al libre desarrollo de su personalidad individual, es cuestionado por otros al entender que la autonomía concluye por hundir a las personas en la ley del mercado, quedando envueltas en la desigualdad de los participantes y resultando una utopía su facultad de autodeterminación.

Desde este último enfoque, se señala el error de confiar en una natural armonía y evolución de las leyes del mercado y que es anacrónica e irreal la idea de la libertad negocial sustentada en el orden exclusivo de las leyes de la economía, que existirían antes y fuera del ordenamiento jurídico. A partir de esas premisas, se sostiene que ello debería conducir a desarrollar un modelo de justicia contractual y se llega a considerar en el derecho francés que el criterio de justificación de la fuerza vinculante del contrato no reside en el dogma de la voluntad sino en el criterio de lo justo y lo útil.

El tema en el sector contractual, en verdad, se complejiza notoriamente por la fragmentación de las categorías contractuales —fundadas en la diversa calidad de los sujetos y su diversa aptitud negociadora—, cada una con la necesidad de reglas propias y de criterios interpretativos diversos, cada una conformando microsistemas dentro de la categoría general, en donde los límites a la autonomía son diversos y diversa también la necesidad de tutela de uno de los contratantes.

En cualquier caso, el acrecentamiento de las exigencias de la buena fe, la consideración de la desigualdad entre las partes, la aparición de las modernas técnicas negociales y de comunicación —especialmente los penetrantes medios publicitarios— inducen a un nuevo análisis y reelaboración de las técnicas de protección de la voluntad.

1) Una revisión de los vicios de la voluntad tradicionales. El proceso se desarrolla en varias direcciones: en una primera de ellas, por vía hermenéutica, con un nuevo análisis de las normas relativas a los vicios tradicionales que los aleje de una concepción individualista y del perfil casi académico que han tenido hasta ahora y logre un esanchamiento de su contenido y dinámica que los acerque a una finalidad más fecunda y acorde con su teleología.

Es amplio el espacio que cabe adjudicar a los vicios de error, dolo, violencia y lesión en la contratación contemporánea, siempre que se advierta la necesidad de una reformulación de los restrictivos criterios de interpre-

tación tradicionales —subsistentes seguramente por el peso de la tradición— cuyo origen puede ubicarse en la doctrina decimonónica que apegada al *pacta sum servanda*, interpretaba con estrictez todo supuesto que pudiera alterar la estabilidad de los negocios y la seguridad jurídica.

En efecto, aun aceptando la extensión de la contratación en serie o estandarizada, son numerosas las relaciones negociales que se realizan precedidas de tratativas en condiciones de paridad y aún en la contratación en serie (a partir del reconocimiento que la publicidad puede formar parte del contenido del contrato) es perceptible que un comportamiento doloso puede encontrarse en el mensaje publicitario. Más aún, señalan con acierto Sacco y De Nova que “*la publicidad mendaz es el ejemplo paradigmático del comportamiento mendaz*”, es decir doloso.

Una relectura de los vicios tradicionales tendiente a la expansión de su ámbito y contenido, es claramente advertible —sobre todo en la doctrina más reciente (no siempre mayoritaria)— en el vicio de la lesión objetiva subjetiva.

Las manifestaciones de ello son numerosas: así, contrariando el criterio clásico que circunscribe el ámbito de aplicación a los negocios jurídicos bilaterales onerosos, se sostiene ahora que se aplica también a los unilaterales onerosos con efectos obligatorios y a los negocios mixtos *cum donatione*; se afirma que la valoración de la evidente desproporción debe hacerse entre las posiciones patrimoniales de las partes y no necesariamente entre las prestaciones; se sostiene la falta de necesidad que la inequivalencia subsista al momento de la demanda cuando subsiste el daño experimentado por el lesionado; se considera que cuando la inequivalencia es notable, se presumen ambos elementos subjetivos y no sólo la explotación; se consolida el criterio del carácter enunciativo de los estados de inferioridad enunciados por el texto legal; se atribuye un significado no restrictivo al término “ligereza”; se interpreta que los términos “evidente” y “notable” a que se refiere la norma no son sinónimos y se extiende la conducta del victimario a la actuación por sorpresa en el Proyecto de Código Civil de 1998.

Similares propuestas de ensanchamiento del contenido se formulan en el dolo vicio. Una afanosa doctrina sostiene la necesidad de superar el enfoque tradicional que encuentra su esencia en el error provocado. Postula en cambio una concepción del dolo vicio independizada del error, que pueda abarcar zonas contiguas a la intención, como la libertad de

quien emite la declaración sin que se presenten los supuestos de la intimidación o abarque otras esferas de la voluntad. Federico De Castro cita la captación, la sugestión, el infundir temor no grave o el ejercitar una violencia resistible.

Los criterios interpretativos extensivos del dolo vicio comprenden otras cuestiones: la irrelevancia de la inexcusabilidad del error para que aquél se configure o el reconocimiento del dolo omisivo en aquellos países en que, a diferencia del nuestro, no se lo contempla expresamente. A su vez, la extensión del deber general de actuar con corrección determina que el campo dejado al denominado “dolo bueno” se restrinja significativamente. Correlativamente, la acentuación de los deberes de información tiende a ampliar el campo del dolo omisivo; de cualquier modo, la existencia de ese deber, requiere definir el punto de equilibrio entre el mismo y el derecho a la reserva y los límites entre el deber de información de una parte y la carga de autoinformarse que incumbe a la otra.

También en el vicio de intimidación se observan criterios interpretativos extensivos. Calificada doctrina subsume dentro de esa situación al denominado “miedo o terror ambiental” pese a que no existe una intervención ajena que pueda ser considerada una amenaza directa dirigida a provocar la declaración de voluntad. Es el temor que se deriva de situaciones generales de violencia, en forma de regímenes despóticos u ocupaciones enemigas que se instalan en una sociedad. Asimismo, la exigencia legal que la amenaza sea “inminente”, es interpretada más allá de su significado gramatical en el sentido que el temor fundado debe sentirse como “ineludible”, sea porque las circunstancias del caso llevan a la razonable convicción que no se podrá articular a tiempo las defensas necesarias o porque se tiene la razonable convicción que el recurso a la autoridad no será eficaz. Aún, en el derecho inglés, se ha llamado la atención sobre ciertos pronunciamientos judiciales que apuntan a otorgar a la *duress* (intimidación o violencia moral) un significado expansivo caracterizado como de *economic duress* (intimidación económica).

2) *Reglas tendientes a asegurar la corrección, transparencia y eficacia del mercado.* Una segunda dirección independiente de la anterior se caracteriza por la existencia de una legislación reguladora del mercado enderezada a la protección de la concurrencia y a garantizar la corrección y transparencia de los negocios. No se trata tanto de la protección de una voluntad individual, sino de tutelar la voluntad colectiva a través del dictado de reglas al mercado tendientes a garantizar su corrección y eficacia y no para

sustituirlo en el rol de guía del proceso económico. En definitiva, la protección no está dentro de la teoría del contrato a través de los mecanismos de protección de la voluntad, sino en las reglas que protegen la toma de decisiones libres en el mercado (publicidad engañosa, defensa de la competencia, lealtad comercial, protección de la marca; en los contratos de consumo, el plazo de reflexión, el neoformalismo, las cláusulas vejatorias, las facultades judiciales de integración del contrato en caso de nulidad parcial, la acentuación del deber de información, la regulación del crédito al consumo, etc.).

Aludiendo a esta dirección, señala Mengoni que la primacía del mercado no sólo requiere una desregulación del orden público de dirección, sino una re-regulación dirigida a garantizar el rol de instituciones de utilidad social: se trata, en suma, de una mutación de reglas dirigidas esta vez a asegurar el correcto y eficaz desenvolvimiento de la iniciativa económica bajo la forma de una libre competencia, concebidas, no sólo como un procedimiento para optimizar la administración de los recursos, sino como organización económica que posibilite a las personas individuales el libre desarrollo de su propia personalidad.

A propósito, los recientes acontecimientos económicos mundiales, plantean el interrogante si ellos conducirán en el mediano plazo a un nuevo movimiento pendular de la autonomía privada retrotrayéndola o si, como lo creo, comportará nuevas reglas de corrección del mercado sin abandonar en lo esencial la nueva dirección a que se hace referencia.

Estas regulaciones, como es sabido, son consecuencia de las particularidades de la contratación moderna. La contratación masiva o en serie, limita el contacto dialogal entre las partes reduciendo las posibilidades de acordar el contenido negocial que se presenta preestablecido: la libertad negocial se muestra aquí en términos muy distintos a su fisonomía tradicional.

Por otra parte, las modernas técnicas del marketing y la publicidad se ponen al servicio de las empresas para establecer la mejor manera de cautivar al consumidor. La variedad de procedimientos —comprensivos de la publicidad engañosa y la subliminal— explican la necesidad de la tutela de la voluntad de los destinatarios. Hace cuarenta años ya decía Carbonnier: *“No es la violencia ni el dolo, ni siquiera el error a lo que ha de temerse, es a la seducción por lo cual el estudio del contrato de esta época no debiera separarse de un estudio de la publicidad”*.

Los procesos de inducción a la compra se manifiestan también en modalidades aún más invasivas como las conocidas como “*porta a porta*”, “ventas agresivas” o “*door to door*” en que se emplea el acoso negocial, la actuación por sorpresa, o el uso de la tentación, limitando la libertad de decisión de los interesados. En respuesta, la ley pone el consentimiento en “*ralenti*” como una forma de protección contra las tentaciones.

De ese modo, se agregan a los tradicionales métodos de tutela de la voluntad, reglas configurativas de un orden público de protección que tutelan las decisiones libres en el mercado.

3) *Un nuevo orden en formación?* Es posible señalar, a mi juicio, una tercera dirección que en los últimos tiempos exhibe nuevos y sorprendentes desarrollos no sólo en el derecho interno sino en el derecho uniforme: la tutela del contratante a través de la ampliación de las facultades judiciales de control del contenido del contrato. Se manifiesta incluso en un sector que, como el del comercio internacional, se adscribe más a la santidad del contrato que a preocupaciones de justicia contractual. Hace hincapié en la noción de inequidad contractual, busca nuevas vías de apertura al control judicial de su contenido y plantea el interrogante si no se está en presencia de un nuevo orden en formación.

Esta dirección se desarrolla través de dos líneas de pensamiento distintas, podría decirse colocadas, cada una, en uno de los extremos de la lesión objetiva subjetiva y que, de consolidarse, conduciría, cualquiera de ellas, a una suerte de eclipse y declinación de este vicio.

Por un lado, se vislumbra un proceso de objetivación que centraliza el vicio en el excesivo desequilibrio de las condiciones del contrato y tiende a prescindir de los factores subjetivos. La sola inequivalencia o disparidad —cuando reviste determinada relevancia— sería suficiente para calificar al contrato como inequitativo y facultar a los jueces para su revisión o anulación.

Una manifestación de ello se puede encontrar en la *gross disparity* o ventaja excesiva del art. 3.10 de los *Principios de Unidroit*, al menos en la interpretación que de su texto hace un sector de la doctrina. La norma posibilita a una parte a anular el contrato o alguna de sus cláusulas si en el momento de la contratación otorga a la otra parte una ventaja excesiva. Para la valoración correspondiente, el texto enuncia dos especies de factores: de naturaleza subjetiva, relativa a situaciones de debilidad de una de

las partes y de naturaleza objetiva, como lo son la naturaleza y finalidad del contrato.

Se considera por algunos autores que la evaluación es alternativa en el sentido que la concurrencia de los factores objetivos hace innecesaria la consideración de los subjetivos y a la inversa. Resultaría de ello que la ventaja excesiva e injustificada pueda resultar de la sola naturaleza y finalidad del contrato, computando por ejemplo, las prácticas comerciales similares, su finalidad y la generalidad de los contratos de ese tipo concluidos por partes con igual poder contractual.

Esta corriente —que supone de alguna manera una vuelta a la vieja lesión objetiva del derecho romano— se manifiesta también en la jurisprudencia de algunos países por medio de la invocación de cláusulas generales como la de la buena fe o por medio del empleo indirecto de algunas de las instituciones clásicas de la disciplina del contrato.

Así considerado, el centro de atención parece desplazarse hacia la justicia del equilibrio del contenido contractual —no necesariamente económico sino también jurídico— más que a una hipótesis de tutela de la voluntad de un contratante.

En el otro extremo, es ubicable la corriente que, inversamente, propicia una acentuación de los factores subjetivos, centralizando la cuestión en el abuso de quien posee un poder contractual superior y se despreocupa de establecer con algún grado de precisión la incidencia de ese exceso en el equilibrio de las ventajas y sacrificios correspondientes. Me refiero al abuso de posición dominante propuesto por el Proyecto de Código Civil de 1998 o abuso de la dependencia económica de la ley italiana de *subfornitura* o abuso de las circunstancias del Código Civil holandés. Acerca de la caracterización del abuso de posición dominante en el Proyecto de 1998, hay que considerar, a mi juicio, que —de manera similar al abuso de dependencia económica de la ley italiana de *subfornitura*— adquiere un significado distinto del comportamiento concurrencial en el mercado, aludiendo al abuso en la relación individual.

A diferencia de la vertiente esencialmente objetiva, ésta pone el acento en los factores subjetivos: el comportamiento del abusador o la situación de dependencia económica del abusado o, si se quiere, en ambas a la vez, desinteresándose de una incidencia particular en el equilibrio del contrato. Se la puede encuadrar por consiguiente o como una respuesta del or-

denamiento al accionar ilícito del abusador o como un nuevo vicio de la voluntad del abusado.

Esta tercera dirección —para quienes la propician en alguna de sus dos variantes— coexistiría con los vicios tradicionales y con las reglas de corrección y eficacia del mercado.

CONCLUSIONES. Ya al hilo de la exposición, se pueden intentar algunas conclusiones:

1) Se impone una interpretación actualizadora de los tradicionales vicios de la voluntad que les posibilite cumplir una función práctica y los aleje del perfil teórico y académico que han tenido hasta ahora. Es amplio el rol que les compete en la contratación contemporánea, no sólo en la contratación personalizada sino, aún, en la contratación masiva, como cuando, por ejemplo, el mensaje publicitario integra el contenido del contrato.

2) La nueva era del intercambio, la globalización de los mercados, la desigualdad de sus participantes y las particulares modalidades de la contratación contemporánea, requieren no obstante, y de una manera concurrente con la vigencia *aggiornada* de aquéllos, de nuevos mecanismos de protección: un nuevo modelo de intervención a la economía dirigido principalmente a dictar reglas al mercado —externas a la teoría del contrato— que sin interferir en la evolución del proceso económico y del mercado, garanticen su corrección, transparencia y eficacia, conjugando al mismo tiempo y de un modo equilibrado, eficiencia económica, libertad individual y justicia contractual. En algunos casos, las reglas serán sectoriales computando la diversa calidad de los sujetos y la distinta aptitud negociadora.

3) Mayores reservas suscitan las intervenciones legislativas y desarrollos jurisprudenciales que procuran nuevas vías de apertura al control judicial del contrato sea, según los casos y las opiniones, por considerar ilícito el comportamiento de quien abusa de su posición dominante, sea por considerar que está viciada la voluntad de quien ha sido víctima de un abuso de su dependencia económica o porque entiende que el solo desequilibrio del contrato afecta la justicia y equidad contractual.

Es que por un lado el abuso de posición dominante o abuso de dependencia económica —entendido como el abuso en la relación individual—

abarcaría por su extensión multitud de hipótesis subsumibles en el vicio de lesión (despojándolo de casi toda vigencia efectiva); numerosos supuestos comprendidos en los vicios de la voluntad tradicionales y abarcaría casos de temor reverencial que en nuestro derecho no constituyen causa de invalidez del contrato. Sucede que no resulta de buena técnica legislativa la superposición de causales de nulidad y reajuste para un mismo supuesto de hecho, al punto que uno de los institutos torne superfluo o casi inútil al otro. La ausencia de toda mención a la incidencia en el equilibrio negocial, por otra parte, posibilitaría anular convenciones en que no hubo lesión patrimonial objetivamente perceptible y abriría un amplio campo a la discrecionalidad judicial en el delicado y crucial sector de los límites puestos a la autonomía de la voluntad.

A su vez, la sola “*ventaja excesiva*”, que subestima o prescinde de los factores subjetivos, posibilitaría privar de efectos a vínculos contractuales que se celebraron en condiciones de sustancial paridad; prescindiría de considerar que existen a veces motivos psicológicos determinantes no patrimoniales no exteriorizados que llevan a la conclusión del contrato (la vecindad del inmueble, el afán de colección, la atracción especial de un lugar, etc.) y comportaría, también, un excesivo intervencionismo judicial en el contrato. Una excepción puede aceptarse en los casos en que la disparidad de las partes es estructural, como en las relaciones de consumo.

4) La solución, como se dijo, se debe encontrar en las reglas que —con el alcance indicado— aseguren la corrección y eficacia del mercado y en un nuevo análisis de los vicios tradicionales, en especial el de la lesión, que permitan un ensanchamiento de su cometido y funciones, para lo cual —y en relación a este último vicio— es relevante computar la importancia de la original y trascendente solución de la legislación argentina, al consagrar la presunción de la existencia de los elementos subjetivos cuando la inequivalencia resulta notable.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

FAVOR DEBITORIS Y SU APLICACIÓN EN EL RÉGIMEN SOCIETARIO

POR MARIANO GAGLIARDO (*)

1. El título de estas reflexiones, merecen de manera preliminar unas breves explicaciones

En primer lugar, se vinculan con un tema que para todos los hombres de Derecho, es un motivo de preocupación y respeto, tal como resulta la interpretación de la ley, en cualquiera de sus vertientes, aplicaciones y proyecciones.

En segundo término, el título elegido, también se relaciona aunque de un modo indirecto o bien implícito con las llamadas “fuentes del Derecho”, en particular en la esfera mercantil y en nuestro caso, con el tratamiento de las sociedades comerciales.

Como tercera cuestión el tema del “*favor debitoris*”, fue analizado a raíz del estatuto del consumidor en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Corrientes en 1985. (1) Sin embargo, en general nuestra doctrina y jurisprudencia sólo consideran aisladamente las normas que tratan el “favor debitoris” en el Código Civil. (2) Y sin que ello signifi-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de abril de 2009.

(1) Borda, Guillermo A., La regla “favor debitoris” en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LA LEY, 1985-D, 895; Casiello, Juan J. La regla de interpretación favor debitoris, LA LEY, 1985-C, 1227; Rezzónico, Juan Carlos, Contratos con cláusulas predisuestas, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 608 y ss.; Ojea Quintana, Juan Manuel, Las cláusulas “contra proferentem” y “favor debitoris”, El Derecho, 184-1525.

(2) Cfr. Moisset de Espanés, Luis, el “favor debitoris” y la demora judicial, Derecho y Cambio Social, Periódico Jurídico Virtual, Lima, Perú, Año III, 2006, N° 8.

que, una enunciación taxativa, cito los siguientes dispositivos legales: arts. 618 y 747, que fijan como lugar de pago el domicilio del deudor; en materia de dar cosas inciertas no fungibles y obligaciones alternativas, los arts. 601 y 637, conceden la elección al deudor; el art. 746, que dispone que el pago de la última cuota hace presumir que las anteriores ya han sido canceladas; el art. 778, que —respecto a la imputación legal— dispone que se efectúa a la deuda más onerosa al deudor y, en una materia tan delicada como es el Derecho sucesorio la solución del art. 3765 es que si se trata de la existencia de un legado, en caso de duda, el tema se encauza en aras del “*favor testamenti*”; es decir, se interpreta contra el heredero. Y si está en contradicción la extensión del legado, la duda se resuelve a favor del obligado a cumplir la disposición testamentaria (*favor debitoris*), de conformidad al principio según el cual la liberalidad debe interpretarse restrictivamente. Y podría citarse algún otro ejemplo legal.

Por último, en este orden de justificativos a nuestra elección en la exposición de esta tarde, no podemos desatender a una observación de Messineo (3) quien sostiene que en materia contractual “no existen principios que puedan elevarse a la dignidad de principios generales de derecho, manifestando que en materia de contratos, podrían parecer principios generales, y no son tales. No lo es el principio del “*favor debitoris*”, que ahora está eliminado del nuevo derecho contractual”.

Así, en el precedente contexto desarrollaremos algunas pautas que nos parecen sustanciales en el asunto propuesto y le asignan actualidad.

2. El Derecho en sus distintas exteriorizaciones utiliza conceptos jurídicos y, en otros supuestos, acude a nociones extra-jurídicas, resultando en ambos casos relevantes, al decir de Legaz y Lacambra, (4) la llamada técnica de tipificación social. (5)

Los conceptos extra-jurídicos, expresan ideas que se refieren a objetos o situaciones del mundo exterior con implicancias de orden legal: por caso, “nacimiento”; “demencia”, etcétera.

(3) Doctrina General del Contrato, Buenos Aires, 1986, Vol. I, p. 20 ap. 10.

(4) Introducción a la Ciencia del Derecho, Barcelona, 1943, p. 70.

(5) Cfr. Respecto de los tipos societarios: Alegria Héctor, Los llamados subtipos societarios en la ley de sociedades comerciales, LA LEY, 1978-D, 1221.

Por su parte, las nociones jurídicas enuncian la decisión real o hipotética a un problema y, asimismo, suministran la solución: por ejemplo, “pago”; “nulidad”, etcétera.

Estos institutos, conceptos y proposiciones ciertos o imaginables que a diario nos ofrece el mundo jurídico, no poseen nunca un valor absoluto. Porque, en efecto, decir que un sujeto es mayor de edad, no implica que el mismo resulte capaz de contraer obligaciones; decir que formé sociedad, no significa precisar mi responsabilidad societaria, sí, además, no indico el tipo societario de mi elección.

Y con motivo de los principios, conceptos, nociones y proposiciones jurídicas, nos vinculamos con la máxima “*favor debitoris*” de cabal preeminencia, a la hora de decidir ciertas polémicas de Derecho.

Se trata de un adagio, procedente del Derecho romano, a veces asimilable al aforismo.

Y si bien puede controvertirse la significación y génesis de adagio citado tiene de común con el aforismo su justificación, practicidad y utilidad. (6)

Conceptualmente, en la ley romana se decía que cuando hubiese duda en cuanto a la existencia de una obligación, debemos estar proclives si hubiere ocasión para negar que la hubo; y ante la duda sobre si se disolvió el vínculo jurídico, debemos inclinarnos a que se extinguió.

El fundamento jurídico de la regla del “*favor debitoris*”, cabe encuadrarlo en el art. 499 Código Civil, que trata la causa de las obligaciones, pues no se puede considerar obligado a nadie, sin que exista una de las fuentes de las obligaciones, toda vez que la regla es la libertad jurídica. Es decir, la carencia de obligación, siendo pues lógico que en la duda, se esté por la liberación. Dicho en otros términos: “*el favor debitoris*” debe concebirse como una pauta que ante la vacilación queda sustituida por una certidumbre de rigor contrac-

(6) Cfr. Bielsa, Rafael, Los conceptos jurídicos y su terminología, Depalma, Buenos Aires, 1987, 3° ed., p. 257 y ss.

tual para el obligado, cuya solución se traduce en la mínima exigencia respecto del sujeto que se dice constreñido a cumplimentar una prestación.

Y a raíz de los adagios con alcances legales, no enunciados normativamente, se destaca por ejemplo, “el que calla otorga”, señalándose que el silencio no es lo mismo en el régimen contractual que en el procesal, y dentro del procesal difiere su interpretación según se trate del proceso civil o del proceso criminal. De más está decir que en el Derecho administrativo, el silencio tiene también un régimen especial.

Asimismo, hay aforismos que si bien son jurídicos, a raíz de su frecuente aplicación, tienen un sustento racional y lógico, más allá de su contenido. Citamos, por ejemplo, “nadie puede transferir lo que no tiene”.

Desde luego que el adagio no expresado en un texto legal, tiene valor de técnica jurídica o de principio; además, si se dedujere de un precepto jurídico, tendrá su fuerza normativa.

3. El núcleo de las reflexiones propuestas con las aclaraciones formuladas, es la vigencia y alcances del criterio “*favor debitoris*” en materia societaria.

Centraremos la atención en tres hipótesis legales: una referida a un contrato de sociedad de tipo personalista; la otra, en el marco de un órgano de la sociedad, el directorio como centro de la administración de la entidad y ante la eventualidad de crisis funcionales y, por último, el “*favor debitoris*” en la persona jurídica, sujeto de derecho, llamada sociedad comercial en el marco de su actuación.

En respuesta a la primer cuestión —“*favor debitoris*” y esquema contractual— debe tenerse en cuenta la vigencia del art. 218 inc. 7 del Código de Comercio que dispone “en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de su liberación”.

De manera que en caso de duda, se decidirá a favor de quien resulte deudor, en aras de una menor rigidez en la consideración de la relación jurídica.

Y en la atención a las pautas precedentes, la sociedad comercial concebida como un contrato, cuestión cerrada luego de los agudos estudios de los académicos García Belsunce, (7) Fargosi, (8) Anaya (9) y Otaegui (10), caben las siguientes aplicaciones del “*favor debitoris*”: el deudor —socio— tendrá la facultad de hacer valer una limitación de su responsabilidad en todos aquellos casos en que esta posibilidad le fuere legal o convencionalmente concedida; prerrogativa del socio de anticipar la prestación, cuando el plazo se estableció en su exclusivo beneficio: entre otros supuestos desembolso dinerario de parte de su aporte; cumplimiento del contrato de suscripción de acciones con motivo de un aumento de capital; derecho del socio a reclamar un descuento cuando pagó anticipadamente, ignorando la existencia de un plazo; la de repetir lo pagado pendiente una condición suspensiva prevista en el contrato social con motivo de las demoras en la adjudicación de una licitación, etcétera.

Teniendo en cuenta la perspectiva contractual propuesta, la sociedad comercial como técnica de organización y negocio jurídico plurilateral, plantea diversas cuestiones de interés en la esfera de las relaciones jurídicas internas y en el ámbito de las vinculaciones jurídicas externas.

El catálogo legal de las figuras asociativas, con sustento en la autonomía de la voluntad, es una referencia para analizar y ponderar como opera el llamado “*favor debitoris*”.

Un ejemplo de un tipo societario donde se advierte nítidamente, el tema central es en la sociedad colectiva, especie que no ha caído en “*desuetudo*”, no obstante su antigüedad, figura muy próxima a la sociedad civil donde la responsabilidad del socio colectivo, también resulta aplicable al socio solidario de la sociedad comanditaria.

En la faz externa, la formulación de la sociedad colectiva —art. 125, ley 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319)— es que “los socios contraen responsabilidad

(7) Enfoques sobre Derecho y Economía, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 589 y ss.

(8) Nuevas cuestiones de Derecho Comercial, Cangallo, Buenos Aires, 1971.

(9) Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 15 y ss.

(10) Acto social constitutivo y persona societaria, Esquema de su naturaleza, R.D.C.O., 1975-365.

subsidiaria, ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales, no siendo oponible a terceros el pacto en contrario”

Y en esta línea argumental, el alcance de la responsabilidad del socio es subsidiaria, de manera que sólo podrá hacérsela efectiva en el patrimonio particular, luego de practicada la excusión de los bienes de la sociedad; ello significa que los acreedores sociales, deberán excutir el activo societario antes de accionar contra los socios personalmente. Cabe señalar que el citado beneficio de excusión no opera de pleno derecho sino que necesita que lo oponga el socio interesado, siendo potestativo del socio accionado exigir o no que previamente el acreedor dirija su acción contra la sociedad colectiva; se trata de un beneficio de orden (11) que conlleva, a mi juicio, el “favor debitoris”.

En otro enfoque, el socio que paga voluntariamente una deuda social, no puede accionar de regreso contra sus consocios, si previamente no hace excusión en el patrimonio de la sociedad.

La segunda cuestión anticipada para considerar brevemente, es delimitar el “favor debitoris”, en la esfera del directorio de una sociedad anónima. Sobre el particular, el art. 59, ley 19.550 enuncia un estándar o prototipo de conducta: fórmula del buen hombre de negocios como parangón de conducta exigible al administrador o representante societario, fijando seguidamente los alcances de su obrar indebido que se resume en la solidaridad pasiva de fuente legal con proyecciones patrimoniales.

Se subraya la nota de solidaridad legal, por lo que luego se dirá. Por su parte, el contrato de sociedad, supone por esencia y definición legal del art. 1, ley 19.550, un contrato de organización; es decir, admite distintos grados de complejidad, alternativas que, por una parte, se compadecen con las modernas tendencias y prácticas empresarias. En segundo término, una modalidad de atenuar o paliar los efectos patrimoniales de la solidaridad pasiva de origen legal es la previsión del art. 274, 2º ap. ley 19.550 que al regular al llamado “director delegado” tiene como resultados “distribuir sin fraccionar y especializar sin disolver” en la esfera del directorio; tal atribución de tareas específicas, además, conlleva su propia esfera de responsabilidad previos recaudos societarios inexorables.

(11) Cfr. Verón, Alberto V., *Sociedades Comerciales, ley 19.550, Comentada, Anotada y Concordada*, Astrea, Buenos Aires, 2007, 2ª ed. t. II p. 40 y ss.

De manera que en la proyección externa de un daño societario irrogado por un administrador a la sociedad que integra, resulte accionista o bien un tercero, el director ajeno al ilícito en aplicación del “*favor debitoris*”, podrá invocar su ajeneidad al hecho por las circunstancias del precepto citado o bien por haber formulado en tiempo oportuno la protesta exonerativa de responsabilidad.

De allí pues que la solidaridad legal configure una institución puramente técnica que se traduce en una agravación de la obligación. Por ella, se somete al deudor a soportar, a su pesar, ciertas consecuencias de la culpa del codeudor, significando un desvío de las reglas de la equidad, encontrándose en el “*favor debitoris*” un atenuante al obrar de los administradores procediendo como órganos de la sociedad.

Una hipótesis de interés, se plantea con la regulación del art. 19, ley 19.550, en cuanto se contempla la sociedad lícita con actividad societaria ilícita (por caso, la que tuviere por objeto la exportación e importación y se dedicare al contrabando), supuesto en el que los socios que acrediten su buena fe, estarán exentos de responder ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados.

Corresponde, en último lugar, considerar la procedencia del “*favor debitoris*” en el obrar del sujeto de derecho, llamado sociedad comercial.

Entendemos que un supuesto del mismo, se presenta en la hipótesis del derecho de receso (art. 245, ley 19.550) cuya versión legal no es derogable y menos aún susceptible de agravación de modo que obste a su ejercicio.

Este instituto del receso, es una modalidad de extinguir la calidad de socio con motivo del acaecimiento de ciertos causales legales o convencionales adoptados en decisión asamblearia. En la práctica, una de las aplicaciones de la figura es que la sociedad, resulte deudora del reembolso dinerario o en especie respecto del accionista que en el caso se constituye en acreedor. He aquí, una inversión en las calidades de los beneficiarios del citado “*favor debitoris*”, el que sin dudas, puede resultar socio minoritario.

A partir de la reforma de la ley 22.903 del año 1983 (Adla, XLIII-D, 3673), al texto primitivo del art. 245, ley de sociedades comerciales, la sociedad por previsión de la ley puede reveer la decisión que motiva el receso —o

apartamento— del socio, operándose lo que el ordenamiento societario en la hipótesis denomina caducidad.

Los antecedentes de esta reforma fueron considerados en el caso “Riello Manuel y otros c. Grimaldi S.A.” (12)

Se advierte aquí otra aplicación del “*favor debitoris*” en beneficio de la sociedad deudora de uno o diversos reembolsos a socios que la integran.

Para concluir diremos que, en nuestra opinión el principio del “*favor debitoris*”, constituye un recurso técnico que interpretando excepciones de especie posibilita lograr soluciones adecuadas.

En segundo lugar, el deudor moroso o el sujeto incumplidor no podrán argumentar en su beneficio el “*favor debitoris*”.

Por último, el citado principio no sólo rige para el sujeto obligado sino que, indistintamente, cabe aplicar al acreedor o bien al deudor.

(12) CNCom., sala B, abril 29-1980- El Derecho, 88-248.

LA ACCIÓN COLECTIVA RESARCITORIA EN EL CÓDIGO ITALIANO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

PARALELISMO CON LA NORMATIVA ARGENTINA

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

SUMARIO: 1. Las investigaciones doctrinales en torno a las acciones colectivas resarcitorias. Propósito de este trabajo. 2. Breve historia que justifica la aparición de las acciones colectivas y la preocupación de los autores. 3. Una advertencia inicial: Las acciones colectivas resarcitorias no son ni ángeles ni demonios. 4. La clasificación de los derechos expuesta por la Corte Federal como punto de partida para la mejor comprensión de la temática: (a) derechos individuales, (b) intereses o derechos difusos o indivisibles que tienen por objeto bienes colectivos y (c) derechos relativos a intereses individuales plurales homogéneos. 5. La acción colectiva: concepto; diversos modelos: aclaraciones terminológicas. 6. Las acciones colectivas inhibitorias que legitiman a las asociaciones en el ámbito del derecho comunitario europeo de los consumidores. 7. La tras-

(*) Comunicación efectuada por la Académica, en la sesión privada del 28 de mayo de 2009.

posición de la directiva 98/27 al derecho italiano y la posterior aparición de las acciones colectivas resarcitorias o restitutorias. Causas de la sanción de la ley de 2007. Trámite parlamentario. 8. Análisis de la normativa italiana. 9. Comparación con el régimen legal argentino. 10. Palabras de cierre.

Ante los problemas suscitados a partir de la irrupción en la vida social de las grandes empresas, con un enorme poderío material y económico, y la consiguiente amenaza para el individuo y sus derechos, la Constitución no desampara a los ciudadanos ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios; las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad (CSN 5-9-58, "Kot", Fallos 241:291).

Las nociones de "libertad" y de "derechos" han sufrido una asombrosa degradación en los años recientes. En muchas comunidades se ha otorgado más peso a los derechos colectivos que a los individuales. (1)

1. Las investigaciones doctrinales en torno a las acciones colectivas resarcitorias. (2) Propósito de este trabajo.

Las llamadas *acciones colectivas resarcitorias* no integran la tradición normativa del llamado "*Derecho Continental*" al que pertenecen Argentina e Italia. Este aserto no significa que la doctrina de ambos países las hayan ignorado; por el contrario, como lo muestro a lo largo de este traba-

(1) SONTAG, Susan, La conciencia de las palabras (discurso de aceptación del premio Jerusalén) en *Al mismo tiempo. Ensayos y conferencias*, Barcelona, Mondadori, 2007, p. 159.

(2) Utilizo la expresión "acciones colectivas" con sentido amplio, por ser la más utilizada, pero no desconozco los problemas lingüísticos generados con ésta y otras expresiones como "acciones de clase", "acciones de grupo", etc. (Para la diferencia entre "derechos colectivos" y "derechos de los colectivos" ver GARCIA INDA, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 110). Ciertamente, "el lenguaje es siervo infiel y patrón secreto del pensamiento" (CHIARLONI, Sergio, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXII, n° 3, Maggio-Giugno 2007, p. 567). No obstante, la índole de este trabajo pone límites a su extensión, aun en desmedro de la precisión terminológica.

jo, y especialmente en el anexo final, (3) la bibliografía es muy rica, y proviene de estudios realizados por juristas que pertenecen tanto al ámbito del derecho procesal cuanto al sustancial (constitucional, civil, comercial, administrativo). Los procesalistas no deben temer esta intrusión de otros juristas en este campo; bien se ha dicho que las acciones colectivas no pueden ser miradas bajo un solo perfil; la ley de fondo y la de forma se complementan, por lo que el estudio de esta tutela “constituye una notable ocasión para acercar el Derecho Procesal Civil al Derecho Privado bajo el perfil de los valores que inspiran la disciplina (4) sin peligro alguno para la ciencia, desde que hoy el Derecho Procesal no tiene necesidad de custodiar su autonomía”. (5)

Frente a tan rica bibliografía, este trabajo encuentra justificación en el exclusivo propósito de informar sobre la reforma operada en Italia en el año 2007 en su código de protección de los consumidores, y compararla con las modificaciones introducidas en la Argentina, el año siguiente, en 2008, por la ley 26.361.

Como explico más adelante en el texto, la acepción amplia de la expresión “acción colectiva” que utilizo es la que recoge el Código Modelo de acciones colectivas para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal.

Finalmente, señalo que con esta voz me refiero sólo a la tutela jurisdiccional y no a las medidas administrativas que afectan derechos colectivos (Ver ALVAREZ LARRONDO, Federico, Las medidas preventivas administrativas en el derecho del consumidor, LA LEY, 2008-B, 69; el autor comenta una decisión que confirmó una medida preventiva dictada por la subsecretaría de defensa de la competencia a fin de que ciertas empresas proveedores del servicio de Internet se abstengan de continuar prestando el servicio con disminución de la velocidad y capacidad de interconexión).

(3) Aclaro que en el apéndice sólo he incorporado, como regla, la bibliografía referida a las acciones colectivas resarcitorias en el ámbito del consumo; también incorporo algunos libros y artículos clásicos sobre la problemática en general, y los comentarios a la sentencia dictada en el caso “Halabi”, verdadero *leading case* relativo a las acciones colectivas en la Argentina. Omito la riquísima bibliografía sobre las acciones inhibitorias, y sobre todas las acciones colectivas en el derecho ambiental, ámbito en el que también la Corte Federal se ha expresado, especialmente, a través del conocido caso “Mendoza”, del 8/7/2008.

(4) Ver GIUSSANI, Andrea, L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c.cons., en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII, n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1228.

(5) CAPONI, Remo, Azzioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1206/1208. Para la interrelación de todas las ramas PEREZ RAGONE, Alvaro, ¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos, en Oteiza. Eduardo (coordinador), Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 87 y siguientes.

2. Breve historia que justifica la aparición de las acciones colectivas y la preocupación de los autores.

Se ha dicho que el tema de las acciones colectivas es nuevo y antiguo al mismo tiempo, y que su análisis exige una sensibilidad particular. (6)

Algunos autores atribuyen la aparición de este tipo de acciones a razones de orden político; (7) en la misma línea, otros vinculan el proceso colectivo actual a los “espacios democráticos” (8) y al “control republicano del poder”. (9)

Se recuerda (10) que la revolución francesa desarrolló la idea de que el ser humano tiene la necesidad de defender sus derechos fundamentales

(6) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008, p. XVII. Tanta sensibilidad exige el análisis del tema, que las acciones colectivas se han desplazado, incluso, a una figura pensada, esencialmente, para el individuo particular, como es el habeas corpus; en efecto, la Argentina conoce el llamado “habeas corpus colectivo” (Ver BERTOLINO, Pedro J., *El habeas corpus colectivo*. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en *La Ciencia del derecho procesal constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 425).

(7) Al igual que en la mayoría de las materias, algunos autores se remontan al derecho romano (Ver, por ej., ACUÑA SOLORZANO, Gina María, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usus publico en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas*, con atención a la tutela del ambiente, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 25/2008, p. 53). En la Argentina se ha señalado que la primera mención a los derechos reconocidos a la sociedad como “ente moral o colectivo” pertenece a Bartolomé Mitre, durante la Convención de 1860 (Ver DE LA RUA, Fernando y SARAVIA FRIAS, Bernardo, *Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*, LA LEY, 2009-C, 251).

(8) UCIN, María Carlota, *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, en *Rev. de Derecho Procesal* 2009-1-335.

(9) GARCIA PULLES, Fernando, *Acumulación de procesos o procesos de clase*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, p. 45. El maestro Morello, pionero en ésta como en tantas otras materias, señaló que el proceso colectivo es un instrumento para la lucha contra la corrupción (MORELLO, A.M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, La Plata, Platense, 1999, Pórtico). Para otros autores, en cambio, las acciones de clase para los derechos pluri individuales homogéneos pueden convertirse en un medio para evitar que decenas de miles de pretensiones nacidas de la misma situación o hecho sean resueltas en el sentido opuesto a los intereses del Estado o al de las poderosas corporaciones económicas que “en la era de la globalización han expropiado al Estado, en gran parte, la potestad de tomar decisiones independientes” (PERRACHIONE, Mario, *El peligro de regular las acciones de clase como una especie de proceso colectivo*, en *Foro de Córdoba* n° 101, 2005, p. 127).

(10) Ver DONZELLI, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008, p. 3.

contra el Estado, autor de la mayoría de los embates que los ponen en riesgo; más tarde, las nuevas condiciones socio económicas de finales del siglo XIX pusieron de manifiesto que el hombre no puede protegerse eficazmente en soledad, ni contra el Estado, ni contra otro tipo de poderes; por el contrario, necesita hacerlo a través de la clase o grupo al cual pertenece.

Este fenómeno se manifestó, inicialmente, en el ámbito de las relaciones laborales. Por eso, uno de los primeros libros italianos que contribuyó al estudio de este instrumento procesal fue *La tutela degli interessi collettivi*, de Emilio Bonaudi, editado en Milán en 1911; se trata de una obra de perfil histórico reconstructivo, que muestra cómo los nuevos contextos sociales pueden producir profundas alteraciones en los instrumentos jurídicos; explica cómo, a veces, las asociaciones defienden la suma de intereses de la colectividad especial así formada; por lo tanto, el interés de cada uno coincide con el de la asociación; otras, a través del esfuerzo colectivo, estos entes se proponen hacer prevalecer los intereses del grupo, aun cuando puedan llegar a ser contrarios a los del Estado o al de otras categorías de clase. (11) Desde esta misma perspectiva, otras obras de prestigiosos autores (Giuseppe Messina, Lodovico Mortara, Enrico Ridenti, Widar Cesarini Sforza, Francesco Carnelutti, etc.) reflexionaron sobre los conflictos colectivos del trabajo y las posibles soluciones a través de lo que dio en llamarse el *ordenamiento corporativo*. (12)

En Italia, con el dictado de la Constitución de 1948, la bibliografía tomó otro rumbo. Poco tiempo antes de su sanción, más precisamente, el 5/2/1948, una sentencia de la Casación marcó un hito muy significativo; en el caso se discutía si un ente público está legitimado para demandar los daños y perjuicios derivados de la falsificación de una marca colectiva, ilícito que perjudicaba el derecho a la libre competencia. La Corte respondió afirmativamente por varias razones: (a) se trataba de una persona jurídica creada, justamente, para proteger los intereses colectivos de la libre competencia en el mercado; (b) los intereses nacidos de la marca tienen naturaleza privada y pertenecen a un sujeto jurídico privado, no al

(11) Para el funcionamiento de los grupos y los conflictos que se generan ver LORENZETTI, Ricardo, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p.342 y ss.; del mismo autor, LORENZETTI, Ricardo, Las normas fundamentales de derecho privado, Buenos Aires, Rubinzal, 1995.

(12) GIUGGIOLI, Pier Filippo, La nuova azione collettiva risarcitoria, Padova, Cedam, 2008, p. 2.

ente *público*, pero se presentan como *intereses complejos en una materia unitaria*; (c) el ejercicio de la acción se presentaba como no independiente de la voluntad de cada uno de los sujetos titulares de los intereses privados, también protegidos. (13)

En definitiva, en los años setenta del siglo XX, Italia ya conocía las acciones colectivas en defensa de los trabajadores, (14) del ambiente y de la libre competencia; (15) en cambio, aun no había conciencia sobre las acciones colectivas de los consumidores. El interés en este campo apareció cuando se advirtió que algunas empresas tienen un poder casi normativo en la materia contractual y, consecuentemente, se empezó a analizar la tutela *procesal* del contratante débil; también se tuvo en consideración que, normalmente, ese contratante no es un individuo aislado sino que muchos se encuentran en la misma situación. Desde esta perspectiva, las acciones colectivas comienzan a vincularse a la globalización y a la llamada economía de masa, caracterizada por la complejidad del sistema serial de producción de bienes y servicios; cualquier observador de la realidad, aun el más desatento, se da cuenta que este tipo de economía es susceptible de causar daños a una multiplicidad de individuos; generalmente, se trata de daños de escaso valor económico unitario que, por eso mismo, y dada la asimetría de los costos, no movilizan a los sujetos que los sufren a iniciar litigios; (16) en cambio, estas situaciones de daño patrimonial plu-

(13) Ver DONZELLI, Romolo, La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, Napoli, Jovene, 2008, p. 17.

(14) Se cita la ley del 20/5/1970 que legitimaba a la asociación para hacer valer el derecho de los trabajadores contra las empresas a las que se les atribuía conductas antisindicales (Ver GIUGGIOLI, Pier Filippo, La nuova azione collettiva risarcitoria, Padova, Cedam, 2008, p. 17).

(15) Para este tema ver GAMBUTO, Simone, Il risarcimento del danno antitrust: considerazioni di efficienza all'alba della class action, en Monateri e Somma (a cura di) Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 847; Rizzo, Francesco, Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati, Napoli, Scientifiche Italiane, 2008, p. 239 (capítulos séptimo y octavo); Giuggioli, Pier Filippo, La nuova azione collettiva risarcitoria, Padova, Cedam, 2008, p. 64; Troiano, Paolo, Concorrenza e tutela risarcitoria collettiva, en Bellelli, Alessandra (a cura di), Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 35.

(16) SCARCHILLO, Gianluca, I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato, en Monateri e Somma (a cura di) Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 433. Mucho se ha escrito sobre la ineficacia del sistema judicial para las pequeñas causas (Ver, entre muchos, ROTA, Fabio, L'insostenibile complessità del processo: quale giustizia per gli small claims?, en Monateri e Somma (a cura di) Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 677. El

rindividual o pluriofensivo implican suculentas ganancias para los proveedores de bienes de consumo. (17) Se “descubrió”, entonces, que existen intereses *individuales homogéneos múltiples*.

Los autores empiezan a preocuparse por este nuevo fenómeno. Algunos atribuyen el carácter de hito en la historia italiana del estudio de estas acciones a la obra de Mauro Cappelletti; (18) otros agregan los trabajos de Taruffo, Carpi, Denti, Alpa, etc. (19) Por entonces, aun cuando la doctrina denunciaba que estaba frente a un “desierto legislativo”, el tema procesal comenzó a estudiarse como un apéndice de las cláusulas generales abusivas; por su lado, las primeras demandas interpuestas judicialmente apuntaron a la publicidad engañosa a través de los mecanismos previstos en la ley de defensa de la libre competencia. De tal modo, las asociaciones de consumidores fueron legitimadas para: (A) pedir acciones inhibitorias contra actos y comportamientos lesivos a los consumidores; (B) adoptar las medidas idóneas para corregir o eliminar los efectos dañosos de violaciones verificadas, ordenar la publicación de procedimientos sobre diarios de difusión nacional o local en los cuales la publicidad podría contribuir a corregir o eliminar los efectos de las violaciones verificadas, etc.

Específicamente, respecto de las acciones colectivas resarcitorias, la cuestión se hizo patente a finales del siglo XX, ante los daños masivos, consecuencia de la mayor exposición de grandes grupos poblacionales a fuen-

problema de las pequeñas causas es central en la defensa de los consumidores. Como decía Calamandrei, “la injusticia también se revela en dosis homeopáticas”, por lo que en este ámbito no debe decirse “*minima non curat praetor*” (Compulsar GIUSSANI, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 51 nota 47).

(17) Ver FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, trad. por E. Restrepo Saldarriaga, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 169 y siguientes.

(18) RESTA, Giorgio, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, class actions: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, en *Riv. Critica del Diritto privato*, anno XXV-1, Marzo 2007, p. 331. El maestro Mauro Cappelletti concurre a las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho procesal celebradas en México en 1993. En el libro de ponencias se reproducen 11 trabajos sobre tutela procesal de los intereses difusos, una de ellas es la traducción al español de una conferencia de Cappelletti, publicada originalmente en francés en 1975, bajo el título *La protección de los intereses colectivos o difusos*.

(19) Ver DE SANTIS, Angelo Danilo, *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il Class Action Fair Act of 2005*, en *Riv. Trimestrale di Diritto e procedura civile*, anno LX, n° 2, Giugno 2006, p. 601, nota 2.

tes de riesgo: usuarios de teléfonos, consumidores perjudicados por propaganda engañosa, por productos elaborados defectuosos, etc. (20)

Recientemente, la cuestión ha sido abordada desde una óptica parcialmente distinta. Se afirma que “la solidaridad y la subsidiaridad (entendida esta última como criterio de reubicación de los riesgos y de los recursos, de limitación de los costos sociales provenientes de los ilícitos de masa, y de simplificación del trámite procesal para determinar la responsabilidad) expresan nuevos criterios de regulación equitativa de las relaciones interprivadas. La política global pone el acento en la exigencia de revisar los signos distintivos de modo tal que la igualdad se exprese como libertad real de la colectividad, todo lo cual exige nuevos mecanismos de defensa”. (21)

Otro aspecto que no puede desdeñarse en el análisis del tema provino desde el derecho internacional privado, cuando doctrina y jurisprudencia europea se preguntaron si era posible el reconocimiento de sentencias extranjeras emitidas en procesos colectivos, (22) especialmente si contenían condenas a daños punitivos. (23)

3. Una advertencia inicial: Las acciones colectivas resarcitorias no son ni ángeles ni demonios.

La mayoría de los ordenamientos reguladores de los derechos de los consumidores prevén acciones *colectivas inhibitorias* tendientes a hacer

(20) LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos, en Número especial, 10 aniversario de la revista Responsabilidad y Seguros, Homenaje al profesor Atilio A. Alterini, 2009, p. 237. (21) PAURA, Lucia, Diritti soggettivi e formazioni sociali. Le azioni collettive risarcitorie tra sussidiarietà e solidarietà, en Contratto e impresa, 2008 n° 4/5, p. 1003; conf. Troiano, Paolo, Concorrenza e tutela risarcitoria collettiva, en BELLELLI, Alessandra (a cura di), Dall'azione inhibitoria all'azione risarcitoria collettiva, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 62, quien insiste que el derecho subjetivo colectivo es una consecuencia o efecto de la garantía de igualdad. Lo expuesto en el texto no significa desconocer la resistencia que las corrientes individualistas oponen a la categoría de derechos colectivos y de acciones colectivas (Para esta temática, ver LOPEZ CALERA, Nicolás, ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos, Madrid, Ariel, 2000).

(22) MATOUSEKOVA, M., ¿Would French Courts enforce US class action judgments?, en Contratto Impresa Europa, 2006-514.

(23) SCARCHILLO, Gianluca, I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato, en Monateri e Somma (a cura di) Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto, Napoli, Scientifiche Italiane 2007, p. 445; GIORGETTI, Alessandro and VALLEFUOCO, Valeria, Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo, Milano, Giuffrè, 2008, p. 69.

cesar conductas o actos contrarios a tales derechos. (24) En cambio, hasta hace pocos años, el legislador fue más temeroso a la hora de regular acciones colectivas *resarcitorias* o indemnizatorias y *restitutorias*. (25)

Como señala la profesora italiana Liliana Rossi Carleo, la mayor apertura de la ley a las acciones colectivas inhibitorias quizás obedezca a que generan costos controlables para las empresas; las resarcitorias, en cambio, suponen costos cuantiosos e imprevisibles. (26)

Para otros, (27) la resistencia a las acciones reparadoras o restitutorias colectivas responde a que tradicionalmente, las acciones indemnizatorias han sido visualizadas como un instrumento de protección de derechos subjetivos individuales; desde esa perspectiva, el propio concepto de daño responde a la misma lectura, en tanto es un ataque a un derecho subjetivo o interés propio del sujeto que reclama la indemnización; en cambio, las colectivas son estrategias o instrumentos dirigidos a la prioridad de intereses colectivos.

Sea cual sea la razón, no hay que creer que todo brilla y que hay unanimidad de aplausos a favor de la normativa existente en los países que hace mucho tiempo regulan las acciones colectivas resarcitorias. Precisamente, la *Class Action Fairness Act* de 2005 de los EE.UU. se dictó con el propósito de resolver los problemas que, según un sector, derivan de la utilización cada vez más frecuente, masiva y a veces abusiva de este ins-

(24) Así, por ej., acciones colectivas inhibitorias para que sean suprimidas cláusulas abusivas en contratos por adhesión (Ver, por ej., CABAÑAS GARCIA, Juan C., Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos, Madrid, Tecnos, 2005; BARBIER, Eduardo A., Litigiosidad en la actividad bancaria, Buenos Aires, Astrea, 2008, n° 24, p. 170). Para el tema de las acciones colectivas inhibitorias ver, entre muchos, PELLEGRINI GRINOVER, Ada, Acción de amparo colectiva. Mandato de segurança. Legitimación, objeto y cosa juzgada, en Rev. de Derecho Procesal, n° 4, Rubinzal, 2000, p. 201; GOZAINI, Osvaldo A., Introducción al derecho procesal constitucional, Santa Fe, Rubinzal, 2006, p. 292.

(25) Para el paso de las acciones inhibitorias a las resarcitorias en Italia, ver trabajos presentados en las jornadas de estudio realizadas en Perugia, el 10/4/2008, bajo el título de Dall'azione inhibitoria all'azione risarcitoria collettiva, en I Quaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, obra publicada bajo la coordinación de Alessandra Bellelli. El mismo título lleva el capítulo II del libro de RIZZO, Francesco, Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati, Napoli, Scientifiche italiane, 2008.

(26) Opinión expresada oralmente, durante nuestro encuentro en la Universidad de Roma III, en el año 2009.

(27) MESSINETTI, Davide, Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia tradito, en Riv. Critica del Diritto privato, anno XXV-1, Marzo 2007, p. 569.

trumento procesal. Sus opositores afirman que en los últimos decenios los estudios estadísticos han revelado datos objetivamente muy preocupantes respecto a la explosión de la litigiosidad: en los EE.UU. se interpone una causa cada dos segundos; en 2002 el número de causas llegó a 16.3 millones sólo en los tribunales estatales; esta tendencia, aunque implica que cada ciudadano puede tener esperanzas de tener “*its own day in court*”, favorece el crecimiento de una “*lawsuit culture*” que implica, en los hechos, un notable empeoramiento del funcionamiento del sistema judicial, que se torna ineficaz; al aumento desproporcionado del número de expedientes corresponde una disminución de la calidad del sistema procesal, que no tiene posibilidad de distinguir entre causas frívolas y causas merecedoras de tutela; el sistema judicial norteamericano es uno de los más caros del mundo y el abuso de litigiosidad influye, incluso, en la economía nacional. La *class action* es un instrumento muy útil para garantizar la tutela de los consumidores en tanto permite superar los obstáculos ínsitos en la tutela individual; no obstante, está sujeta a los abusos. En un tiempo fue considerada un instrumento de economía procesal (“*a tool of judicial economy*”) pero hoy es un medio de extorsión (“*means of defendant extortion*”). (28) Finalmente, se afirma que en el curso de estos años, este instituto procesal ha sufrido una crisis de gobernabilidad, y según una encuesta realizada en 2003 por la revista *USA Today*, el 47% de los entrevistados respondió que la *class action* intentada por los consumidores ha servido no tanto para los derechos de los integrantes de la clase sino para el patrimonio de los abogados; en suma, este instrumento ha perdido, en parte, su “fascinación cinematográfica”. (29)

Responda o no a la realidad el panorama descrito, lo cierto es que, como adelanté, las controversias seriales, “conexas subjetivamente por la identidad del demandado, y objetivamente, por el isomorfismo del hecho constitutivo” (30) generan importantes vallas al acceso a la justicia. Por

(28) FRATA, Laura, Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive, en *Danno e responsabilità*, n° 1/2006 p. 13. Algunos autores relatan argumentos de films exitosos que abordan el tema (Ver SCARCHILLO, Gianluca, I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato, en *Monateri e Somma* (a cura di) *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 442).

(29) PONCIBO, Cristina, La controriforma della class action, en *Danno e responsabilità* n° 1/2006 p. 124.

(30) GIUSSANI, Andrea, L'azione collettiva resarcitoria nell'art. 140 bis C cons, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1229.

eso, la acción colectiva resarcitoria se vincula a la garantía constitucional de acceso a una justicia eficaz y de bajo costo; o sea, a través de este remedio se pretende economía y efectividad, en tanto, de otro modo, el servicio de justicia tendría que funcionar costosamente, o bajo la forma complicada del litisconsorcio, o en una multiplicidad de expedientes con grave riesgo de llegar a soluciones contradictorias. (31) Tiene, además, una función disuasoria, desde que dada la existencia de este remedio, la empresa tomará mayores precauciones para evitar daños. (32)

4. La clasificación de los derechos expuesta por la Corte Federal como punto de partida para la mejor comprensión de la temática: (a) derechos individuales, (b) intereses o derechos difusos o indivisibles que tienen por objeto bienes colectivos y (c) derechos relativos a intereses individuales plurales homogéneos. (33)

La doctrina y la jurisprudencia de Italia y la Argentina distinguen:

(a) derechos subjetivos individuales

(b) intereses o derechos de incidencia colectiva. En esta categoría, se distinguen dos subtipos:

* Los llamados intereses difusos que tienen por objeto bienes colectivos e indivisibles, y

(31) CAPONI, Remo, *Azzioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1221.

(32) CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 8; GIUSSANI, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 53 y ss. (capítulo III de la obra titulado *Azione collettiva e deterrenza delle condotte illecite*).

(33) La clasificación es aceptada expresamente por el art. 81 del código brasileño de protección de los consumidores. Para una explicación de cada una de las categorías ver GIANNINI, Leandro, *Tipología de los derechos de incidencia colectiva*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 40. Aunque se difiera parcialmente con la terminología, sustancialmente, también es recogida ampliamente por la doctrina de muchos países. Para la cuestión en Chile ver, entre otros AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, *Algunas precisiones en torno a los intereses difusos supraindividuales (colectivos y difusos)*, en *Rev. Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 33 n° 1, 2006, p. 69. Algunos autores afirman que la última categoría (la de los derechos individuales homogéneos) es residual (UCIN, María Carlota, *Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 143).

* Los llamados intereses plurales homogéneos.

En el *leading case* “Halabi”, (34) 24/2/2009, la Corte Federal hizo suya esta clasificación (35) que venía siendo recogida en algunos votos minori-

(34) CSN, 24/2/2009, LA LEY, 2009-B, 461, JA 2009-II-609. Pocas sentencias han sido tan comentadas como ésta; los autores provienen de diferentes ámbitos (derecho constitucional, procesal, civil, comercial, administrativo, etc.). Ver, entre otros, AZAR, María J., Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN, LA LEY, 2009-D, 1029; BADENI, Gregorio, El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos, en LA LEY, 2009-B, 255; BOICO, Roberto, La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la CN, LA LEY, 2009-B, 208; CASSAGNE, Juan C., Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problema del reconocimiento de la acción colectiva, en LA LEY, 2009-B, 646; CATALANO, Mariana y GONZALEZ RODRIGUEZ, Lorena, Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema, LA LEY, 2009-B, 599; DALLA VIA, Alberto, El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad, JA 2009-II-636; DE LA RUA, Fernando y SARAVIA FRIAS, Bernardo, Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal, LA LEY, 2009-C, 247; GARCIA PULLES, Fernando, Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?, en LA LEY, 2009-B, 187; GELLI, María A., La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”, LA LEY, 2009-B, 533; GOMEZ, Claudio y SALOMON, Marcelo, La constitución nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso “Halabi”, LA LEY, 2009-C, 338; SABSAY, Daniel A, El derecho a la intimidad y la acción de clase, LA LEY, 2009-B, 401; Maurino, G., y Sigal, M., Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, en JA 2009-II-641; PALAZZO, Eugenio, Hoy como ayer, la Corte Suprema instaura nuevas vías procesales. Luces y sombras de “Halabi” a 100 años de “Rey c. Rocha, ED boletín del 25/3/2009, Constitucional, Serie especial (no aparece en tomo); RODRIGUEZ, Carlos, Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN, Doc. Jud. 2009-725; ROSALES CUELLO, RT. y GUIRIDLIAN LAROSA, J., Nuevas consideraciones sobre el caso Halabi, LA LEY, 2009-D, 424; SAGUES, Néstor, La creación judicial del amparo —acción de clase— como proceso constitucional, JA 2009-II-627; SOLA, Juan Vicente, El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas, LA LEY, 2009-B, 154; SPROVIERI, Luis, Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo Halabi, en JA 2009-II-655; TORICELLI, Maximiliano, Un importante avance en materia de legitimación activa, LA LEY, 2009-B, 202; VENTURA, A., y PISACCO, M., La Corte creó la acción colectiva, en Rev. de Derecho público, 2009-1, p.547.

(35) Algún autor ha sostenido que la categoría de derechos de incidencia colectiva resulta extremadamente difícil de definir y que el intento de delimitar su alcance por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Halabi “ha caído en saco roto” (VERBIC, Francisco, Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos, en XXV Congreso Nacional de derecho procesal, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires-Asociación Argentina de D. Procesal, 2009, p. 116). El autor propone no seguir pensando en término de derechos sino de conflictos y destaca cinco notas características de los conflictos colectivos: (a) Elevado número de sujetos afectados; (b) Posición similar de los sujetos afectados frente al agente dañoso; (c) Trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial; (d) Mayor exigencia de tratamiento unitario; (e) Externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo.

tarios (ver, especialmente, el voto de los Dres. Lorenzetti en sentencia recaída “in re” “Mujeres por la vida” (36) y de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni en “Defensoría del Pueblo c. Secretaría de comunicaciones”). (37) Por eso, de alguna manera, podría decirse que la llamada “sentencia Halabi” vino a llenar uno de los vacíos denunciados por la doctrina en torno a la ausencia de una tipología de los derechos colectivos. (38)

La transcripción de los párrafos relevantes de esa decisión resulta útil a los fines de este trabajo en tanto me evitará ulteriores repeticiones.

“9°) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

...A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes 'Siri' y 'Kot' (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está

(36) CSN, 31/10/2006, Fallos 329-4593 y LA LEY, 2006-F, 464.

(37) CSN 31/10/2006, LA LEY, 2006-F, 435. En esta sentencia el tribunal adelanta su preocupación relativa a la mora del legislador: “La falta de regulación en nuestro derecho de las denominadas acciones de clase, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes para facilitar el acceso a la justicia que la constitucional Nacional ha instituido”. También señala que “en el supuesto de intereses individuales homogéneos, la existencia de causa o controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufre en su esfera sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho”.

(38) GIL DOMINGUEZ, Andrés, Derechos subjetivos y derechos colectivos. Similitudes y diferencias, en Lecciones y Ensayos, 2004, n° 80, p. 127. El autor dice que por idéntico proceso pasaron los derechos subjetivos y si bien en la actualidad no existe una opinión unánime, se han ido construyendo distintas vertientes que desde lo formal y sustancial permiten visualizar un determinado marco conceptual de los derechos subjetivos. Del mismo autor, GIL DOMINGUEZ, Andrés, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Buenos Aires, Ediar, 2005.

destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las Asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de petitionar la extinción del régimen de co-titularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión

a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, 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.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

14) Por lo demás, esta Corte estima que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinear los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza. En estas condiciones, se considera que ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones dentro de los que se encuentran los abogados a las que se extenderán los efectos de la sentencia.

...

15) Que la conclusión mencionada no puede ser objetada so pretexto de que la acción colectiva prefigurada en la referida cláusula constitucional no encuentre, en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacer la efectiva. Ese presunto vacío legal no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados. Ha expresado el Tribunal al respecto que basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias.

16) Que es innegable, entonces, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. En ese sentido ha observado también el Tribunal que la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución.

17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del *Bill of peace* del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las *class actions* cuya definición conceptual quedó plasmada en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y

que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966.

La Regla 23 (Equity Rule 23) de ese ordenamiento determinó que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como parte en representación de todos cuando: 1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable; 2) existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a la clase; 3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y 4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente. El juez debe admitir la pretensión deducida por parte de un representante de la clase, efectuando un adecuado control de su representatividad y de la existencia de una comunidad de intereses. La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*.

18) ...

En referencia también a los derechos e intereses de los consumidores, el ordenamiento legal de Brasil prevé una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos cuya articulación puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. La normativa autoriza la defensa colectiva para los supuestos de intereses o derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; los intereses o derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; y los intereses o derechos individuales homogéneos, por los que se entienden los resultantes de origen común (arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11 de septiembre de 1990).

Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) establece que 'la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga'. De un modo semejante, el art. 33, in fine, de la ley 25.675 (Adla, LXIII-A, 4) dispone que 'la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

Me interesa señalar los siguientes aspectos:

Como en sus precedentes, la Corte señaló que la legitimación exige delimitar qué tipo de interés se invoca y aclaró que las categorías enumeradas no son contrarias ni contrapuestas entre sí sino simplemente tipos de derechos diferenciados que, según el caso, pueden concurrir simultáneamente.

Las dificultades procesales de las acciones colectivas y las controversias que pueden suscitar requieren la sanción de una ley que contemple los casos, requisitos, legitimación y efectos. Esa ley no ha sido dictada, pero como las garantías constitucionales son operativas, inter tanto el legislador cubra el vacío, la Corte debe hacerlo; a tal fin, recurre al derecho comparado y, especialmente, a un proyecto de código modelo de acciones colectivas para Iberoamérica, redactado por relevantes juristas de América y aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal. (39)

De esas fuentes (no sólo el derecho norteamericano) surge que un sujeto individual puede interponer esta acción, si tiene representatividad suficiente. En definitiva, la sentencia exige como recaudos de admisibilidad de la acción colectiva de defensa de intereses plurales homogéneos: (i) La identificación del grupo afectado; (ii) Representación suficiente de quien pretende asumirla; (iii) Un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneos a todo el colectivo; (iv) Adecuada notificación de las personas que puedan tener un interés en el resultado del litigio; (v) Medidas de publicidad suficientes para evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto.

5. La acción colectiva: concepto; diversos modelos: aclaraciones terminológicas

Los países que regulan las acciones colectivas no siguen un tipo único.

No obstante, está claro que las diversas variantes son el fruto de un fenómeno internacional de circulación de un instrumento procesal tendiente a garantizar a los grupos un remedio resarcitorio *alternativo* a las acciones individuales clásicas.

(39) Para un análisis del código modelo ver FALCON, Enrique M., Código procesal civil y comercial de la Nación, Buenos Aires, A. Perrot, 2009, t. IV, págs. 143 y siguientes.

En esa circulación, no se discute la influencia del modelo norteamericano, (40) que ha producido una suerte de *globalización* de la acción colectiva, aunque el instrumento haya sido adaptado de muy diversas maneras, advirtiéndose en los países de la Unión Europea un distanciamiento voluntario y político de esa fuente, a punto tal que se ha dicho que el legislador del viejo continente ha querido mostrarse como una especie de “nuevo inventor de la rueda” (41) apartándose de la regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP). (42) En América Latina, esa influencia

(40) Compulsar, entre muchos, GIUSSANI, Andrea, *Studi sulle “class actions”*, Padova, Cedam, 1996, introduzione; CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1; DE SANTIS, Angelo, *L'azione risarcitoria collettiva*, en Chinè, G. e Miccolis, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, Neldiritto, 2008, p. 139; VIGORITI, Vincenzo, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 3, p. 730; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, Da “class action for damages” a *acao de classe* brasile ira: os requisitos de admissibilidade, en *Rev. Iberoamericana de Derecho procesal*, año I n° 2, 2002 p. 135; VIGURI PEREA, Agustín, *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos*, Granada, Comares, 1997, p. 19. En la Argentina, el sistema norteamericano fue difundido por CUETO RUA, Julio, *La acción por clase de persona (class action)*, LA LEY, 1988-C, 952.

(41) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 4; conf. PAURA, Lucia, *Diritti soggettivi e formazioni sociali. Le azioni collettive risarcitorie tra sussidiarietà e solidarietà*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 4/5, p. 1016.

(42) Para las diferentes leyes europeas ver, especialmente, GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valeria, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo*, Milano, Giuffrè, 2008, obra en la cual se analiza la normativa de Italia, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Noruega, Holanda, Portugal, Gran Bretaña, España, Suecia, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Israel, Estados Unidos, en todos los casos, con amplias referencias jurisprudenciales. Compulsar igualmente GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR (coord.) *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003; esta valiosa obra contiene 22 artículos escritos por igual número de autores que explican el régimen de las acciones colectivas en USA, Canadá, Australia, Singapur, Escocia, Suecia, Finlandia, Noruega, Holanda, Israel, Japón, Alemania, Suiza, Grecia, Francia, Bélgica, Italia, España, Portugal, Turquía, Rusia y China. Ver también el anexo I del libro de MAURINO, G., NINO, E. y SIGAL, M., *Las acciones colectivas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 337 y ss., que incorpora un estudio comparativo de diecinueve países. Para la normativa china, ver también GIUSSANI, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 161; para el sistema español, ver, especialmente, VAZQUEZ SOTELO, Los procesos colectivos. *Confrontación entre la regulación de la LEC española y la del código modelo*, en *Rev. de Derecho Procesal*, 2006-1-455 y en GIMENO SENDRA, Vicente (director) *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, Madrid, Iustel, 2007, p. 901; GONZALEZ CANO, M. Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, Tirant, 2002; CAMPUZANO TOME, Herminia, *Tutela preventiva y tutela reparadora de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos: su regulación a la luz de la LEC y de la ley de 28/10/2002*, en

ha ingresado a través de la valiosa normativa del Brasil que, indudablemente, ejerce liderazgo en la región. (43)

González Porras y otros (coordinadores), Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 765; BACHMAIER WINTER, La tutela de los intereses colectivos en la Ley de Enjuiciamiento civil española 1/2000, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año I n° 2, 2002 p. 273; BUJOSA VADELL, Lorenzo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España, en Gimeno Sendra, Vicente (director) El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete, Madrid, Iustel, 2007, p. 599; GUTIERREZ DE CABIEDES HIDALGO, Pablo, Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos, en Ferrer Mac Gregor (coordinador) Derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2002, t. III, p. 2179; GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho procesal civil, 2ª ed., Madrid, Colex, 2007, t. II, p. 471/497; para el derecho mexicano, ver FERRER MAC-GREGOR, Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos, México, Porrúa, 2003; del mismo autor, El acceso a la justicia de los intereses de grupo. Hacia un juicio de amparo colectivo en México, en Ferrer Mac Gregor (coordinador) Derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2002, t. I, p. 345; para el derecho peruano, MADARIAGA CONDORI, Luis E., La protección procesal de los derechos sociales (intereses difusos) en el derecho jurisdiccional post moderno, Arequipa, 1995; para el colombiano, PARRA QUIJANO, Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año I n° 2, 2002 p. 55; para la situación en Uruguay, LANDONI SOSA, Angel, La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos. Dos casos interesantes planteados en el Uruguay, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 103; PEREIRA CAMPOS, Santiago, Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos, en Rev. Uruguaya de Derecho procesal, 2007 n° 1 p. 41 (con cita de numerosa doctrina de ese país); SZAFIR, Dora, Consumidores, Análisis exegético de la ley 17.250, Montevideo, 3ª ed., 2009, p. 111 (la autora afirma que la cuestión se rige por el código general del proceso). Para algunas regulaciones receptadas en el derecho procesal provincial argentino ver PAGES LLOVERAS, Roberto, La tutela procesal diferenciada en los derechos de los consumidores y usuarios, en XXV Congreso Nacional de derecho procesal, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires-Asociación Argentina de D. Procesal, 2009, p. 174 y ss.; también LUCAS SOSA, Gualberto, Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses difusos, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año I n° 1, 2002 p. 152 y ss.; especialmente, para la cuestión de la cosa juzgada en estos ordenamientos locales, ver FERRER, Sergio E., Causales de exclusión del efecto expansivo de la sentencia pronunciada en procesos colectivos, en Oteiza, Eduardo (coordinador), Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 343 y siguientes.

Este amplio espectro muestra que, como dice Antonio Gidi “en contra del escepticismo inicial y aun de algo de terrorismo académico, el buen sentido primó y la experiencia ha demostrado que las class actions (acciones colectivas) son compatibles con los sistemas del derecho continental” (GIDI, Antonio, Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, en Ferrer Mac Gregor (coordinador) Derecho procesal constitucional, México, Porrúa, 2002, t. II, p. 2001).

(43) Para el tema ver, esencialmente, GIDI, Antonio, Class actions in Brazil. A model for civil law countries, separata de la revista The American Journal of Comparative Law, vol LI, Spring 2003, n° 2; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos A., A ação coletiva de responsabilidade civil no direito brasileiro, en XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 258.

Previo a describir los grandes modelos, cabe señalar que, conforme una terminología bastante aceptada, la acción colectiva es un “género que comprende aquellas situaciones que tienen por objeto un proceso de mérito y un ámbito de aplicación súper-individual, sea que el procedimiento tienda a la protección de los llamados intereses difusos o que tenga por objeto una pluralidad de situaciones individuales homogéneas cuando es posible que sea deducible en un único juicio por obra de un sujeto legitimado para hacerlo en función de su representatividad”. (44)

En este sentido, el art. 1 del Código Modelo de acciones colectivas para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal dispone:

“Ambito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para la tutela de: I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base; II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”.

Como se verá, las diferencias entre dos grandes modelos están marcadas, especialmente, por las cuestiones relativas a la legitimación y a la cosa juzgada; ambos aspectos están interrelacionados desde que mientras más expansivos sean los efectos de la cosa juzgada, más exigente debe ser el legislador y el juez en la verificación del sujeto legitimado. (45)

(44) GIUSSANI, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 16. Con criterio similar, en la Argentina, Falcón define el proceso colectivo como el “sistema destinado a la solución de conflictos jurídicos que afectan a sujetos múltiples indeterminados o difusos, activos, pasivos o mixtos, ligados por derechos transindividuales indivisibles o divisibles, conexos en este último caso, por el título, por el objeto o por ambos elementos a la vez, articulados bajo una pretensión fundada en hechos comunes o en una relación jurídica de base” (FALCON, Enrique M., *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, A. Perrot, 2009, t. IV p. 133).

(45) Esta vinculación existió desde los orígenes de la figura. Así, según relata Giuggioli, el primer caso en el que la Corte Federal norteamericana abordó y aceptó la llamada extensión subjetiva de la decisión data del 1853 (*Smith v/ Swormstedt*) pero impuso como requisito a esa fuerza expansiva que los intereses de los terceros hayan sido correctamente representados (GIUGGIOLI, Piero Filippo, *Class action e azione di gruppo*, I quaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2006, p. 5).

Señalan la relación entre ambos aspectos, entre muchos, COPANI, Juan C., *Problemas que suscita la extensión de la cosa juzgada en los procesos tuitivos de los derechos colec-*

(a) El modelo norteamericano, a través de la típica *class action*, faculta al *individuo singular* con representatividad suficiente a actuar en interés de una pluralidad de sujetos (o clase); (46) además, la sentencia que se dicta al final del proceso tiene efectos de cosa juzgada respecto de todos los integrantes del grupo. Por eso, algunos autores la definen como “aquella acción interpuesta por un individuo singular en su interés y en el interés de una pluralidad de sujetos que se encuentran en una situación jurídica común que requiere tutela jurisdiccional; se trata de una acción sometida a una etapa previa de admisibilidad, requerida porque, de ser admisible, el resultado final, favorable o desfavorable, vincula, bajo ciertas condiciones, a todos los que pertenecen a la clase”. (47)

(b) El modelo continental europeo, que concede la acción a una *asociación* representativa de los intereses de una serie de sujetos (48) y, en general, la niega al consumidor individual. La asociación opera como un centro de imputación de los intereses en cabeza de una colectividad de individuos que no están unidos entre sí por ningún vínculo jurídico. La acción de estos entes tiende a obtener la tutela jurisdiccional de los intereses comunes a través de procedimientos que verifiquen la ilegitimidad del comportamiento de la empresa demandada perjudiciales a esos intereses. Normalmente, la sentencia tiene efectos según el resul-

tivos (lato sensu) y las soluciones que otorga el derecho comparado, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 12; BERIZONCE, Roberto, Procesos colectivos y acciones de clase: problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 5; GOZAINI, Osvaldo A., Conflictos comunes en los procesos colectivos. El problema de la pretensión y la cosa juzgada, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 64; RUSCONI, Dante, Acciones judiciales de los consumidores, Rosario, Iuris, 2004, p. 19; CARRATTA, Antonio, L'azione collettiva resarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p. 729.

(46) Un análisis completo de este sistema puede verse en GIUSSANI, Andrea, Studi sulle “class actions”, Padova, Cedam, 1996, p. 23 y ss. (aunque obviamente, por el tiempo de su publicación, faltan las reformas operadas con posterioridad a 1996), y en CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria, Milano, Ipsoa, 2008, pags. 1/60. Para la historia del sistema norteamericano ver Giuggioli, Pier Filippo, Class action e azione di grupo, I quaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2006, p. 3.

(47) Ver CHIARLONI, Sergio, Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXII, n° 3, Maggio-Giugno 2007, p. 568.

(48) Compulsar VETTORI, Giuseppe, La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente, en Liber Amicorum per Francesco Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole, Milano, Giuffrè, 2008, p. 704.

tado, a favor y no en contra de los individuos que pertenecen a la colectividad". (49)

Aclaro que la legitimación y la cosa juzgada no son las únicas diferencias entre los modelos. Los efectos de la cosa juzgada inciden sobre otros componente del proceso. Así, por ej., en USA, dado que los efectos de la decisión final se extienden a favor y en contra de los miembros de la clase, el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad, tales como el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo y el derecho al *opt out*, o derecho de autoexcluirse. (50) Además, el proceso norteamericano tiene otras características muy peculiares, que le dan un perfil propio e inciden sobre las acciones colectivas cuales son, entre otras:

* La existencia de la *discovery*, que obliga a una total transparencia de la prueba, de modo que cuando se llega al juicio todas las cartas están puestas sobre la mesa; de otro modo, la gestión enteramente judicial de la instrucción de la acción colectiva se haría sumamente compleja. (51)

* La presencia de un jurado, que pone su cuota, en tanto el lego no siempre razona con la misma lógica que el juez letrado. (52)

* El sistema de las costas, desde que, como regla, no rige el criterio según el cual las costas son soportadas por el vencido. (53)

(49) Ver CHIARLONI, Sergio, Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXII, n° 3, Maggio-Giugno 2007, p. 568.

(50) GIANNINI, Leandro, La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas, en OTEIZA, Eduardo (coordinador) Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 187.

(51) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria, Milano, Ipsoa, 2008, p. 15.

(52) Para los problemas planteados ver casos relatados por VIGURI PEREA, Agustín, La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos, Granada, Comares, 1997, p. 3.

(53) Compulsar GIUSSANI, Andrea, Azioni collettive risarcitorie nel processo civile, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 46. Para la incidencia práctica de esta regla ver Fiss, Owen, El derecho como razón pública, trad. por E. Restrepo Saldarriaga, Madrid, Marcial Pons, 2007; el autor explica los efectos negativos de la sentencia de la Corte Federal dictada en el caso Eisen en el que el tribunal impuso al actor los costos de la notificación del proceso a los integrantes del grupo formado por tenedores de acciones en el mercado.

* La necesidad de seleccionar al abogado más idóneo para representar a la clase; el llamado “*class counsel*”, que en muchos casos debe ser elegido por el juez, según distintas pautas: la experiencia en la conducción de este tipo de controversias o de similar nivel de complejidad; el grado de conocimiento del derecho aplicable; los recursos que está dispuesto a invertir, la capacidad para representar adecuadamente los intereses de la clase, etc. (54)

6. Las acciones colectivas inhibitorias que legitiman a las asociaciones en el ámbito del derecho comunitario europeo de los consumidores

La Unión Europea cuenta con un valioso cuerpo normativo protector de los derechos del consumidor. Así, por ej., el art. 38 de la Carta de los derechos fundamentales europea prescribe que “las políticas de la Unión garanten un elevado nivel de protección de los consumidores”; el art. 153 del Tratado de la Unión europea establece como política comunitaria “promover los intereses de los consumidores y asegurar un elevado nivel de protección”; la decisión n° 1926/2006 del 18/12/2006 del Parlamento Europeo instituye el programa de acción comunitaria en materia de política de los consumidores y ha previsto, entre sus fines, “asegurar un alto grado de tutela de los consumidores, en particular, mejorando el conocimiento disponible, la consulta y la representación de los intereses de los consumidores”. Sobre esta base, se está proyectando un instrumento europeo que regularía este tipo de acciones (*collective Redress*), por lo que cabe esperar el resultado de tales actividades. (55)

Por otro lado, numerosas directivas se refieren a esa protección; por ej., 855/77 relativa a los contratos negociados fuera de los locales comerciales; 87/102 y 90/88 referidas a los créditos del consumo; 90/314 que concierne a los paquetes turísticos; 97/7 en materia de contratos negociados a distancia; 93/13 sobre cláusulas abusivas, etc. (56)

(54) GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valeria, Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo, Milano, Giuffrè, 2008, p. 23; CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria, Milano, Ipsoa, 2008, p. 19; GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valeria, Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo, Milano, Giuffrè, 2008, p. 392

(55) Ver CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), Azione collettiva risarcitoria, Milano, Giuffrè, 2008, p. 4.

(56) Compulsar GONZALEZ CANO, M. Isabel, La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil, Valencia, Tirant, 2002, p. 17 y siguientes.

En esta misma línea, la directiva europea 98/27 tuvo por objetivo “aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las *acciones de cesación* destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores con el objeto de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior”. Según esta normativa, los Estados se obligan a “designar las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas a fin de obtener que: a) se ordene con toda la diligencia debida, en su caso, mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción; b) se adopten medidas como la publicación de la resolución, total o parcial, y en la forma que se estime conveniente, o que se publique una declaración rectificativa con vistas a suprimir los efectos duraderos derivados de la infracción; c) en la medida en que el ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado lo permita, en caso de inejecución de la resolución en el plazo establecido por las autoridades judiciales o administrativas, se condene al incumplidor al pago de una cantidad fija por cada día de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional, al objeto de garantizar el cumplimiento de las resoluciones”.

Según esta directiva, se entiende por «entidad habilitada» cualquier “organismo u organización, correctamente constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, que posea un interés legítimo en hacer que se respeten las disposiciones, y en particular, uno o más organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses de los consumidores, en los Estados miembros en los que existan tales organismos, y/o las organizaciones cuya finalidad consista en la protección de esos intereses, según los criterios establecidos por su legislación nacional”.

7. La trasposición de la directiva 98/27 al derecho italiano y la posterior aparición de las acciones colectivas resarcitorias o restitutorias. Causas de la sanción de la ley de 2007. Trámite parlamentario

Italia, como el resto de los países europeos que integran la Unión Europea, traspuso la directiva de 1998 a su derecho interno. (57) Años más

(57) Para las acciones colectivas inhibitorias ver, entre otros, CARLESI, Stefania, Brevi note in tema di tutela inibitoria ed astreinte nei contratti del consumatore, en Scritti in onore di Marco Comporti, Milano, Giuffrè, 2008, t. I, p. 529; Chinè, G. e Miccolis, G., Class action e tutela collettiva dei consumatori, Roma, Neldiritto, 2008, pp. 1/118; SCALAMONGNA, Margherita, L'efficacia dell'accertamento collettivo nelle liti individuali secondo il codice del consumo, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 669; COMOGLIO, Luigi P., Aspetti processuali della tutela del consumatore, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXII, n° 2, Marzo-Aprile 2007, p. 307.

tarde, consolidadas las acciones colectivas *inhibitorias*, los países comenzaron a incorporar regulaciones relativas a las acciones colectivas *resarcitorias* o *restitutorias*. (58)

En Italia, el art. 2 párrafo 446 de la ley 224/2007 agregó al código del consumidor el art. 140 bis, bajo el título “*azione collettiva resarcitoria*”. (59) Los considerandos de la normativa indican que se trata de un nuevo instrumento general de tutela “en el marco de las medidas nacionales tendientes a la protección de los consumidores, conforme el derecho comunitario para aumentar el nivel de tutela”.

Las causas materiales de la reforma son diversas; (60) se señala, entre otras, que:

(a) La jurisprudencia mayoritaria anterior a 2007 decidía que la acción colectiva inhibitoria, aunque fuese acogida, no podía dar lugar a pronunciamientos de condena de sumas de dinero a favor de consumidores individuales, infligiendo de este modo un duro golpe a la efectividad de la tutela.

(b) Diversos bancos perjudicaron gravemente a una gran cantidad de consumidores con nuevos tipos de negociaciones que se hicieron visibles durante el último crack financiero. (61) Los llamados “*tango bonds*” y su gravosa desvalorización también jugaron su rol. (62)

(58) Para la situación en Inglaterra y en Alemania, ver CONSOLO, Claudio y RIZZARDO, Dora, Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania, en Riv. Trimestrale di Diritto e procedura civile, anno LX, n° 3, p. 891.

(59) Numerosas tratativas fallidas precedieron a la incorporación de la acción resarcitoria. Ver RIZZO, Francesco, Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati, Napoli, Scientifiche italiane, 2008, p. 15.

(60) DONZELLI, Romolo, La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, Napoli, Jovene, 2008, p. 843 y ss.

(61) DE SANTIS, Angelo Danilo, I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il Class Action Fair Act of 2005, en Riv. Trimestrale di Diritto e procedura civile, anno LX, n° 2, Giugno 2006, p. 601; SCARCHILLO, Gianluca, I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato, en Monateri e Somma (a cura di) Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto, Napoli, Scientifiche Italiane 2007, p. 435.

(62) DE SANTIS, Angelo, L'azione risarcitoria collettiva, en Chinè, G. e Miccolis, G., Class action e tutela collettiva dei consumatori, Roma, Neldiritto, 2008, p. 127; ver especialmente jurisprudencia citada en nota 225. El caso de los títulos de la deuda pública argentina se trata con otros similares derivados de los títulos de Parmalat, Cirio, Giacomelli, todos

c) Italia no podía permanecer ignorante a las respuestas dadas en otros países europeos; así, por ej., frente a fenómenos que perjudicaron grandemente el mercado, algunas leyes crearon entes representativos de los intereses de grupos determinados; por ej., en Holanda, la ley del 23/6/2005 creó una fundación representativa de los intereses de los inversores perjudicados por la Royal Dutch Petroleum Co. (63)

La ley italiana 224/2007 es un cuerpo voluminoso, integrado por leyes de naturaleza fiscal e incluso por la ley de presupuesto. El trámite parlamentario fue largo (comenzó en el año 2004) y accidentado, a punto tal que un diputado de Forza Italia apretó el botón equivocado y votó en sentido opuesto al que quería. También lo fue la entrada en vigencia de la ley; originariamente, debía ser el 1/1/2008, pero fue reenviada y entró a regir recién a fines del 2008. (64)

8. Análisis de la normativa italiana

8.1. El texto del art. 140 bis de la ley 224/2007

Acciones colectivas resarcitorias.

1. Las asociaciones a las que se refiere el art. 139 primer párrafo (65) y los otros sujetos mencionados en el segundo párrafo de este artículo están

incluidos en el fenómeno llamado del “ahorro traicionado” (Ver GIUGGIOLI, Pier Filippo, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, Cedam, 2008, p. 84). Para el tema de los bancos frente a la acción colectiva resarcitoria ver PALISI, Francesca, *La banche di fronte all'azione collettiva risarcitoria*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en *I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 121.

(63) Ver ALTOMARE CINZIA, y otros, prólogo al libro DE GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valeria, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo*, Milano, Giuffrè, 2008.

(64) CAPONI, Remo, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII, n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1205; CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p.6; PAURA, Lucia, *Diritti soggettivi e formazioni sociali. Le azioni collettive risarcitorie tra sussidiarietà e solidarietà*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 4/5, p. 1004,

(65) El art. 139 del código del consumidor italiano abre el título II denominado “acceso a la justicia” y dice: “Las asociaciones de los consumidores y de los usuarios insertos en el listado del art. 137 están legitimados para actuar, en el sentido del art. 140 en tutela de los intereses colectivos de los consumidores y de los usuarios...”. A su vez, el art. 137 enumera los requisitos a cumplir por las asociaciones de consumidores y de los usuarios representativas a nivel nacional, y las facultades y deberes que les competen.

legitimados para actuar en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y de los usuarios peticionando al tribunal del lugar en el cual está la sede de la empresa la determinación del derecho al resarcimiento del daño y a la restitución de las sumas que corresponden a los consumidores y usuarios individuales en el ámbito de las relaciones jurídicas relativas a contratos estipulados en el sentido del art. 1342 del código civil (66) o como consecuencia de actos ilícitos extracontractuales, de prácticas comerciales corrientes o de comportamientos anticompetitivos, cuando se han lesionado los derechos de una pluralidad de consumidores o de usuarios.

2. Están también legitimados a actuar en el sentido del primer párrafo, las asociaciones y comités que sean adecuadamente representativos de los intereses colectivos hechos valer. Los consumidores o usuarios que pretendan valerse de la tutela prevista en el presente artículo deben comunicar la propia adhesión, por escrito, al proponente de la acción colectiva. La adhesión puede ser comunicada aun durante el juicio en apelación, hasta la audiencia en la que se precisan las conclusiones. En el juicio promovido en el sentido del primer párrafo del art. 1 se admite la intervención de los consumidores y usuarios singulares para proponer demanda que tenga el mismo objeto. El ejercicio de la acción colectiva mencionada en el primer párrafo, o si acaece, la adhesión a la acción colectiva, produce efectos interruptivos de la prescripción en el sentido del art. 2945 del código civil.

3. En la primera audiencia, escuchadas las partes y recibidas las informaciones cuando fuese necesario, el tribunal se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda, a través de una ordenanza por ante la Cámara de apelación que se pronuncia en Cámara del Consejo. La demanda es declarada inadmisibile cuando es manifiestamente infundada, cuando existe un conflicto de intereses, o cuando el juez no visualiza la existencia de un interés colectivo susceptible de adecuada tutela en el sentido del presente artículo. El juez puede diferir el pronunciamiento sobre la admisibilidad de la demanda cuando está en curso un procedimiento de instrucción, por ante una autoridad independiente, con el mismo

(66) El art. 1342 del cc italiano dice: Contrato concluido mediante módulos o formularios. En los contratos concluidos mediante la suscripción de módulos o formularios, pre-dispuestos para disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al módulo o al formulario prevalecen sobre aquellas del módulo o del formulario cuando sean incompatibles con éstas, aunque éstas últimas no hayan sido canceladas.

objeto. Si entiende que la demanda es admisible, el juez dispone, a cargo de quien ha propuesto la acción colectiva, que dé publicidad idónea del contenido de la acción propuesta y de los procedimientos para la prosecución del juicio.

4. Si acoge la demanda, el juez determina los criterios sobre la base de los cuales liquidará la suma correspondiente o a restituir a los consumidores o usuarios individuales que hayan adherido a la acción colectiva o que han intervenido en el juicio. Si es posible conforme el estado de las actuaciones, el juez determina la suma mínima que corresponde a cada consumidor o usuario. En los sesenta días sucesivos a la notificación de la sentencia, la empresa propone el pago de una suma, bajo acto escrito, comunicado a cada uno de los que tiene derecho y depositados en la secretaría. La propuesta aceptada en cualquier forma por el consumidor o usuario, constituye título ejecutivo.

5. La sentencia que define el juicio promovido en el sentido del primer párrafo es oponible también a los consumidores o usuarios que han adherido a la acción colectiva. Excepciona a esta regla, la acción individual del consumidor o usuario que no adhirió a la acción colectiva o no intervino en el juicio promovido en el sentido del primer párrafo.

6. Si la empresa no comunica la propuesta dentro del término referido en el párrafo 4 o la oferta no se ha aceptado en el término de sesenta días de la comunicación, el presidente del tribunal competente en el sentido del primer párrafo, constituye un única sala de conciliación para la determinación de las sumas que estime corresponder o restituir al consumidor o usuario que ha adherido a la acción colectiva o ha intervenido en el sentido del segundo párrafo y que ha demandado. La Cámara de conciliación está compuesta por un abogado indicado por los sujetos que han propuesto la acción colectiva y por un abogado indicado por la empresa demandada, y está presidida por un abogado nombrado por el presidente del tribunal, por escrito ante la jurisdicción superior. La cámara de conciliación cuantifica, por acta firmada por el presidente, los modos, términos y montos que corresponden a los consumidores y usuarios singulares. El acta de conciliación constituye título ejecutivo. Como alternativa, bajo petición concordante del promotor de la acción colectiva y de la empresa demandada, el presidente del tribunal dispone que la composición no contenciosa tenga lugar ante un organismo de conciliación de los mencionados en el art. 38 del decreto legislativo del 17/1/2003 y sus modificaciones sucesivas... ”.

8.2. Metodología legal.

El art. 140 bis está ubicado en la parte V, título II, del código de los consumidores.

En función de ese emplazamiento, la doctrina señala que la acción colectiva resarcitoria rige sólo en el ámbito de la protección de los consumidores y no se aplica a otros campos, también merecedores de tutela, como pueden ser los intereses en materia ambiental, los relativos a las víctimas de desastres naturales y causados por el hombre, especialmente niños, etc. (67)

El título II al que se incorporó se llama “*Acceso a la justicia*”; la reforma de 2007 lo modificó desde que antes se denominaba “*Acciones inhibitorias y acceso a la justicia*”.

Un sector de la doctrina señala que la ubicación de la norma refleja la dimensión social de la problemática referida a la tutela procesal del sujeto frente a la lesión de sus derechos e intereses jurídicamente protegidos. (68)

Otro se queja de la manera de legislar, a través de leyes separadas, en lugar de hacerlo en forma sistemática, dentro del código civil, como sucede con todo el derecho del consumo en el código civil alemán. (69)

8.3. Línea divisoria entre la acción inhibitoria y la acción resarcitoria en el derecho italiano

Ambas acciones colectivas reguladas en el título (la de cesación o inhibitoria del art. 140, y la resarcitoria del art. 140 bis) tienen en común la protección de los intereses colectivos, pero se diferenciarían, según criterio de una parte de los juristas italianos, (70) porque:

(67) RUFFINI, Giuseppe, Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 707.

(68) FABBRICIANI, Alessandro, Brevi riflessioni critiche sulla tutela resarcitoria collettiva, en Il diritto dei consumi. Realtà è prospettive, a cura di Gianfranco Cavazzoni ed altri, Napoli, Scienfiche italiane, 2008, p. 401.

(69) CARBONE, Vincenzo, prólogo al libro de CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria, Milano, Ipsoa, 2008, p. XIII.

(70) RIZZO, Francesco, Codice del consumo e azioni collettive, en Il diritto dei consumi. Realtà è prospettive, a cura di Gianfranco Cavazzoni ed altri, Napoli, Scienfiche italiane, 2008, p. 386.

(a) La acción colectiva inhibitoria, deducida para impedir o hacer cesar la conducta ilícita que viole los intereses de los consumidores, no requiere acreditar que la demandada ha incurrido en culpa; ni siquiera, que ha causado un daño; se trata, simplemente, de una conducta antijurídica que se pretende que cese si ya comenzó, o que no se realice si se amenaza su producción. En cambio, la acción resarcitoria colectiva, exige la prueba de ese daño en tanto tiende a hacer coincidir la acción colectiva con la del individuo lesionado.

(b) La acción colectiva resarcitoria requiere que hayan sido lesionados una pluralidad de consumidores. O sea, sería, para un importante sector, una típica acción para intereses individuales homogéneos. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la *class action* del derecho norteamericano, el legitimado no deduce en juicio los derechos subjetivos que pertenecen a la clase de los consumidores perjudicados porque no es un sujeto individual dañado sino una asociación. (71)

(c) Si en la acción inhibitoria colectiva no se da legitimación particular al individuo, no hay ataque a la Constitución; más allá de la eficacia que se quiera atribuir a la sentencia, en el plano lógico reconstructivo se entiende que la legitimación se reserve a la asociación que persigue la defensa de los intereses lesionados; cuando la acción se niega al consumidor individual, se lo pone en la situación de esperar que otro (la asociación) defienda un derecho que también es suyo. Si el tercero no se mueve, no hay tutela.

En el juicio resarcitorio colectivo, en cambio, la legitimación colectiva tiene otro significado; el consumidor lesionado tiene derecho a demandar, y la pregunta es si puede hacerlo también por otros dañados porque el derecho también es suyo. La acción individual del sujeto singular debe existir pues, constitucionalmente, el individuo tiene derecho a la existencia de una acción para la tutela del propio derecho al resarcimiento. En ese sentido, desde que la acción colectiva se abrió a la asociación o comisión, se niega al consumidor legitimación para demandar, pero se le permite adherir a la de estos grupos y también intervenir en el proceso y se deja a salvo su acción individual si no participó en la colectiva. De tal modo, se encuentra un equilibrio razonable entre negar y otorgar legitimación.

(71) DONZELLI, Romolo, La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, Napoli, Jovene, 2008, p. 849.

(d) La acción inhibitoria tendría una vocación colectiva pura: si el juez prohíbe o inhibe un comportamiento empresarial ilícito, los efectos de esa disposición se producen a favor de todos los que de una o de otra manera entran en contacto con ese empresario; por ej., si se declara nula una cláusula abusiva, se favorece automáticamente a todos los consumidores, que hayan contratado o que se dispongan a hacerlo en el futuro; de algún modo, podría decirse que atiende fundamentalmente a los intereses difusos. La acción resarcitoria, en cambio, siempre tiene algún contacto con los derechos de cada consumidor singularmente considerado. Por eso, se habla de la “doble ánima” (*doppia anima*), (72) o “estructura bifásica” (73) (colectiva e individual) de la acción resarcitoria.

8.4. Sujeto legitimado pasivo en la acción colectiva resarcitoria

El art. 140 bis señala como juez competente al “tribunal del lugar donde la empresa demandada tiene su sede”.

Como regla, la demandada es el “profesional” o “empresa”, en el sentido que estas expresiones tienen en todas las directivas europeas vinculadas al derecho de los consumidores. (74) No obstante, se señala que el texto vigente es más limitativo, desde que menciona a la empresa, por lo que quedaría fuera de la acción colectiva resarcitoria el profesional no organizado en forma de *empresa*, el Estado y la administración pública en general; (75) se argumenta que el proyecto originario se refería al domicilio del “demandado”, por lo que la solución restrictiva ha sido una opción voluntariamente elegida por el legislador italiano. (76)

(72) BELLELLI, Alessandra, Introduzione, en Bellelli, Alessandra (a cura di), Dall'azione inhibitoria all'azione risarcitoria collettiva, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 7.

(73) RIZZO, Francesco, Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati, Napoli, Scientifiche italiane, 2008, capítulo tercero, p. 135 y ss.

(74) BRIGUGLIO, Antonio, L'azione collettiva risarcitoria, art. 140 bis codice del consumo, Torino, Giappichelli, 2008, p. 29.

(75) GIUGGIOLI, Pier Filippo, La nuova azione collettiva risarcitoria, Padova, Cedam, 2008, p. 37.

(76) CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), Azione collettiva risarcitoria, Milano, Giuffrè, 2008, p. 17; RIZZO, Francesco, Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati, Napoli, Scientifiche italiane, 2008, p. 68.

8.5. Sujetos legitimados activos: las asociaciones y comités. Situación del consumidor.

De conformidad al sistema europeo antes reseñado, la acción regulada por el art. 140 bis sólo puede ser deducida por las asociaciones y comités.

La cuestión fue objeto de varias modificaciones durante el trámite parlamentario. El proyecto originario reservaba la acción a las asociaciones autorizadas existentes antes del hecho. Durante las discusiones, se agregó a las asociaciones y los comité suficientemente representativos que pueden haberse constituido con posterioridad al hecho, ad hoc, aunque con las limitaciones fijadas por la propia ley. (77) En apoyo de la solución legal se afirma que el legislador optó por la “apertura al asociacionismo espontáneo, libre y democrático en armonía con el art. 2 de la Constitución italiana y 153 del Tratado de Amsterdam”. (78)

Aun así, algunos autores (79) se quejan de falta de precisión en la redacción de la ley; señalan que se legitima a las comisiones (*comitati*) y “asociaciones adecuadamente representativas de los intereses colectivos”, pero sin especificar estas calificaciones.

Independientemente del acierto o error de la crítica, cabe advertir que la norma prevé un doble régimen para acceder al juicio: Por un lado, otorga legitimación a sujetos colectivos predeterminados. Por el otro, a los fines de que los consumidores puedan actuar, permite la formación de otras asociaciones, siempre que tengan suficientemente representatividad. De este modo, no legitima al consumidor individualmente considerado, pero atiende a la adecuada representatividad permitiéndole formar un ente después de producido el daño. (80)

(77) RUFFINI, Giuseppe, Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p. 707/8; BRIGUGLIO, Antonio, L'azione collettiva risarcitoria, art. 140 bis codice del consumo, Torino, Giappichelli, 2008, p. 13.

(78) PAURA, Lucia, Diritti soggettivi e formazioni sociali. Le azioni collettive risarcitorie tra sussidiarietà e solidarietà, en Contratto e impresa, 2008 n° 4/5, p. 1029.

(79) FABBRICIANI, Alessandro, Brevi riflessioni critiche sulla tutela risarcitoria collettiva, en Il diritto dei consumi. Realtà è prospettive, a cura di Gianfranco Cavazzoni ed altri, Napoli, Scienfiche italiane, 2008, pp. 406/409.

(80) DONZELLI, Romolo, La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, Napoli, Jovene, 2008, p. 856.

El mecanismo, tal como quedó finalmente conformado, tiene tres importantes objetivos: (a) establecer una especie de representación *ex lege*, cuya determinación queda finalmente en manos del juez; (b) negar legitimación a organismos privados sin una efectiva capacidad de gestión de los intereses colectivos lesionados; (c) evitar una previsible y dañosa proliferación de recursos acumulativos, reservando la legitimación procesal sólo a quienes tienen requisitos específicos de confianza en cuanto a la gestión y a la organización.

Por su parte, el consumidor tiene dos vías para incorporarse al proceso (adhesión o intervención) que tendrían diferentes efectos: la adhesión le sirve sólo para interrumpir la prescripción de la acción individual que él conserva y para prevalerse de las ventajas de la sentencia. Cuando interviene, en cambio, ejercita verdaderamente su derecho subjetivo y tiene carácter de parte, a todos los efectos. (81)

Otros autores no distinguen ambas formas; el art. 140 bis habría creado un nuevo tipo de litisconsorcio facultativo, que daría lugar a una agregación de acciones seriales a través de las adhesiones o intervenciones y, de tal modo, habría una *gestión conjunta* de la asociación y de los adherentes.

Cualquiera sea la posición, parece haber consenso en que el consumidor no puede interponer la demanda, y su adhesión o intervención dependerá de la mayor o menor confianza que tenga en la asociación. (82)

El consumidor individual que no ha intervenido ni ha adherido a la acción colectiva puede iniciar una acción *individual* (art. 140 bis.5). La acción colectiva, pues, no tiene carácter excluyente y exclusiva; subsiste la acción individual, que no podría ser negada pues contradeciría el art. 24 de la Constitución italiana que consagra el acceso a la justicia. (83)

(81) DONZELLI, Romolo, La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi, Napoli, Jovene, 2008, p. 864.

(82) RUFFINI, Giuseppe, Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p. 712.

(83) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria, Milano, Ipsoa, 2008, p. 91; CARRATTA, Antonio, L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII, n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 729.

8.6. Intereses tutelados y alcances de la sentencia

Como se ha dicho, la legitimación está íntimamente vinculada a la cuestión de cuáles son los intereses que son objeto de la pretensión deducida.

Según algunos, la asociación actúa en protección de un derecho súper-individual, cual es, el derecho a un correcto funcionamiento del mercado; de tal modo, la asociación no está en el juicio para tutelar un interés que es una mera sumatoria de los derechos individuales de cada consumidor sino para la protección de un interés propio, nuevo, especial. Se trata, pues, de una legitimación autónoma. (84)

Para otro importante sector, la acción regulada por el art. 140 bis protege los intereses individuales homogéneos y no los bienes colectivos difusos; (85) se trataría, pues, de un vehículo para el ejercicio acumulativo de las acciones individuales.

Esta posición se funda en que uno de los requisitos de admisibilidad de la acción es la lesión pluriofensiva; o sea, la acción colectiva sólo es viable si existen muchas personas lesionadas, (86) surgiendo de este modo la categoría de los derechos individuales homogéneos, (87) siendo éste el verdadero “carnet de identidad” (88) de la acción. Claro está, esa pluralidad, en cuanto a la cantidad, debe ser analizada por el juez caso por caso,

(84) Ver una explicación de ambas posiciones ver CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 47.

(85) GIUSSANI, Andrea, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis C cons.*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1229.

(86) DONZELLI, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008, p. 864. En realidad, las expresiones usadas en el artículo no son totalmente coincidentes. En el primer párrafo exige que se haya lesionado los derechos de una pluralidad de consumidores o de usuarios. En cambio, cuando se refiere a la causa de inadmisibilidad de la demanda dice no visualizar la existencia de un interés colectivo susceptible de adecuada tutela en el sentido del presente artículo, y la expresión interés colectivo cubre, al menos en la Argentina, el interés difuso.

(87) TROIANO, Paolo, *Concorrenza e tutela risarcitoria collettiva*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en *I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 48.

(88) RIZZO, Francesco, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, Scientifiche italiane, 2008, p. 189.

desde que la ley italiana no fija un número mínimo de consumidores a ser representados por la asociación. (89) Si la pluralidad no existe, el juez puede declarar inadmisibles las demandas.

Ahora bien, la pluralidad comprende varios supuestos, entre otros, los siguientes:

* Un mismo hecho causa *simultáneamente* daños a muchas personas; por ej., el naufragio de una nave, el retraso de un avión, un apagón que afecta un importante sector de la ciudad.

* Un mismo hecho causa daños a muchas personas en *momentos diversos*, o sea, propagándose sus efectos en el tiempo y en el espacio; son las llamadas lesiones en cadena; por ej., la introducción en el mercado de una partida de productos defectuosos; un cártel entre empresas en violación a las reglas de la libre competencia, la publicación o divulgación de una noticia falsa, el mensaje publicitario engañoso, etc.

* Daños sufridos individualmente por consumidores, *no referibles al mismo hecho dañoso* (pueden verificarse en tiempos y espacios distintos), pero que resultan de conductas homogéneas llevadas a cabo por una misma empresa; por ej., un banco que induce a sus clientes a invertir a través de informaciones falsas o que omiten datos esenciales, fumadores que sufren lesiones después de muchos años de consumir tabaco, (90) etc.

Aunque se comparta la posición de que esta acción protege los intereses individuales homogéneos y no los intereses difusos, (91) los autores discrepan sobre la finalidad de la sentencia:

a) Para unos es una acción para que la jurisdicción *declare las cuestiones comunes* a todas las pretensiones que tienen origen en la misma conducta empresarial, y allí termina. Dentro de esta posición se afirma que “el objeto de la demanda y de la sentencia no es la condena a la empresa

(89) GIUGGIOLI, Pier Filippo, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, Cedam, 2008, p. 68.

(90) Para este último caso ver, PODDIGHE, Elena, I “mass torts” nel sistema della responsabilità civile, Milano, Giuffrè, 2008.

(91) Algunos autores, en cambio, parecen sostener que la acción sirve también para proteger los intereses difusos. Ver, por ej., DONZELLI, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008, p. 862.

responsable del hecho ilícito a resarcir el daño ni a favor de la asociación ni de los dañados singularmente, sino verificar el derecho al resarcimiento del daño y a la restitución de las sumas que pertenecen a cada consumidor y usuario, pero sin posibilidad, ni siquiera, de pedir la liquidación". (92)

Se reconoce que la efectividad de esta segunda alternativa es menor, pero se afirma que responde a la exigencia de simplicidad del juicio colectivo resarcitorio, de modo tal que aunque no se consigue la tutela completa del derecho del individuo lesionado, se favorece el ejercicio sucesivo de su acción individual desde que consigue la verificación de las cuestiones comunes y controvertidas en todas las pretensiones individuales.

Se argumenta que la adhesión autorizada por la norma no es un dato decisivo para concluir que el objeto del proceso son los derechos individualmente considerados; simplemente, se lo autoriza a prevalerse de la tutela prestada al interés colectivo.

b) Para otros la acción sirve para reclamar de modo efectivo la protección de tales intereses subjetivos homogéneos; el objeto de la sentencia son los créditos resarcitorios y restitutorios de los individuos, aunque el *quantum* puede pasar a una segunda etapa. (93) Esta lectura del art. 140 bis lleva a pensar que la sentencia debe ocuparse de toda la acción individual, salvo la liquidación del daño, que se deriva a la etapa posterior. Poniendo límites a esta posición se afirma que sólo hay que tratar las cuestiones que todas las pretensiones individuales comparten, pero hay que llevar a la liquidación no sólo la cuantificación, sino la determinación del nexo de causalidad. Se ejemplifica con un proceso colectivo por daños causados por el tabaco; puede suceder que unos consumidores reclamantes estén informados, otros no; algunos tienen factores genéticos, etc.

8.7. Ambitos de la responsabilidad en los que se mueve la acción resarcitoria

La acción colectiva resarcitoria del derecho italiano puede tener por objeto una conducta antijurídica que se mueve en el ámbito contractual o extracontractual.

(92) RUFFINI, Giuseppe, Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p. 716.

(93) CAPONI, Remo, Azzioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1206/1208.

Según un sector de la doctrina, (94) el art 140 bis pone un límite al ilícito contractual, porque la norma remite al art. 1342 del código civil; en consecuencia, sólo pueden ser objeto de la acción colectiva los daños causados en la ejecución de un contrato estipulado mediante módulos o formularios; quedan fuera de la aplicación de la norma los daños causados por contratos concertados oralmente, o por escrito pero sin formularios preimpresos, aunque sean contratos bajo condiciones generales (art. 1341 del CC italiano). (95)

El requisito encontraría justificación en tanto este modo de contratación asegura el carácter serial o plural de los daños, (96) otro recaudo de admisibilidad.

Aun así, dado que la restricción no parece del todo acertada, a los fines de extender el ámbito de aplicación a un caso típico, cual es el de la acción contra el empresario por los daños producidos por productos elaborados, se afirma que, dado que el consumidor no contrata directamente con productor, la acción puede ser calificada de extracontractual y, consecuentemente, la acción es proponible aunque no se trate de contratos mediante formularios.

Otros autores, (97) en cambio, aunque reconocen que la redacción no es feliz, entienden que la enumeración del art. 140 bis no es taxativa, y la acción es viable aunque el contrato no se haya concertado en formularios pre redactados; se fundan en que la norma introducida al código del consumo tiene por finalidad asegurar el elevado nivel de tutela consagrado en la Constitución y, consecuentemente, la interpretación restrictiva es contradictoria con el sistema.

(94) RIZZO, Francesco, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, Scientifiche italiane, 2008, p. 387 y 388.

(95) DE SANTIS, Angelo, *L'azione risarcitoria collettiva*, en Chinè, G. e Miccolis, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, Neldiritto, 2008, p. 176.

(96) BRIGUGLIO, Antonio, *L'azione collettiva risarcitoria*, art. 140 bis codice del consumo, Torino, Giappichelli, 2008, p. 22.

(97) DONZELLI, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008, p. 847 y ss.

(98) FRANZONI, Massimo, *Il danno: qualificazione e quantificazione*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en *I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 118.

No faltan quienes sostienen que la exigencia es totalmente equivocada y carece de todo sentido frente a un mundo informático, en el que un contrato puede parecer que ha sido hecho para un caso específico y, sin embargo, tiene la posibilidad de ser replicado hasta el infinito. (98)

En el ámbito extracontractual se comprenden, además de los daños producidos por productos defectuosos, los derivados de prácticas comerciales desleales y anticompetitivas; (99) debe recordarse que todas estas materias están reguladas por diversas directivas comunitarias que, a su vez, han sido incorporadas al derecho nacional. (100)

8.8. Estructura del procedimiento. Sus etapas

El procedimiento regulado por el art. 141 bis, esquemáticamente expuesto, es el siguiente:

(a) Interposición de la demanda o “instalación” del juicio.

(b) Primera audiencia. Fase de admisibilidad.

Se trata de un filtro para impedir la prosecución de procedimientos que encierran vicios verificados desde el origen. (101)

En esta etapa, el tribunal: (i) escucha a las partes; (ii) si es necesario, realiza una información sumaria, y (iii) se pronuncia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda a través de una decisión dictada en la Cámara de Apelaciones.

El tribunal puede declarar inadmisibile la demanda por tres razones: notoria falta de fundamentos de la demanda; existencia de eventuales conflictos de intereses (por ej., porque existen vínculos entre la asociación

(99) Para el tema ver CONGEDO, Pierluigi e MESSINA, Michele, European class action; British and Italian point of view in evolving scenarios, en *Europa e Diritto Privato* 2009-1-163 (en este artículo puede compulsarse importante jurisprudencia del derecho norteamericano).

(100) Para un detalle de la normativa ver BERTUZZI, Stefano, e COSTARELLI, Gianluca, *Class action, Le nuove opportunità a tutela del consumatori dal 30/1/2008*, Napoli, Simone, 2008, p. 65 y ss.

(101) BERTUZZI, Stefano, e COSTARELLI, Gianluca, *Class action, Le nuove opportunità a tutela del consumatorio dal 30/01/2008*, Napoli, Simone, 2008, p. 94.

y la empresa demandada); (102) inexistencia de un interés colectivo susceptible de adecuada protección a través de la acción colectiva.

(c) Declarada la admisibilidad, el juicio prosigue de la manera ordinaria y el tribunal dispone que a cargo del actor, se dé publicidad de la acción propuesta y de su contenido y que continúe la causa.

(d) Consecuentemente, se abre la posibilidad de intervención en el juicio colectivo de los consumidores o usuarios individuales quienes pueden adherir o intervenir con los siguientes efectos: (i) interrumpir el término de la prescripción y (ii) aprovechar o soportar los efectos de la cosa juzgada

(e) La sentencia que acoge la demanda puede determinar los criterios sobre la base de los cuales se liquidará la suma que corresponde a cada consumidor individual que ha adherido o ha intervenido en el juicio; también puede determinar una suma mínima.

En definitiva, se trata de un procedimiento del que emana una sentencia que tiene capítulos, unos necesarios y otros eventuales.

El capítulo necesario: (i) verifica la naturaleza ilícita del comportamiento, contractual, pre contractual, extracontractual, o la naturaleza abusiva o ilícito de varias cláusulas de un contrato en masa o en serie; (ii) determina los criterios sobre la base de los cuales se liquidará la suma a resarcir o a restituir al consumidor individual.

Eventualmente, para el supuesto que sea posible, establece la cantidad mínima que pueda corresponder a cada consumidor.

(f) Fase liquidatoria.

Comienza con la propuesta de transacción de la empresa en el término de sesenta días de la sentencia que acoge la demanda.

Si la propuesta es aceptada, opera el resarcimiento.

Si no es aceptada, o no se ha presentado ninguna propuesta, pasa a la cámara de conciliación que también puede concluir con o sin éxito.

(102) VIGORITI, Vincenzo, Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro, en *Contratto e impresa*, 2008, n° 3, p. 751.

8.9. Juez competente

La norma determina como tribunal competente al del lugar en el cual está la *sede de la empresa*. La solución, contraria a la tradicional del derecho del consumo, (103) puede resultar perjudicial para el consumidor por cuanto la lejanía de su domicilio puede implicar una barrera importante para acceder a la justicia. No obstante, cabe recordar que esta es una acción colectiva, que el consumidor no está legitimado individualmente y que su participación opera a través de la adhesión o la intervención. (104)

8.10. Efectos de la cosa juzgada.

En la ley italiana el individuo que quiere prevalerse de los efectos de la sentencia debe comunicarlo en el proceso, hasta el momento de la audiencia en la que se precisan las conclusiones de la apelación. En efecto, el art. 140 bis dice que *“Los consumidores o usuarios que pretendan valerse de la tutela prevista en el presente artículo deben comunicar la propia adhesión, por escrito, al proponente de la acción colectiva”* y *“Si acoge la demanda, el juez determina los criterios sobre la base de los cuales liquidará la suma correspondiente o a restituir a los consumidores o usuarios individuales que hayan adherido a la acción colectiva o que han intervenido en el juicio”*.

O sea, al parecer, si la norma se interpreta literalmente, la sentencia no tiene efectos ni a favor ni en contra de los consumidores que no adhirieron ni intervinieron en el proceso.

8.11. El derecho del consumidor individual a disociarse, a autoexcluirse o a optar por salir (*opt out*) (105)

Los sistemas en los cuales la sentencia tiene efectos expansivos a todos los miembros de la clase presenta la ventaja de no privar de tutela a los que,

(103) CONGEDO, Pierluigi e MESSINA, Michele, European class action; British and Italian point of view in evolving scenarios, en *Europa e Diritto Privato* 2009-1-183.

(104) Por el contrario, el Código modelo de acciones colectivas para Iberoamérica dispone: “Art. 9°. Competencia territorial. - Es competente para la causa el juez: I – del lugar donde ocurrió o deba ocurrir el daño, cuando es de ámbito local; II – de la Capital, para los daños de ámbito regional o nacional, aplicándose las reglas pertinentes de organización judicialia.

(105) A la expresión *opt out* se contraponen la de *opt in* (auto incluirse), relativa a la incorporación de los consumidores individuales que en la ley italiana puede producirse por vía de adhesión e intervención (Ver CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 175 y ss.; GIUS-SANI, Andrea, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, en *Riv. di Diritto Procesuale*, anno LXIII, n° 2, Marzo-Aprile 2008, p. 469).

perteneciendo a la clase, quedaron al oscuro de la tutela colectiva emprendida; al mismo tiempo, permite al demandado cerrar todas las cuestiones en un solo juicio o a través de una única tratativa. Por eso, si la sentencia que define el juicio es vinculante a todos los sujetos que, incluso, “han debido pasar satisfactoriamente el identikit de la class action, debe darse a los miembros de la clase la posibilidad de permanecer fuera del proceso (*opt out*)”. (106) Este es el sistema clásico de la *class action* norteamericana. (107)

Para algunos autores italianos, aunque éste no es el sistema de la ley de 2007, dado que el consumidor es libre de adherir, también debería serlo para revocar la adhesión (108) y, consecuentemente, se quejan de que el 140 bis no prevea este mecanismo procesal ni otro similar para el que adhirió o intervino pero luego pretende separarse. (109)

8.12. Efectos interruptivos de la prescripción

Según el texto, la interposición de la acción y la adhesión consecuente del consumidor tienen efectos interruptivos de la prescripción de la acción que el consumidor pueda deducir posteriormente.

La redacción sufrió diversas modificaciones durante el trámite parlamentario. (110) En la redacción originaria decía: “El acto a través del cual el sujeto habilitado promueve la acción colectiva causa los efectos interruptivos de la prescripción previstos en el art. 2945 también con referencia a los derechos de todos los consumidores y usuarios individuales concernientes al mismo hecho o violación”.

La doctrina mayoritaria marca la siguiente diferencia entre el texto vigente y el proyecto originario: según el vigente, la interrupción de la prescripción se

(106) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008, pp. 13/14.

(107) Ver, entre muchos, CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 79.

(108) RUFFINI, Giuseppe, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p. 712.

(109) DONZELLI, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008, p. 858 y ss.

(110) Compulsar las distintas redacciones en CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 123.

produce a favor del consumidor individual que adhirió o intervino en el proceso colectivo y no, como en el proyecto originario, a favor de todo consumidor dañado por el mismo hecho o la misma conducta antijurídica. (111) O sea, que si no ha habido adhesiones o intervenciones ulteriores, la acción colectiva del ente no altera el curso de la prescripción de la acción individual.

Sea o no correcta esta interpretación, la referencia legal a la interrupción de la prescripción del individuo singularmente dañado deja perfectamente en claro que él puede iniciar su propia acción, por separado, aunque no haya adherido a la demanda de la asociación.

8.13. Conciliación y mediación posterior a la sentencia

Obviamente, la etapa de la mediación y la conciliación posterior sólo se abre cuando la demanda es acogida y no cuando es rechazada. Se trata de un mecanismo que presenta alguna complejidad; para algunos es potencialmente idóneo para tutelar los intereses patrimoniales de los individuos; para otros, en cambio, carece de realismo en cuanto no prevé sanciones para el demandado que no presenta la oferta por lo que, seguramente, ningún empresario vencido hará propuesta alguna. (112)

8.14. Daños punitivos

Muchos ordenamientos que incorporan las acciones colectivas resarcitorias la complementan con la discutida figura de los daños punitivos. No es así en el derecho italiano que, como otros países europeos, (113) ha mantenido silencio sobre el particular, precisamente, para acallar las vo-

(111) CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 94.

(112) MINERVINI, Enrico, *Azione collettiva risarcitoria e conciliazione*, en *Contratto e impresa*, 2008, n° 4, Luglio-Ottobre, p. 923; del mismo autor, bajo el mismo título, en BELLELLI, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en *I Quaderni della Riv. di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 93. Para otros aspectos relevantes de esta etapa compulsar, además, GIUGGIOLI, Pier Filippo, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, Cedam, 2008, p. 119; CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008, p.173 (capítulo V); DE SANTIS, Angelo, *L'azione risarcitoria collettiva*, en Chinè, G. e Miccolis, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, ed.Neldiritto, 2008, p. 248 y ss.; CARACCILO, Francesco B., *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 4/5, p. 1044.

(113) GIUSSANI, Andrea, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis C cons*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1229; del mismo autor, GIUSSANI, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 60.

ces que sostienen que las dos figuras juntas (acción colectiva y daños punitivos) se potencian negativamente como instrumento de injusta presión sobre las empresas. (114)

8.15. Algunos aspectos conclusivos. Problemas no resueltos expresamente por el legislador italiano y recomendaciones doctrinales para la interpretación o, incluso, la reforma de la ley

La doctrina reconoce que la ley presenta luces y sombras.

Algunos destacan sus aspectos negativos, calificando su redacción de farragosa, plena de lagunas, (115) de “pésima factura”, (116) creador de un modelo procesal rígido, carente de cláusulas que permitan gestionar el juicio eficazmente; en esta línea, el prestigioso jurista Guido Alpa, afirma que la norma es “un monstruo jurídico que, si se lo quiere mantener en vida, debe ser re-escrito completamente, desde que si así no ocurre se producirá una aceleración de la crisis de la máquina de la justicia”. (117)

Otros, en cambio, reconocen que necesita ser integrada pero es un paso adelante, (118) que requiere ser superado a través de una interpre-

BERTUZZI, Stefano, e COSTARELLI, Gianluca, *Class action, Le nuove opportunità a tutela del consumatorio dal 30/1/2008*, Napoli, Simone, 2008, p. 87; CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008, p. 16 y 94; SCARCHILLO, Gianluca, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, en Monateri e Somma (a cura di) *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto*, Napoli, Scientifiche Italiane 2007, p. 444; CARACCILO, Francesco B., *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 4/5, p. 1045; RICCIO, Angelo, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 2, p. 503.

(114) VIGORITI, Vincenzo, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 3, p. 740.

(115) RUFFINI, Giuseppe, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 712.

(116) MINERVINI, Enrico, *Azione collettiva risarcitoria e conciliazione*, en *Contratto e impresa*, 2008, n° 4, Luglio-Ottobre, p. 917.

(117) *Il Sole 24 Ore*, *Commenti*, cit. por PAURA, Lucia, *Diritti soggettivi e formazioni sociali. Le azioni collettive risarcitorie tra sussidiarietà e solidarietà*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 4/5, p. 1037.

(118) CAPONI, Remo, *Azzioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1224; BERTUZZI, Stefano, e COSTARE-

tación inteligente, (119) y pone a Italia al nivel de los países europeos más adelantados en la materia. Más aun, con visión positiva, se ha dicho que el art. 140 bis no se presenta como un texto definitivo, sino como uno que espera una obra interpretativa provista de todo un arsenal hermenéutico contemporáneo; (120) “frente a la complejidad del instituto al cual da vida, el art. 140 bis es relativamente conciso y simple; en suma, ha cumplido, exitosamente, con la opción de dar vida a un tipo o instrumento, sin ocuparse de cada detalle relativo al tipo nacido”; (121) y si no es así, al menos, la ley ha despertado a las asociaciones para que asuman una participación más activa. (122)

Ahora bien, no hay acuerdo sobre si la acción regulada por el art. 141 bis es o no una “*class action*”. Algunos sostienen que no lo es, (123) al menos, no se identifica con la del derecho norteamericano; (124) otros dicen que la ley de 2007 introdujo la “*class action*”, pero que hay varios tipos, por lo que no cabe encasillarse en una sola; (125) por eso, prefieren hablar de una “*class action a la italiana*”. (126)

LLI, Gianluca, *Class action*, Le nuove opportunità a tutela del consumatorio dal 30/1/2008, Napoli, Simone, 2008, p. 10; Carratta, Antonio, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 723.

(119) Para las conclusiones del congreso reunido en Padua el 9/3/2007, ver TOMMASEO, Ferruccio, *Profili e prospettive della tutela giurisdizionale collettiva in Italia*, en *Riv. Danno e responsabilità*, 11/2007, p. 1300.

(120) CAPONI, Remo, *Azzioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en *Riv. di Diritto Processuale*, anno LXIII n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1205.

(121) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsa, 2008, p. XVII.

(122) COSTANTINO, Giorgio, *Legittimazione e profili processuali*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en *I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 28.

(123) RICCIO, Angelo, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 2, p. 500.

(124) CARACCILOLO, Francesco B., *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 4/5, p. 1044; Patti, Salvatore, *Class action e azione risarcitoria collettiva: analogie e differenze*, en BELLELLI, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en *I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2009, p. 11.

(125) BERTUZZI, Stefano, e COSTARELLI, Gianluca, *Class action*, *Le nuove opportunità a tutela del consumatorio del 30/1/2008*, Napoli, Simone, 2008, p. 13.

(126) CONSOLO, Claudio, BONA, Marco, BUZZELLI, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsa, 2008, p. XVIII.

De cualquier modo, entre muchos otros temas, se señalan como merecedores de regulación más específica, los siguientes:

a) Citación a los consumidores individuales

La norma, dicen, debería prever un modo de hacer efectiva la publicidad a todos los posibles damnificados; el texto vigente hace de la adhesión una verdadera *carga* en tanto si el consumidor no ha concurrido al proceso no accede al título ejecutivo. (127) Para atenuar estas imperfecciones se ha dicho que, aunque la norma no lo diga expresamente, el juez debería fijar al actor un plazo para que proceda a realizar la publicidad prevista. (128)

b) Optimización del proceso de liquidación

Debe evitarse que un procedimiento de liquidación complejo frustre irremediablemente las expectativas de los consumidores dañados; por eso, debe reglamentarse un procedimiento a través del cual los individuos, singularmente considerados, peticionen y obtengan la determinación de los montos que el demandado debe pagar a cada uno.

c) Regulación de las acciones individuales deducidas con anterioridad a la acción colectiva

La norma no prevé qué sucede con una acción individual que se ha iniciado con anterioridad a la acción colectiva. Se propone convertirla en una adhesión, para posteriormente seguir, por sí sola, para la determinación de los daños. (129)

(127) RUFFINI, Giuseppe, Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p.712. Para la notificación en el sistema norteamericano de acuerdo al tipo de class action que se haya deducido ver GIORGETTI, Alessandro e VALLEFUOCO, Valeria, Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo, Milano, Giuffrè, 2008, p. 394.

(128) CESARO, Ernesto-BOCCHINI, Fernando (a cura di), Azione collettiva risarcitoria, Milano, Giuffrè, 2008, p. 75.

(129) CARRATTA, Antonio, L'azione collettiva resarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno. 2008, p. 729.

9. Comparación con el régimen legal argentino

9.1. Base normativa (constitucional y legal)

En la Argentina, al igual que en Italia, las acciones colectivas en defensa de los consumidores tienen base normativa supra legal. En Europa, como se ha visto, el origen está en el derecho comunitario e, implícitamente, en varias disposiciones constitucionales referidas al acceso a la justicia. En la Argentina, están expresamente previstas en la Constitución Nacional. En efecto, el art. 42 de la ley fundamental del Estado, después de enumerar los derechos de los consumidores y usuarios, dispone que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”. Además, el art. 43 regula el amparo y legítima para interponer esta acción 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*: (i) el afectado, (ii) el defensor del pueblo y (iii) “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. (130)

Por su parte, la ley 24.240 en texto modificado por la ley 26.361, hace mención a esta problemática en los siguientes artículos.

Art. 52 De las acciones. Acciones Judiciales.

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

(130) Todos los autores señalan esta base constitucional; ver, entre muchos, MAURINO, G., NINO, E. y SIGAL, M., *Las acciones colectivas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 57 y ss.; VERBIC, Francisco, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361*, en *Rev. de Derecho procesal*, 2009-1-145; ROTELLA, Lorena G., *Defensa de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial en Tucumán. Acción de clase*, en *La Ley Noroeste* 2009-921.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

Art. 53. Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

Art. 54 Acciones de incidencia colectiva.

Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios

individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

Art. 55. Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

9.2. Las categorías mencionadas en la sentencia “Halabi” y la ley de protección de los consumidores.

La metodología de la ley 26.361 no es suficientemente clara; no obstante, las tres categorías de derechos mencionadas en la sentencia “Halabi” están contenidas en su articulado. Véase: la ley se divide en tres títulos y éstos en capítulos. La problemática tratada a lo largo de este trabajo se encuentra en el título II, denominado “Autoridad de aplicación, procedimiento y sanciones”; dentro de este título, el capítulo XIII, se llama “De las acciones” (arts. 52 a 54) y el capítulo XIV “De las asociaciones de consumidores” (arts. 55/58).

(a) Los derechos *individuales de cada consumidor* aparecen en el primero y segundo párrafo del art. 52: “el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales *cuando sus intereses resulten afectados o amenazados*” y “la acción corresponderá al consumidor o usuario *por su propio derecho*”. También se mencionan en el art. 53 cuando se dice que quien ejerza las acciones de esta ley representando *un derecho o interés individual*, podrá acreditar mandato mediante simple acta poder” y en el último párrafo de esa norma, al señalar que las actuaciones iniciadas en razón “*de un derecho o interés individual*, gozarán del beneficio de justicia gratuita”.

(b) El género *derechos de intereses de incidencia colectiva* está expresamente mencionado en el art. 52, 3° párrafo y en el epígrafe del art. 54 (acciones de incidencia colectiva).

(c) La categoría o especie *intereses plurales homogéneos* surge de las siguientes disposiciones: (i) El Ministerio público debe expedirse sobre si el acuerdo conciliatorio o la transacción consideran adecuadamente *los intereses de los consumidores o usuarios afectados*” (art. 54, 1° párrafo). (ii) Tanto la sentencia cuanto la decisión homologatoria de una conciliación o transacción deben dejar la alternativa de apartarse de la solución general a los usuarios o consumidores que lo deseen (art. 54, 1° y 2° párrafo) (iii); la restitución de las sumas de dinero se hará por los mismos medios en que fueron percibidos o mediante sistemas que permitan que *los afectados puedan acceder a la reparación*” (art. 54 último párrafo), etc. (131).

Siendo así, ambas leyes (argentina e italiana) coinciden en haber incorporado las diversas categorías de derechos. (132) Diferirían en que, como se dijo, según un sector de la doctrina italiana la acción regulada en el art. 140 bis está reservada a los derechos individuales plurales homogéneos, no siendo la vía para reclamar la tutela de los intereses difusos o indivisibles (8.6), restricción que ningún autor argentino invoca respecto de los arts. 52 y ss. de la ley 23.631.

(131) ROSALES CUELLO, Ramiro y GUIRIDLIAN, J., Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor, LA LEY, 2009-B, 1021; conf. WUST, Romina, Influencia de las acciones colectivas en la reforma de la ley 24.240, en ARIZA, Ariel (coord.), La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361, Buenos Aires, A. Perrot, 2008, p. 201.

(132) Ver, en esta posición VERBIC, Francisco, La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-178.

9.3. *La línea divisoria entre la acción colectiva inhibitoria y resarcitoria*

He explicado (supra 8.3) que la ley italiana regula en artículos separados la acción inhibitoria y la resarcitoria y las diferencias que la doctrina extrae de esa metodología. La ley argentina de protección de los consumidores no establece una línea divisoria tajante entre ambas acciones y la doctrina no señala diferencias. (133)

9.4. *Legitimado pasivo*

El art. 53 de la ley argentina dice que “*los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba*”. La terminología no plantea problemas interpretativos similares a los del derecho italiano (supra 8.4) dado que el art. 2 de la ley 26.361 se refiere al proveedor como el sujeto obligado al cumplimiento de las obligaciones reguladas en este ordenamiento.

9.5. *Legitimados activos*

(a) *Control de la legitimación. La representatividad adecuada*

Se ha definido a la representación adecuada como “el requisito de las pretensiones de incidencia colectiva según el cual quien interviene en el proceso gestionando los intereses de una clase debe poseer las condiciones personales, profesionales, financieras etc. suficientes para garantizar una apropiada defensa de dichos intereses”. (134)

El código modelo de acciones colectivas para Iberoamérica establece como requisito de la acción colectiva la adecuada representatividad del legitimado, y en el párrafo 2 del artículo 2 dispone que “*En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como: a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c – su conducta en otros procesos colectivos; d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e – el*

(133) La cuestión es diferente en la ley 25.675 (Adla, LXIII-A, 4) reguladora del ambiente, pero su análisis excede los propósitos de este trabajo.

(134) GIANNINI, Leandro, La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas, en OTEIZA, Eduardo (coordinador) Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 179.

tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física ante el grupo, categoría o clase.

Además, el par. 3° dice: *El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, aplicando, si fuera el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4° del art. 3°.*

Un sector de la doctrina argentina afirma que “la representatividad adecuada continúa brillando por su ausencia en la ley 26.361”. (135) Algunos autores dicen que la falta de regulación suficiente en torno a la representatividad se debe al temor del legislador de otorgar este poder a los jueces, mas advierten que peor es no darlo. (136) Efectivamente, admitir que la acción puede ser deducida sin representatividad adecuada, significa que “cualquier incompetente podría ligeramente llevar a juicio una pretensión en defensa de los intereses de un grupo sin posibilidad de contralor por los jueces, de oficio o a instancia de parte”. (137) Por eso, como se ha visto, pese al silencio de la ley argentina, en el procedimiento ideado por la Corte en el caso Halabi, expresamente se hace mención al control de la representatividad adecuada. (138)

(b) El consumidor individual.

El derecho italiano no legitima al consumidor individual para iniciar acciones *colectivas* resarcitorias (ni en defensa de intereses difusos, ni en

(135) VERBIC, Francisco, La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-183.

(136) Ver GIDI, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, México, Unam, 2004, p. 71 y ss; conf. UCIN, María Carlota, El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos, en Rev. de Derecho Procesal 2009-1-347.

(137) GIANNINI, Leandro, La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas, en OTEIZA, Eduardo (coordinador) Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 187. Para Falcón, en materia de acciones colectivas, la legitimación y la representación siempre constituyen un mismo capítulo, en tanto el legitimado siempre es representante, aun de quienes no conozcan o no intervengan (FALCON, Enrique, Algunas cuestiones sobre el proceso colectivo, LA LEY, 2009-D, 1011).

(138) Para la “adequacy of representation” o “vigorous prosecution test” en el Derecho norteamericano ver VARGAS, Abraham Luis, La legitimación activa en los procesos colectivos, en OTEIZA, Eduardo (coordinador), Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 240, entre otros.

defensa de intereses individuales plurales homogéneos). Obviamente, puede iniciar las acciones individuales; negar esta facultad sería violatorio del derecho constitucional de acceso a la justicia.

La cuestión en el derecho argentino no es totalmente clara:

Un sector interpreta el art. 52 restrictivamente y afirma que el consumidor no está autorizado para iniciar la acción colectiva sino, exclusivamente, la acción individual; (139) se funda en que la primera parte del artículo 52 se refiere a los consumidores o usuarios “cuando sus intereses resulten afectados o amenazados” y a la acción que le corresponde “por su propio derecho”.

Otro entiende que la doble mención al “consumidor o usuario” en el art. 52 impone aceptar un criterio amplio de legitimación activa que faculta al afectado tanto para promover acciones individuales procurando la satisfacción de sus intereses particulares, como para interponer acciones colectivas en defensa de intereses de incidencia colectiva de la categoría a la que pertenece, (140) sólo que lo hace *en tanto afectado*. (141) Esta última exigencia alejaría la figura legal de la acción popular, en tanto el consumidor que demanda tiene que acreditar que su propio derecho está afectado; por eso, si el interés es colectivo y el consumidor no tiene sus derechos afectados o amenazados, sólo podría *denunciar* para que la demanda la interpongan las otras personas mencionadas. (142)

Si se acepta la segunda posición, cabe preguntarse si ese consumidor puede iniciar esa acción colectiva sin la “representación adecuada” tratada en el punto anterior. En mi opinión, la respuesta afirmativa sería catastrófica; de allí, la necesidad de aplicar las pautas establecidas en el caso *Halabi*. Por eso, los autores que otorgan legitimación al consumidor individual proponen que una ley determine los requisitos de admisibilidad de la de-

(139) ACOSTA, José V., *El proceso de revocación cautelar*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal, 2009, p. 392.

(140) VERBIC, Francisco, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361*, en *Rev. de Derecho procesal*, 2009-1-150.

(141) CORNET, M., TINTI, G., MARQUEZ, J.E. y CALDERON, M., *Proceso judicial del consumo: análisis de los arts. 52 y 53 de la ley 24.240*, en *LA LEY Córdoba* 2009-459.

(142) FARINA, Juan, *Código civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado* (dirigido por Zannoni y coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci), Buenos Aires, Astrea, 2009, t. 9, págs. 1061.

manda interpuesta por un sujeto particular sobre la base de las pautas fijadas en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. (143)

(c) *Las asociaciones*

Con anterioridad a 2008, en la Argentina y en Italia, la jurisprudencia mayoritaria negaba legitimación a las asociaciones para iniciar acciones *resarcitorias* para que se indemnizen daños causados a derechos cuyos titulares son los consumidores individualmente considerados, aun cuando se trate de derechos individuales plurales homogéneos. (144)

(143) DE LOS SANTOS, Mabel, Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p.27; ROSALES CUELLO, Ramiro y GUIRIDLIAN, J., Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor, LA LEY, 2009-B, 1026. El texto del primer anteproyecto, redactado por Antonio Gidi, Ada Pellegrini y Kazuo Watanabe puede compulsarse en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año II n° 3, 2003 p. 165 y la Exposición de motivos en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 5, 2004, p. 19. La iniciativa de llevar adelante un código modelo fue de Antonio Gidi y el anteproyecto fue objeto de estudio y revisión en diversos encuentros científicos y publicaciones. Ver especialmente GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica, México, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, 2003; se trata de una obra que contiene más de cuarenta artículos sobre los distintos temas abordados en el código modelo, cuya enumeración omito por razones obvias. Compulsar también PELLEGRINI GRINOVER, Ada, Pareceres sobre las propuestas de emendas presentadas ao anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 5, 2004, p. 67; BEJARANO GUZMAN, Ramiro, De los procedimientos jurisdiccionales, de la conexión, de la litispendencia y de la cosa juzgada en el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 6, 2004, p. 51 (el trabajo es el relato general presentado por el autor al VIII Congreso de Derecho Procesal realizado en Roma los días 20/22 Mayo de 2004); GONCALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio, Relatório Geral Processos Coletivos o Anteprojeto de Código modelo de procesos coletivos para Ibero-America, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV, n° 5, 2004, p. 155; SAID, Alberto, VIII Seminario Internazionale su "Sistema giuridico latino americano e unificazione del Diritto Processuale". Los procesos colectivos. El Anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 6, 2004, p. 99; TRIONFETTI, Víctor R., Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos, en OTEIZA, Eduardo (coordinador) Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 155. El texto de código aprobado en Caracas el 28/10/20045 se publica en OTEIZA, Eduardo (coordinador), Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 441.

(144) Ver, a vía de ej., Cám. Nac. Com. sala E, 6/12/2007, R.D.C.O. 2008-B-793, con nota de VERBIC, Francisco, La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas. Compulsar MONTI, José, Los intereses difusos y su protección jurisdiccional, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, p. 129 y ss. Para la jurisprudencia anterior a la sanción de la ley ver VALLEFIN, Carlos, La legitimación en las acciones de interés público, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 136.

No obstante, en nuestro país, diversas decisiones judiciales reconocieron esa legitimación, especialmente en las acciones restitutorias; así por ej.

* La demanda interpuesta por una asociación tuvo por resultado condenar a una empresa prestataria del servicio de telefonía móvil a restituir dentro del plazo de 60 días lo indebidamente cobrado a cada usuario en concepto de “tasa de control, fiscalización y verificación”, con más los intereses que ella aplica para el caso de mora en el pago de las facturas, y a indemnizar al usuario con un crédito equivalente al 25 % del importe cobrado ilegítimamente, en tanto nada autorizaba a trasladar estos costos al cliente. (145)

* Una asociación de consumidores fue legitimada y se condenó al banco a la restitución de un cargo correspondiente a un seguro de robo en cajeros automáticos y/o extravío de tarjetas de débito que no se había pactado. (146) En el caso, el banco alegaba que debía distinguirse entre la acción inhibitoria (para que cesaran los cargos) y la resarcitoria (para petitionar el reintegro). El tribunal negó esa línea divisoria y argumentó que la nimiedad de lo descontado hacía que los consumidores no reclamaran individualmente (ninguno tenía un perjuicio superior a \$ 25); la sentencia condenó a que se depositara la suma debida en la cuenta de cada cliente. Aclaro que el tiempo insumido por el proceso no perjudicó a los consumidores desde que el tribunal había hecho lugar a la medida cautelar consistente en anticipar los efectos de la inhibitoria (cese de los cargos). (147)

* Una decisión judicial (148) legitimó a una asociación civil para reclamar la restitución (a los afiliados a las AFJP demandadas) de los importes que se habrían obtenido si la rentabilidad no hubiera disminuido en razón de la aceptación del canje de títulos públicos.

(145) Cám. Fed. Contenciosoadministrativo sala IV, 22/11/2007. LA LEY, 2008-B, 573, con nota de RUSCONI, Dante, El rol protagónico de las asociaciones de defensa del consumidor. Para una defensa de la legitimación de las asociaciones y la jurisprudencia sobre el tema en la Argentina, ver PRATO, Osvaldo, Acciones de clase vs. Asociaciones de consumidores, LA LEY, 2008-A, 867.

(146) Cám. Nac. Com. sala C, 4/10/2005, LA LEY, 2005-F, 193, JA, 2005-IV-340 y en JA, 2006-I-473, con nota de ROCHA PEREYRA, Gerónimo, Las asociaciones de usuarios ¿pueden demandar en defensa de derechos subjetivos de carácter patrimonial e individual?; también en Rev. Responsabilidad civil y seguros, 2006, n° 4, año VIII, p. 64 con nota de SCHIAVI, María Virginia, Un paso más en la consolidación de los derechos del consumidor.

(147) Cám. Nac. Civ. sala D, 13/4/2004, LA LEY, 2004-C, 847.

(148) Cám. Nac. Com. sala A, 12/4/2007, RDCO 2008-A-489, con nota de MAURINO, G. NINO, E. y SIGAL M., Derechos de incidencia colectiva. Mercados imperfectos y acceso a la

Esta jurisprudencia fue apoyada por un importante sector doctrinal que interpretó las palabras de la ley a la luz del texto constitucional. (149)

No obstante, aun hoy, un sector pone en duda, y otro directamente niega legitimación a las asociaciones para iniciar acciones colectivas resarcitorias; (150) se alega la “inexistencia en nuestro derecho de pretensiones indemnizatorias a favor de personas no determinadas o de grupos colectivos inconcretos”. (151)

En mi opinión, los arts. 52 y 55 de la ley 23.631, aunque con redacción no demasiado clara, legitiman a las asociaciones existentes antes del hecho dañoso y las constituidas *ad hoc* con posterioridad. (152)

En definitiva, en el derecho argentino vigente, una asociación de protección de los consumidores puede actuar:

(a) Como actora, en defensa de los intereses colectivos (art. 52, 2° párrafo). Si desiste, el proceso debe ser continuado por el Ministerio público (art. 52 párrafo 5)

(b) Como litisconsorte (art. 52 párrafo 3°)

El problema es si esta asociación debe pasar por el tamiz de la “representación adecuada”, antes explicada.

justicia. El Ministro de economía Domingo Cavallo había obligado a las AFJP a adquirir bonos de la deuda pública, pero después se declaró el default y esos bonos perdieron gran parte de su valor. Las AFJP tuvieron que quedarse con esos bonos y, obviamente, disminuyeron las ganancias de los asociados. El tribunal revocó la decisión de primera instancia que había negado legitimación a la asociación y dispuso que se diera trámite al expediente iniciado.

(149) VERBIC, Francisco, La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-145.

(150) CORREA, José L., Acciones de incidencia colectiva. Modificación de la ley de defensa del consumidor, LA LEY, 2008-F, 1112. Según el autor, las asociaciones sólo pueden actuar como litisconsortes.

(151) FARINA, Juan, Derecho del consumidor y del usuario, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 563.

Ponen en duda, pero no se pronuncian ni por la afirmativa ni por la negativa, CORNET, M., TINTI, G., MARQUEZ, J.E. y CALDERON, M., Proceso judicial del consumo: análisis de los arts. 52 y 53 de la ley 24.240, LLC, 2009-462.

(152) VAZQUEZ FERREYRA, R. y AVALLE, D., Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios, LA LEY, 2008-D, 1075.

Como se vio, la ley italiana legitima tanto a las asociaciones previamente constituidas como las nacidas *ad hoc* después del hecho. No obstante, a los efectos de la “representación adecuada” parece distinguir dos situaciones: las previamente constituidas no pasan por el tamiz (ver primera frase del art. 140 bis); las nacidas “ad hoc”, tienen ese control previo, realizado en la audiencia preliminar (el art. 140 bis.2. dice “están también legitimados...las asociaciones y comités que sean adecuadamente representativos...”).

El régimen argentino permitiría una interpretación similar. Véase:

El art. 52, 2° párrafo otorga legitimación a las asociaciones autorizadas *en los términos del art. 56*, y este artículo se refiere a la “autorización para funcionar”. Cuando se refiere a la actuación de las asociaciones como litisconsortes, el art. 52, 3° párrafo hace mención a las que están habilitadas “previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas” y el párrafo siguiente precisa que “resolverá si es procedente o no, *teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación* para tal fin de acuerdo a la normativa vigente”.

Algunos autores sostienen que en ambos casos (intervención como actora y como litisconsorte) basta contar con la autorización prevista en el 56; o sea, estaría habilitada toda asociación que acredite estar en el registro correspondiente; el control no sería el de la representatividad adecuada, antes analizado, sino el meramente formal de estar acreditada.

Para otros, (153) además de esa acreditación, se requeriría que quien intervenga en el proceso tenga las condiciones personales, profesionales, financieras etc. para gestionar el proceso.

Una tercera posición distingue, como en el derecho italiano, entre asociaciones regularmente constituidas con anterioridad, que demuestren, a través de sus estatutos, que el objeto social las vinculan al proceso, y las entidades ocasionalmente constituidas, con motivo del hecho productor del daño, en cuyo caso deben tener adecuada representatividad. (154)

(153) MOSSET ITURRASPE, J., y WAJNTRAUB, J., Ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, Rubinzal, 2008, p. 277.

(154) GOZAINI, Osvaldo A., Protección procesal de usuarios y consumidores, Buenos Aires, Rubinzal, 2008, p. 360.

(d) *Otros legitimados de la ley argentina no mencionados en el código italiano de protección de los consumidores*

La ley argentina legitima al *Defensor del pueblo*, a la *Autoridad de aplicación* y al *Ministerio Público*. Ninguno de esos tres sujetos ni sus equivalentes aparecen mencionados en la legislación italiana.

(i) En la Argentina, la jurisprudencia mayoritaria anterior a 2008, en especial la de la Corte Suprema, venía negando legitimación al Defensor del Pueblo para este tipo de acciones colectivas resarcitorias. (155) Sin embargo, no faltaron valiosos precedentes de tribunales inferiores que decidieron en el sentido correcto. Así, por ej., se condenó a una concesionaria del servicio eléctrico a reparar los daños causados a 155.000 consumidores por faltas en el servicio de electricidad. (156) El juez de primera instancia había negado la legitimación; sostuvo que dado que el Defensor no reclamaba la continuación del servicio sino el daño que cada sujeto ha sufrido, se estaba en presencia de derechos subjetivos homogéneos y no de un bien colectivo; que en el derecho argentino no existe *class action* y que el Defensor no representa a los consumidores. El tribunal de apelaciones acogió el recurso; argumentó que la Constitución ha querido facilitar el acceso a la justicia del consumidor de un servicio público, parte débil de la contratación; que la acción colectiva asegura el derecho a la igualdad ante la ley; que los *daños* particulares de cada particular no eran objeto de este juicio, por lo que debían ser probados en otro proceso, pero la responsabilidad está ya determinada y de allí el beneficio de la acción deducida. Además, puso a cargo del Defensor del Pueblo hacer conocer a los consumidores el resultado del proceso en la forma más conveniente y aclaró, anticipadamente y para evitar problemas, que la modalidad de difusión no era la notificación judicial.

(155) Insiste en esta posición el voto de la Dra. Highton en el caso Halabi. Para esa jurisprudencia anterior ver VERBIC, Francisco, La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la Nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva, en *Rev. de Derecho Procesal* 2007-1-603; ARAZI, Roland, Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24.240 (ley 26.361), *Legitimación y cosa juzgada*, JA 2008-III-1193; MONTI, José, Los intereses difusos y su protección jurisdiccional, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, p. 135; VALLEFIN, Carlos, La legitimación en las acciones de interés público, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p.109; QUIROGA LAVIE, Humberto, El amparo colectivo, Buenos Aires, Rubinzal, 1998, p. 117; Rosales Cuello, R. y Guiridlian, J., *Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, JA, 2007-III-1225.

(156) Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, sala I, 16/03/2000, JA, 2000-II-222, con notas de LORENZETTI, Ricardo, Daños masivos. Acciones de clase y pretensiones de operatividad, y de GALDOS, Jorge, Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo.

Recientemente, un tribunal acogió la demanda interpuesta por el Defensor e, incluso, aceptó la categoría del daño moral colectivo; en este sentido se condenó al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a una empresa constructora por el daño moral causado por la demolición de una propiedad de singular y reconocido valor histórico cultural. (157)

(ii) En la Argentina, como en Italia, la Autoridad administrativa ejerce diversas funciones de contralor. (158) Adviértase, en cambio, que el art. 52 de la ley 26.361 la menciona entre los legitimados para deducir acciones judiciales, rol escasamente analizado por la doctrina. (159) Para un autor, “mientras no esté dotada de personalidad jurídica y se organice como órgano extra-poder, (la autoridad administrativa) no tendrá representación alguna, dependiendo de la decisión del órgano correspondiente y de la acción del PE”. (160) Los antecedentes jurisprudenciales no coinciden con esta posición. Así por ej., una decisión del año 2005 legitimó a la Dirección General de Defensa del Consumidor de la ciudad de Bs. As y condenó a un banco a restituir las sumas que había cobrado de más al descontar en las cuentas cargos no autorizados. El demandado sostenía que la sentencia era de cumplimiento imposible, porque muchos clientes ni siquiera tenían abierta la cuenta. El tribunal dijo que se trataba de una cuestión relativa a la ejecución y que de cualquier modo no se verificaba la imposi-

(157) CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad autónoma de Buenos Aires, sala II, 14/8/2008, Resp. Civil y Seguros, año IX, Febrero 2009, p. 25, con nota de SAUX, Edgardo, Daño moral colectivo. La figura del daño moral colectivo fue aceptada en un caso, convertido en un verdadero leading case, resuelto por el juez Jorge Galdós como integrante de la Cám. de Apelaciones de Azul, el 22/10/1996, en los autos Municipalidad de Tandil c. TA La Estrella SA. Para el tema, ver artículo pionero de MORELLO, A. y STIGLITZ, G., El daño moral colectivo, en Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, La Plata, Platense, 1986, p. 117; compulsar también ZAVALA DE GONZALEZ, Los daños Morales colectivos en JS n° 36-37, p. 11. Para el tema en Brasil, ver CARPENA, Heloisa, Daño moral coletivo nas relações de consumo, en TEPEDINO, G. e FACHIN, L.E. (coord) O Direito e o tempo, Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira, Río de Janeiro, Renovar, 2008, p. 827.

(158) Compulsar VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, La reforma a la ley de defensa del consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo, en Reforma a la ley de defensa del consumidor, LA LEY, Abril 2008, p. 147. Para la función de homologación de acuerdos, ver ALVAREZ LARRONDO, Federico, El rol de las autoridades administrativas de defensa del consumidor a la hora de homologar acuerdos conciliatorios, LA LEY, 2008-A, 1051.

(159) Una excepción es la obra de Rusconi en la que se encuentran valiosos antecedentes jurisprudenciales sobre el tema (RUSCONI, Dante, Acciones judiciales de los consumidores, Rosario, Iuris, 2004, p. 29 y siguientes).

(160) CORREA, José L., Acciones de incidencia colectiva. Modificación de la ley de defensa del consumidor, LA LEY, 2008-F, 1114.

bilidad; debía restituir del mismo modo que había descontado, o sea, depositando en las cuentas que existieran. (161)

(iii) La ley argentina reserva al Ministerio Público (162) un rol mucho más activo que la ley italiana. Efectivamente, en la ley 23.631, el Ministerio Público puede actuar:

* Como actor, en calidad de parte (párrafo 2°);

* Como controlador de la legalidad, o sea, como fiscal de la ley (arts. 52 y 54);

* Como sustituto de parte, desde que continúa el juicio iniciado por la asociación que desistió (art. 52 párrafo 5).

En razón de todas estas funciones, se ha decidido que no rige el trámite de la mediación previa obligatoria, en tanto una asociación no puede celebrar un acuerdo vinculante y ejecutable con la simple firma del mediador y de las partes sino que se requiere la previa intervención del Ministerio Público Fiscal y una decisión judicial que lo homologue. (163)

La doctrina argentina discrepa con tamaño activismo; en ese sentido, se afirma que la exigencia de la continuación del proceso abandonado o desistido tiene poca utilidad, especialmente, porque en el sistema argentino el resultado de la sentencia no tiene efectos contra el consumidor si lo perjudica. Por lo demás, se entiende que aunque la norma es loable a los fines de un mayor control, no hay por qué presumir que todo desistimiento es fraudulento. (164) Estas críticas integran un complejo panorama,

(161) Cam. Nac. Com. sala E, 10/5/2005, JA 2005-II-473, con nota de WAJNTRAUB, Javier, El reconocimiento de la legitimación amplia para los representantes de los consumidores. Los intereses plurilaterales homogéneos como derechos de incidencia colectiva. En el caso, el tribunal tuvo en consideración que los cargos eran oscuros, sin información, como por ej., "por diferir pago". El tribunal estimó que tales cargos ocultaban intereses prohibidos.

(162) Compulsar GOZAINI, Osvaldo A., Protección procesal de usuarios y consumidores, Buenos Aires, Rubinzal, 2008, p. 396.

(163) Cám. Nac. Com. sala A, 11/2/2009; ídem sala A, 19/12/2008, ambas en LA LEY, 2009-C, 231 y ss., con nota de BERSTEN, Horacio, La mediación previa y las acciones colectivas de consumo.

(164) VERBIC, Francisco, La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-158.

cual es el de la participación del Ministerio Público fuera del proceso penal, objeto de serios cuestionamientos. (165)

9.6. Intereses tutelados y alcances de la sentencia

La doctrina y la jurisprudencia argentina no discute que la sentencia que acoge la pretensión resarcitoria de los derechos individuales plurales homogéneos es una sentencia de condena, por lo que el debate reseñado supra (8.6) no es trasladable a nuestro país.

En efecto, el art. 54, último párrafo, de la ley 26.361 describe el siguiente contenido de la sentencia:

(a) Si se trata de acciones de indemnización de daños, debe dar pautas para la reparación o procedimiento para su determinación sobre la base de reparación integral.

(b) Si condena a la restitución de sumas de dinero, indicará, en primer lugar, que serán devueltas por los mismos medios que fueron percibidas, y si no es posible, del modo que el juez fije.

Así, la norma vigente habilita a dar satisfacción individual a los particulares afectados y, a tal fin, primero se debe intentar restituir en especie (art. 1083 del CC). (166)

Se afirma (167) que el último párrafo del art. 54 permite incorporar al derecho argentino un sistema conocido en el derecho norteamericano como *fluid recovery*, utilizado en cuatro tipos de situaciones: cuando las sumas que corresponden en forma individual son muy pequeñas, tornando excesivamente onerosa la distribución; cuando la determinación de

(165) Compulsar VALLEFIN, Carlos, La legitimación en las acciones de interés público, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 115. Para el tema en el Brasil ver YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato, Tutela dos intereses difusos e coletivos, Sao Paulo, Juarez de Oliveira, 2006, p. 23; para la cuestión en España, ver MONTERO AROCA, Juan, De la legitimación en el proceso civil, Barcelona, Bosch, 2007, p. 439.

(166) En resarcimiento en especie o en forma específica es la regla en el derecho brasileño, que tanta influencia ha tenido en la materia de acciones colectivas resarcitorias en el código modelo. Ver MARINONI, Luiz G., Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (art. 7), en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año III n° 4, 2004, p. 204.

(167) VERBIC, Francisco, La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-181.

los perjuicios individuales es demasiado compleja; cuando no es posible identificar a los damnificados; cuando cabe esperar que los consumidores se mantengan en anonimato. (168)

(c) Si se trata de daños diferenciados para diversos tipos de consumidores, el juez podrá establecer grupos o clases, si fuese posible y estimar por vía incidental los daños.

A diferencia de la ley italiana, la argentina no prevé expresamente que el juez pueda determinar la suma mínima que corresponde a cada consumidor.

9.7. Ambitos de la responsabilidad en los que se mueve la acción resarcitoria

La ley argentina no enumera ámbitos de actuación de la acción resarcitoria por lo que no se plantean los problemas interpretativos reseñados supra 8.7

9.8. Estructura del procedimiento. Sus etapas

A diferencia de la ley italiana, la argentina no prevé un procedimiento especial. No obstante, el art. 53 bajo la expresión “normas del proceso” pretende regular algunos aspectos. En este sentido, determina que “rigen las normas del proceso de conocimiento más abreviado, a menos que a pedido de parte el juez, por resolución fundada, y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado”. Al parecer, la ley persigue evitar que un procedimiento que exige celeridad se anule con el ritualismo del proceso ordinario; por eso, el juez que decide no aplicar el procedimiento rápido debe fundar su decisión. (169)

La previsión legal es insuficiente. La omisión respecto de la audiencia preliminar, prevista en cambio en la ley italiana, genera consecuencias respecto de la *representatividad adecuada*, como ya se ha señalado.

También deja sin resolver la difícil problemática relativa a la publicidad idónea del contenido de la demanda interpuesta para permitir la comparación de los consumidores individualmente considerados. Para cubrir

(168) Ver jurisprudencia norteamericana en RUSCONI, Dante, El rol protagónico de las asociaciones de defensa del consumidor, en LA LEY, 2008-B, 573.

(169) GOZAINI, Osvaldo A., Protección procesal de usuarios y consumidores, Buenos Aires, Rubinzal, 2008, p. 386.

el vacío se ha propuesto crear un registro de acciones colectivas que permita a las personas saber “cuáles acciones están siendo iniciadas y si pueden estar incluidas en ellas”. (170)

Como contrapartida, la ley argentina prevé algunas cuestiones del trámite sobre las cuales la ley italiana guarda silencio. Así, por ej., el art. 55 de la ley 26.361, al regular la acción deducida por las asociaciones dice que “*Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita*”. (171) Parecería que la misma solución rige si la acción la inicia el Ministerio público, el Defensor del Pueblo o la Autoridad de aplicación.

Por lo demás, para la acción puramente individual, la ley dispone que las actuaciones gozan del beneficio de justicia gratuita, pero en este caso autoriza a la parte demandada a acreditar la solvencia del consumidor (art. 53 última parte).

9.9. Competencia

La ley argentina, a diferencia de la italiana, no contiene normas sobre competencia, por lo que, al parecer, remite a las reglas generales. La escasa jurisprudencia anterior obedece a razones estrictamente prácticas. Así, por ej., la Corte Federal decidió que “Sin perjuicio de que la acción colectiva interpuesta por el defensor del pueblo contra dos entidades prestado-

(170) SOLA, Juan Vicente, El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas, LA LEY, 2009-B, 159. Para el tema de las dificultades relacionadas a la publicidad de las acciones colectivas, ver MAURINO, G., NINO, E. y SIGAL, M., Las acciones colectivas, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 239 y siguientes.

(171) Se ha decidido, en contra del dictamen de la Sra. Fiscal de Cámara, que la expresión contenida en el art. 55 última frase (beneficio de justicia gratuita) no puede ser considerada sinónimo de “beneficio de litigar sin gastos” ya que mientras éste implica la eximición de tasas, sellados y costas, la justicia gratuita se refiere al “acceso a la justicia”, pero una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de las costas, que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario (Cám. Nac. Com. Sala D, 4/12/2008, LA LEY, 2009-A, 554 y en LA LEY, 2009-B, 226, con nota de PERRIAUX, Enrique, Defensa gratuita del consumidor. ¿Con bill de indemnidad?, de BERSTEN, Horacio, La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo, LA LEY, 2009-B, 370, y de DEL ROSARIO, Cristian O., El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase, LA LEY, 2009-B, 671). Para el tema en general ver VERBIC, Francisco, La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-162; PERRIAUX, Enrique, La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor, LA LEY, 2008-E, 1224.

ras de servicios de salud, una de las cuales se encuentra concursada, no es alcanzada por el fuero de atracción del concurso (art. 21 de la ley 24.522 —Adla, LV-D, 4381—), resulta conveniente que sea el magistrado del proceso universal quien entienda en ella, con la finalidad de evitar el dictado de decisiones contradictorias y de asegurar el mejor control en el cumplimiento de otorgar en forma ininterrumpida las prestaciones a las que se obligaron en el marco de un contrato de medicina prepaga, así como a la adecuada protección de los derechos atinentes al servicio de salud y de atención médica asistencial que se persigue mediante el amparo interpuesto”. (172)

9.10. Efectos de la cosa juzgada

Como se ha explicado supra, en el derecho comparado existen dos grandes sistemas: (173) el primero es el *pro et contra*, y se desentiende del resultado del pleito; la cosa juzgada es siempre oponible a todos los miembros del grupo; es el sistema norteamericano, al que se llegó después de una larga evolución.

El segundo, en cambio, tiene en consideración ese resultado y sólo hace oponible la sentencia que favorece al consumidor.

La ley italiana sigue un sistema intermedio: sólo extiende la cosa juzgada (favorable o desfavorable) a los consumidores que adhirieron o intervinieron en el juicio (*opt in*).

La argentina, en cambio, parece seguir el segundo sistema, en tanto otorga a la sentencia que *hace lugar a la pretensión*, efecto expansivo respecto de todos los consumidores de la clase, salvo respecto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario, antes del dictado de la sentencia.

(172) CSN 29/5/2007, JA 2007-III-77.

(173) Ver, entre otros, HITTERS, Juan C., Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 74; COPANI, Juan C., Problemas que suscita la extensión de la cosa juzgada en los procesos tuitivos de los derechos colectivos (lato sensu) y las soluciones que otorga el derecho comparado, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 12. SALGADO, José M., Sistema colectivo y cosa juzgada. Su eficacia y su diseño. No es posible definir la eficacia de la cosa juzgada según sea el resultado del proceso colectivo, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 132; EGUREN, María C., La cosa juzgada; sus contornos y su proyección en el proceso colectivo, en OTEIZA, Eduardo (coordinador), Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 391.

Esta solución presenta peculiaridades respecto a la declaración de inconstitucionalidad de una norma que pueda contener la decisión. Como es sabido, a diferencia del derecho italiano, en el argentino hay control *difuso* y *limitado* de inconstitucionalidad; limitado, en tanto sólo alcanza al caso particular. La cuestión es si esa regla limitativa rige cuando esa inconstitucionalidad se declara en un proceso colectivo. Según un sector de la jurisprudencia nacional la respuesta es negativa; o sea, la regla es la de los efectos expansivos respecto de “todo el colectivo de individuos que se hallen en la misma situación pues se trata de derechos especialmente protegidos por las normas constitucionales, y lesionados por una misma causa normativa, resultado razonable que el pronunciamiento tenga efectos expansivos siempre que se haya respetado el derecho de defensa”. (174)

9.11. El derecho del consumidor individual a disociarse, a autoexcluirse o a optar por salir (opt out)

El art. 54 2° párrafo de la ley 26.361 autoriza al consumidor que ha comparecido al proceso colectivo y que no desea que la sentencia, aun favorable, le sea extendida, “manifestar su voluntad en contrario, previo al dictado de la sentencia, en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

La redacción no es clara ni la finalidad perseguida tampoco.

El derecho de autoexcluirse tiene sentido en aquellos sistemas en los que la sentencia hace cosa juzgada cualquiera sea el resultado respecto de todos los integrantes del grupo (regla general en el derecho norteamericano). En el argentino, la sentencia que lo perjudica no es oponible al consumidor que no compareció al proceso; por lo tanto, parecería que el *opt ut* o no tiene sentido, o está previsto para el consumidor que compareció y se arrepintió de hacerlo.

9.12. El curso de la prescripción

A diferencia de la ley italiana, la argentina nada dice sobre el curso de la prescripción. Por lo tanto, sería aplicable la regla según la cual la acción deducida por otro sujeto no tiene efectos interruptivos del curso de la prescripción de la acción deducida por un sujeto diferente, aunque el pro-

(174) Cám. Acusación Córdoba, 30/6/2009, LA LEY Córdoba 2009-960. El tribunal cita en su apoyo la sentencia recaída en Halabi.

cedimiento originario pueda llegar a tener impacto o importancia en materia probatoria. (175)

9.13. Conciliación y mediación posterior a la sentencia

Como se vio, la ley italiana, mal o bien, ha intentado dar una solución al problema de la ejecución de la sentencia a través de un trámite de mediación y conciliación posterior al dictado de la sentencia.

La ley argentina omite toda consideración a la ejecución cerrando los ojos, una vez más, a la acuciante cuestión de la eficacia real de la decisión judicial. La única previsión aplicable sería el art. 54, 1° párrafo, que regula la conciliación y transacción, sin distinguir en qué etapa se produzca (por lo que sería aplicable después de la sentencia) y para las cuales exige: (a) vista el ministerio público para que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados; (b) homologación por auto fundado; (c) dejar a salvo las acciones individuales.

9.14. Daños punitivos

A diferencia de lo ocurrido en Italia, la ley 26.361 incorporó la discutida categoría de los daños punitivos, en una redacción por demás defectuosa. (176)

9.15. Cuestiones no abordadas expresamente en ninguna de las dos leyes

(a) Litispendencia

Ni la ley argentina ni la italiana resuelve el problema de la litispendencia. (177)

(175) SC Buenos Aires 17/12/2008, LA LEY Buenos Aires, 2009-264, con nota de CATALANO, Mariana, Reparación de los daños individuales emergentes de la contaminación.

(176) Compulsar COLOMBRES, Fernando Matías, Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor, LA LEY, 2008-E, 1158; BERSTEN, Horacio, La multa civil en la ley de defensa del consumidor. Su aplicación a casos colectivos, en LA LEY, 2009-B, 997; PICASSO, Sebastián, Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor, en Reforma a la ley de defensa del consumidor, LA LEY, Suplemento especial, Abril 2008, p. 123; MOSSET ITURRASPE, J., y WAJNTRAUB, J., Ley de defensa del consumidor, Buenos Aires, Rubinzal, 2008, p. 278; LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal, 2009, p. 557.

(177) Para la temática ver VERDAGUER, Alejandro, Litispendencia y cosa juzgada en los procesos colectivos, en OTEIZA, Eduardo (coordinador), Procesos colectivos, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 333.

Por el contrario, el código modelo para Iberoamérica dispone:

Art. 29. - Conexión. - Si hubiere conexión entre las causas colectivas, se produce prevención del juez que conoció de la primera acción, quien de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de todos los litigios, aun cuando en éstos no actúen íntegramente la totalidad de los mismos sujetos procesales.

Art. 30. - Litispendencia. - La primera acción colectiva produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por objeto controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legitimado activo y la causa de pedir.

(b) Destino de los fondos cuando se inician acciones resarcitorias en defensa de bienes indivisibles

La ley italiana no tiene provisiones respecto del destino de los fondos cuando la demanda persigue la tutela de los bienes colectivos indivisibles. La omisión apoya la posición doctrinal según la cual las acciones colectivas reguladas en el art. 140 bis sólo comprenden los derechos individuales homogéneos (ver supra 8.6)

El derecho argentino no excluye ninguna categoría; entonces, parecería que al igual que en la ley del ambiente, cuando se demanda la reparación del bien colectivo e indivisible, lo obtenido debería ir a un fondo común. Así lo resuelve el art. 8 del código modelo de acciones colectivas para Iberoamérica que dice:

Acción indemnizatoria. En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez dispondrá que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, no siendo esto posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado.

En cambio, cuando se reclaman derechos individuales homogéneos la indemnización debe pasar al patrimonio de cada afectado.

(c) *Medios probatorios, carga de la prueba y deber de colaboración.*

Ninguna de las dos leyes tiene previsiones especiales respecto de los medios probatorios ni de la carga de la prueba. (178) La argentina recoge una disposición, consecuencia del deber procesal de buena fe, según la cual *Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.*

(d) *Honorarios y costas*

A falta de previsión específica, tanto en Italia, como en la Argentina, la materia costas y honorarios se resuelve acudiendo a las reglas generales. (179)

10. Palabras de cierre

El análisis comparativo de ambos sistemas ha servido para comprobar, una vez más, que instrumentos que provienen del Common Law pueden ser aplicados al Derecho Continental. Tengo la esperanza de que las dificultades interpretativas planteadas, que son muchas, puedan ser superadas, en ambos países, a través de los aportes recíprocos que puedan recibirse en torno a cómo se solucionan, en uno y otro lado, las omisiones y las contradicciones (reales o presuntas) del legislador.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA y CITADA

Acuña Solórzano, Gina María, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usus publico en el derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas, con atención a la tutela del ambiente*, en Roma e America. Diritto Romano Comune, 25/2008, p. 53.

Acosta, José V., *El proceso de revocación cautelar*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal, 2009.

Aguirrezabal Grünstein, *Algunas precisiones en torno a los intereses difusos supraindividuales (colectivos y difusos)*, en Rev. Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 33, n° 1, 2006, p. 69.

(178) Para el tema ver PEYRANO, Jorge, Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos, en Problemas y soluciones procesales, Rosario, Juris, 2008, p. 373.

(179) Para esta problemática ver SEN, I., Análisis sobre la regulación de los honorarios profesionales en las acciones colectivas, ElDial.com, 3/4/2009.

Alvarez Larrondo, Federico, *Las medidas preventivas administrativas en el derecho del consumidor*, LA LEY, 2008-B, 69.

Alvarez Larrondo, Federico, *El rol de las autoridades administrativas de defensa del consumidor a la hora de homologar acuerdos conciliatorios*, LA LEY, 2008-A, 1051.

Alvaro de Oliveira, Carlos A., *A ação coletiva de responsabilidade civil no direito brasileiro*, en XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 258.

Arazi, Roland, *Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24.240 (ley 26.361, Legitimación y cosa juzgada*, JA 2008-III-1193).

Badeni, Gregorio, *El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos*, en LA LEY, 2009-B, 255.

Bejarano Guzmán, Ramiro, *De los procedimientos jurisdiccionales, de la conexión, de la litispendencia y de la cosa juzgada en el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 6, 2004, p. 51.

Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009.

Berizonce, Roberto, *Procesos colectivos y acciones de clase: problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 5.

Bersten, Horacio, *La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo*, LA LEY, 2009-B, 370.

Bersten, Horacio, *La mediación previa y las acciones colectivas de consumo* en LA LEY, 2009-C, 231.

Bersten, Horacio, *La multa civil en la ley de defensa del consumidor. Su aplicación a casos colectivos*, en LA LEY, 2009-B, 997.

Bertolino, Pedro J., *El habeas corpus colectivo. Algunas reflexiones a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, en *La Ciencia del derecho procesal constitucional*, Uni-

versidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 425.

Bertuzzi, Stefano, e Costarelli, Gianluca, *Class action, Le nuove opportunità a tutela del consumatorio dal 30/1/2008*, Napoli, Simone, 2008.

Boico, Roberto, *La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la CN*, LA LEY, 2009-B, 208.

Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España*, en Gimeno Sendra, Vicente (director) *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, Madrid, Iustel, 2007, p. 599.

Briguglio, Antonio, *L'azione collettiva risarcitoria, art. 140 bis codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2008.

Cabañas García, Juan C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Madrid, Tecnos, 2005.

Campuzano Tomé, Herminia, Tutela preventiva y tutela reparadora de los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos: su regulación a la luz de la LEC y de la ley de 28/10/2002, en González Porras y otros (coordinadores), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 765.

Caponi, Remo, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII, n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1205 y en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 121.

Cappelletti, Mauro, *La protección de los intereses colectivos o difusos*, XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 211.

Caracciolo, Francesco B., *L'azione collettiva. La fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, en Contratto e impresa, 2008, n° 4/5, p. 1044.

Carlesi, Stefania, *Brevi note in tema di tutela inibitoria ed astreinte nei contratti del consumatore*, en *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, Giuffrè, 2008, t. I, p. 529.

Carpena, Heloisa, *Daño moral coletivo nas relações de consumo*, en Tepedino, G. e Fachin, L.E. (coord) *O Direito e o tempo, Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*, Río de Janeiro, Renovar, 2008, p. 827.

Carratta, Antonio, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII, n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 723.

Casasnovas, María E., *Procesos colectivos y acciones de clase. Diagnóstico y propuestas para un adecuada regulación*, ED 225-783.

Cassagne, Juan C., *Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problema del reconocimiento de la acción colectiva*, en LA LEY, 2009-B, 646.

Catalano, Mariana y González Rodríguez, Lorena, *Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*, LA LEY, 2009-B, 599.

Cesàro, Ernesto - Bocchini, Fernando (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 2008.

Comoglio, Luigi P., *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXII, n° 2, Marzo-Aprile 2007, p. 307.

Congedo, Pierluigi e Messina, Michele, *European class action; British and Italian point of view in evolving scenarios*, en Europa e Diritto Privato 2009-1-163.

Consolo, Claudio; Bona, Marco; Buzzelli, Paolo, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, Ipsoa, 2008.

Consolo, Claudio y Rizzardo, Dora, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, en Riv. Trimestrale di Diritto e procedura civile, anno LX, n° 3 p. 891.

Consolo, *Class actions fuori dagli USA*, en Riv. di Diritto Civile, 1993-I-609.

Copani, Juan C., *Problemas que suscita la extensión de la cosa juzgada en los procesos tuitivos de los derechos colectivos (lato sensu) y las soluciones que otorga el derecho comparado*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 12.

Cornet, M., Tinti, G., Marquez, J. E. y Calderón, M., *Proceso judicial del consumo: análisis de los arts. 52 y 53 de la ley 24.240*, en LA LEY Córdoba 2009-459.

Correa, José L., *Acciones de incidencia colectiva. Modificación de la ley de defensa del consumidor*, LA LEY, 2008-F, 1106.

Costantino, Giorgio, *Legittimazione e profili processuali*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inhibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 19.

Conti, Roberto e Rizzo, Giovanni, *Inhibitoria collettiva in danno del gestore di telefonia all'orizzonte le class actions*, en Riv. Danno e responsabilità, n° 11/2007, p. 1139.

Cueto Rúa, Julio, *La acción por clase de persona (class action)*, LA LEY, 1988-C, 952.

Chiarloni, Sergio, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXII, n° 3, Maggio-Giugno 2007, p. 567.

Chinè, G. e Miccolis, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, Neldiritto, 2008.

Dalla Vía, Alberto, *El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad*, JA, 2009-II-636.

De la Rúa, Fernando y Saravia Frías, Bernardo, *Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*, LA LEY, 2009-C, 247.

De los Santos, Mabel, *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 24 y en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año VII, n° 11, 2008, p. 63.

Del Rosario, Cristian O., *El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase*, LA LEY, 2009-B, 671.

De Santis, Angelo Danilo, *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il Class Action Fair Act of 2005*, en Riv. Trimestrale di Diritto e procedura civile, anno LX, n° 2, Giugno 2006, p. 601.

De Santis, Angelo, *L'azione risarcitoria collettiva*, en Chinè, G. e Miccolis, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, Neldiritto, 2008, p. 125.

Donzelli, Romolo, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008.

Eguren, María C., *La cosa juzgada; sus contornos y su proyección en el proceso colectivo*, en Oteiza, Eduardo (coordinador), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 391.

Fabbriciani, Alessandro, *Brevi riflessioni critiche sulla tutela risarcitoria collettiva*, en *Il diritto dei consumi. Realtà è prospettive*, a cura di Gianfranco Cavazzoni ed altri, Napoli, Scienfiche italiane, 2008, p. 406 y ss.

Falcón, Enrique M., *Código procesal civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, A. Perrot, 2009, t. IV, comentario art. 321.

Falcón, Enrique, *Algunas cuestiones sobre el proceso colectivo*, LA LEY, 2009-D, 1011.

Farina, Juan, *Derecho del consumidor y del usuario*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2008.

Farina, Juan, *Código civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado* (dirigido por Zannoni y coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci), Buenos Aires, Astrea, 2009, t. 9, p. 1061 y ss.

Ferrer, Segio E., *Causales de exclusión del efecto expansivo de la sentencia pronunciada en procesos colectivos*, en Oteiza, Eduardo (coordinador), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 333.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *El acceso a la justicia de los intereses de grupo. Hacia un juicio de amparo colectivo en México*, en Ferrer Mac Gregor (coordinador) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. I, p. 345.

Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, trad. Por E. Restrepo Saldañriaga, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Franzoni, Massimo, *Il danno: qualificazione e quantificazione*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 18.

Frata, Laura, *Class actions e azioni collettive risarcitorie: un primo confronto*, Danno e responsabilità, n° 5/2008 p. 493.

Galdós, Jorge, *Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo*, JA, 2000-II-242.

Gambuto, Simone, *Il risarcimento del danno antitrust: considerazioni di efficienza all'alba della class action*, en Monateri e Somma (a cura di) *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 847. García Inda, Andrés, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001.

García Pulles, Fernando, *Acumulación de procesos o procesos de clase*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

García Pulles, Fernando, *Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?*, en LA LEY, 2009-B, 187.

Gelli, María A., *La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso "Halabi"*, LA LEY, 2009-B, 533.

Giannini, Leandro, *Tipología de los derechos de incidencia colectiva*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 40.

Giannini, Leandro, *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas*, en Oteiza, Eduardo (coordinador) *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 179.

Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*, México, Porrúa/Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, 2003.

Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor (coord.) *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.

Gidi, Antonio, *Class actions in Brazil. A model for civil law countries*, separate de la revista *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, Spring 2003, n° 2.

Gidi, Antonio, *Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, en Ferrer Mac Gregor (coordinador) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. II, p. 2001.

Gidi, Antonio, *Código de proceso civil colectivo. Un modelo para países de derecho civil*, en Oteiza, Eduardo (coordinador), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 463.

Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

Gil Domínguez, Andrés, *Derechos subjetivos y derechos colectivos. Similitudes y diferencias*, en *Lecciones y Ensayos*, 2004, n° 80, p. 127 y en LA LEY, 2009-C, 1128.

Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Madrid. Colex, 2007, t. II, p. 471/497.

Giorgetti, Alessandro e Vallefucio, Valeria, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo. Profili di comparazione in tema di azioni di classe ed azioni di gruppo*, Milano, Giuffrè, 2008.

Giuggioli, Pier Filippo, *Class action e azione di grupo*, I quaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2006.

Giuggioli, Pier Filippo, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, Padova, Cedam, 2008.

Giussani, Andrea, *Studi sulle "class actions"*, Padova, Cedam, 1996.

Giussani, Andrea, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008.

Giussani, Andrea, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c.cons.*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII, n° 5, Set-Ott. 2008, p. 1228.

Giussani, Andrea, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII, n° 2, Marzo-Abrile 2008, p. 467.

Gómez, Claudio y Salomón, Marcelo, *La constitución nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso "Halabi"*, LA LEY, 2009-C, 338.

Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, *Relatório Geral Processos Coletivos o Anteprojeto de Código modelo de procesos colectivos para Ibero-America*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 5, 2004, p. 155.

González Cano, M. Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, Tirant, 2002.

Gozaíni, Osvaldo A., *Conflictos comunes en los procesos colectivos; el problema de la pretensión y la cosa juzgada*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 64.

Gozaíni, Osvaldo A., *Protección procesal de usuarios y consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal, 2008.

Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo, Pablo, *Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos*, en Ferrer Mac Gregor (coordinador) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2002, t. III, p. 2179.

Hitters, Juan C., *Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 74 y en y en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año VII, n° 11, 2008, p. 169.

Landoni Sosa, Angel, *La acción colectiva para la tutela de los intereses difusos. Dos casos interesantes planteados en el Uruguay*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 103 y en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 6, 2004, p. 123.

López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Madrid, Ariel, 2000.

Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, Rubinzal, 2009.

Lorenzetti, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006.

Lorenzetti, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Buenos Aires, Rubinzal, 1995.

Lorenzetti, Ricardo, *Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos*, en Número especial, 10 aniversario de la Revista Responsabilidad y Seguros, Homenaje al profesor Atilio A. Alterini, 2009, p. 233.

Lorenzetti, Ricardo, *Daños masivos. Acciones de clase y pretensiones de operatividad*, JA, 2000-II-222.

Lucas Sosa, Gualberto, *Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses difusos*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año I, n° 1, 2002 p. 127.

Madariaga Condori, Luis E., *La protección procesal de los derechos sociales (intereses difusos) en el derecho jurisdiccional post moderno*, Arequipa, 1995.

Manenti, Micol, e Palmieri, Alessandro, *Azione risarcitoria collettiva: dove l'Italian style lascia a desiderare*, en Danno e responsabilità, 7/2008, p. 737.

Marinoni, Luiz G., *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (art. 7)*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año III n° 4, 2004, p. 193.

Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M., *Las acciones colectivas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

Maurino, G., y Sigal, M., *Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva*, en JA, 2009-II-641.

Maurino, G. Nino, E y Sigal M., *Derechos de incidencia colectiva. Mercados imperfectos y acceso a la justicia*, en RDCO, 2008-A-489.

Messinetti, Davide, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia tradito*, en Riv. Critica del Diritto privato, anno XXV-1, Marzo 2007, p. 555.

Minervini, Enrico, *Azione collettiva risarcitoria e conciliazione*, en Contratto e impresa, 2008, n° 4, Luglio-Ottobre, p.917 y en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 93.

Montero Aroca, Juan, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 2007.

Monti, José., *Los intereses difusos y su protección jurisdiccional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2005.

Morello, A.M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, La Plata, Platense, 1999.

Morello, A. M., y Stiglitz, G., *El daño moral colectivo*, en *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 19869, p. 117.

Mosset Iturraspe, J., y Wajtraub, J., *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal, 2008.

Pagés Lloveras, Roberto, *La tutela procesal diferenciada en los derechos de los consumidores y usuarios*, en XXV Congreso Nacional de derecho procesal, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires Asociación Argentina de D. Procesal, 2009, p. 169.

Palazzo, Eugenio, *Hoy como ayer, la Corte Suprema instaura nuevas vías procesales. Luces y sombras de "Halabi" a 100 años de "Rey c. Rocha*, ED boletín del 25/3/2009, Constitucional, Serie especial (no aparece en tomo).

Palisi, Francesca, *La banche di fronte all'azione collettiva risarcitoria*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 121.

Parra Quijano, *Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año I n° 2, 2002 p. 55.

Patti, Salvatore, *Class action e azione risarcitoria collettiva: analogie e differenze*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 7.

Paura, Lucia, *Diritti soggettivi e formazioni sociali. Le azioni collettive risarcitorie tra sussidiarietà e solidarietà*, en Contratto e impresa, 2008 n° 4/5, p. 1002.

Pellegrini Grinover, Ada, *Acoes coletivas ibero-americanas: novas questoes sobre a legitimacao e a coisa julgada*, en y en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año I, n° 1, 2002, p. 11.

Pellegrini Grinover, Ada, *Da "class action for damages" a acao de classe brasileira ira: os requisitos de admissibilidade*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año I n° 2, 2002 p. 135.

Pellegrini Grinover, Ada, *Pareceres sobre as propostas de emendas apresentadas ao anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 5, 2004.

Pereira Campos, Santiago, *Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos*, en Rev. Uruguay de Derecho procesal, 2007 n° 1 p. 41.

Pérez Ragone, Alvaro, *¿Necesitamos los procesos colectivos? En torno a la justificación y legitimidad jurídica de la tutela de intereses multisubjetivos*, en Oteiza Eduardo (coordinador), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 79.

Perrachione, Mario, *El peligro de regular las acciones de clase como una especie de proceso colectivo*, en Foro de Córdoba n° 101, 2005, p. 127.

Perriau, Enrique, *Defensa gratuita del consumidor. ¿Con bill de indemnidad?*, LA LEY, 2009-B, 227.

Perriau, Enrique, *La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor*, LA LEY, 2008-E, 1224.

Peyrano, Jorge, *Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos*, en *Problemas y soluciones procesales*, Rosario, Juris, 2008, p. 373.

Picasso, Sebastián, *Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor*, en *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, LA LEY, Supl. Especial, Abril 2008, p. 123.

Poddighe, Elena, *I "mass torts" nel sistema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2008.

Ponzanelli, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, Riv. di Diritto Civile 2006-II-327.

Prato, Osvaldo, *Acciones de clase vs. Asociaciones de consumidores*, LA LEY, 2008-A, 867.

Quiroga Lavié, Humberto, *El amparo colectivo*, Buenos Aires, Rubinzal, 1998.

Resta, Giorgio, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, class actions: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, en Riv. Critica del Diritto privato, anno XXV-1, Marzo 2007, p. 331.

Riccio, Angelo, *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, en *Contratto e impresa*, 2008 n° 2, p. 500.

Rizzo, Francesco, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2008.

Rizzo, Francesco, *Codice del consumo e azioni collettive*, en *Il diritto dei consumi. Realtà è prospettive*, a cura di Gianfranco Cavazzoni ed altri, Napoli, Scientifiche italiane, 2008, p. 385.

Rocha Pereyra, Gerónimo, *Las asociaciones de usuarios ¿pueden demandar en defensa de derechos subjetivos de carácter patrimonial e individual?*, en JA 2006-I-473.

Rodríguez, Carlos A., *Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN*, Doc. Jud. 2009-725.

Rosales Cuello, R. y Guiridlian, J., *Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor*, LA LEY, 2009-B, 1017.

Rosales Cuello, R. y Guiridlian, J., *Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, JA 2007-III-1225.

Rosales Cuello, RT. y Guiridlian Larosa, J., *Nuevas consideraciones sobre el caso Halabi*, LA LEY, 2009-D, 424.

Rota, Fabio, *L'insostenibile complessità del proceso: quale giustizia per gli small claims?*, en Monateri e Somma (a cura di) *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 677.

Rotella, Lorena G., *Defensa de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial en Tucumán. Acción de clase*, en LA LEY Noroeste 2009-921.

Ruffini, Giuseppe, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 707.

Rusconi, Dante, *El rol protagónico de las asociaciones de defensa del consumidor*, en LA LEY, 2008-B, 573.

Rusconi, Dante, *Acciones judiciales de los consumidores*, Rosario, Iuris, 2004.

Sabsay, Daniel A., *El derecho a la intimidad y la acción de clase*, LA LEY, 2009-B, 401.

Sagiés, Néstor, *La creación judicial del amparo-acción de clase como proceso constitucional*, JA 2009-II-627.

Saíd, Alberto, *VIII Seminario Internazionale su "Sistema giuridico latino americano e unificazione del Diritto Processuale". Los procesos colectivos. El Anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en Rev. Iberoamericana de Derecho procesal, año IV n° 6, 2004, p. 99.

Salgado, José M., *Sistema colectivo y cosa juzgada. Su eficacia y su diseño*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 132.

Saux, Edgardo, *Daño moral colectivo*, en Resp. Civil y Seguros, año IX, Febrero 2009, p. 25.

Scalamogna, Margherita, *L'efficacia dell'accertamento collettivo nelle liti individuali secondo il código del consumo*, en Riv. di Diritto Processuale, anno LXIII n° 3, Maggio-Giugno 2008, p. 669.

Scarchillo, Gianluca, *I nuovi progetti di legge sulle azioni risarcitorie collettive: spunti di riflessione e prospettive. Profili di diritto comparato*, en Monateri e Somma (a cura di) *Patrimonio, persona e nuove tecniche di governo del diritto*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, p. 433.

Schiavi, María Virginia, *Un paso más en la consolidación de los derechos del consumidor*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, 2006, n° 4, año VIII, p. 64.

Sen, I., *Análisis sobre la regulación de los honorarios profesionales en las acciones colectivas*, ElDial.com, 3/4/2009.

Sola, Juan Vicente, *El caso Halabi y la creación de las acciones colectivas*, LA LEY, 2009-B, 154.

Sozzo, Gonzalo, *Construyendo las acciones colectivas. Su incidencia en el derecho de daños*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-543.

Tommaseo, Ferruccio, *Profili e prospettive della tutela giurisdizionale collettiva in Italia*, en Riv. Danno e responsabilità, 11/2007, p. 1300.

Sprovieri, Luis, *Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo Halabi*, en JA 2009-II-655.

Szafir, Dora, *Consumidores, Análisis exegético de la ley 17.250*, Montevideo, 3° ed., 2009.

Toricelli, Maximiliano, *Un importante avance en materia de legitimación activa*, LA LEY, 2009-B, 202.

Trionfetti, Víctor R., *Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos*, en Oteiza, Eduardo (coordinador) *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 155.

Troiano, Paolo, *Concorrenza e tutela risarcitoria collettiva*, en Bellelli, Alessandra (a cura di), *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, en I Cuaderni della Riv. di Diritto Civile, Padova, Cedam, 2009, p. 35.

Ucín, María Carlota, *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, en Rev. de Derecho Procesal 2009-1-329.

Ucín, María Carlota, *Los derechos individuales homogéneos: una categoría autónoma y residual*, en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 143.

Vallefin, Carlos, *La legitimación en las acciones de interés público*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

Vargas, Abraham Luis, *La legitimación activa en los procesos colectivos*, en Oteiza, Eduardo (coordinador), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 240.

Vázquez Ferreyra, R. y Avalue, D., *Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios*, LA LEY, 2008-D, 1063.

Vázquez Ferreyra, Roberto, *La reforma a la ley de defensa del consumidor. Autoridad de aplicación y sumario administrativo*, en Reforma a la ley de defensa del consumidor, LA LEY, Suplemento especial, Abril 2008, p. 147.

Vázquez Sotelo, *Los procesos colectivos. Confrontación entre la regulación de la LEC española y la del código modelo*, en Rev. de Derecho Procesal, 2006-1-455 y en Gimeno Sendra, Vicente (director) *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete*, Madrid, Iustel, 2007, p. 901.

Ventura, A., y Pisacco, M., *La Corte creó la acción colectiva*, en Rev. de Derecho público, 2009-1, p. 547.

Verbic, Francisco, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361*, en Rev. de Derecho procesal, 2009-1-145.

Verbic, Francisco, *La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas*, R.D.C.O. 2008-B-793.

Verbic, Francisco, *La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la Nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva*, en Rev. de Derecho Procesal 2007-1-603 y en Libro de ponencias del XXIII Congreso Nacional de Derecho procesal, Mendoza, 2005, p. 158.

Verbic, Francisco, *Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos*, en XXV Congreso Nacional de derecho procesal, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Univ. de Buenos Aires-Asociación Argentina de D. Procesal, 2009, p. 116.

Verdaguer, Alejandro, *Litispendencia y cosa juzgada en los procesos colectivos*, en Oteiza, Eduardo (coordinador), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal, 2006, p. 333.

Vigoriti, Vincenzo, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, en Contratto e impresa, 2008 n° 3, p. 729.

Viguri Perea, Agustín, *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos*, Granada, Comares, 1997.

Wajntraub, Javier, *El reconocimiento de la legitimación amplia para los representantes de los consumidores. Los intereses plurilaterales homogéneos como derechos de incidencia colectiva*, en JA 2005-II-473.

Wüst, Romina, *Influencia de las acciones colectivas en la reforma de la ley 24.240*, en Ariza, Ariel (coord.), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por la ley 26.361*, Buenos Aires, A. Perrot, 2008, p. 201.

Yoshida, Consuelo Yatsuda Moromizato, *Tutela dos intereses difusos e coletivos*, Sao Paulo, Juarez de Oliveira, 2006.

Zavala de González, Los daños Morales colectivos en JS n° 36-37, p. 11.

LA “EMPRESA” EN LA TERMINOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: UNA SINGULARIDAD

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

I. Al contrario de lo que es habitual en los desarrollos temáticos, el presente acápite comenzará por la selección de las normas constitucionales (Constitución Nacional vigente) que han sido extraídas en razón de que, en forma directa o indirecta, guardan conexión con el encuadramiento del objeto empresarial en estudio. No son muchas las cláusulas de la Ley Suprema de la Nación que incluyen el propio vocablo “empresa”: salvedad hecha del Art. 14 Bis (año 1957), en el resto del articulado —y tomando en cuenta, también, la reforma constitucional de 1994— se encuentran menciones a la actividad productiva, la industria, el capital, el comercio, etc., etc.; pero para lo atinente a la Empresa es menester remitirse al Código de Comercio y sus leyes complementarias, como así también a otras normas regulatorias emitidas por órganos competentes para ello, tales como los registros e inspecciones (normas que tienen por destino principal el marco de las personas jurídicas (sujeto) antes que el objeto en sí del quehacer empresario. La variedad de figuras jurídicas que pueden dar cobertura a esta tarea productiva es grande; y no siendo esa la materia de esta colaboración, nos ceñiremos exclusivamente al tópico constitucional.

Por lo antedicho, queda justificada la precedencia de la transcripción de los párrafos elegidos del texto de 1853-1860, que obran a continuación y son suficientes para el objetivo propuesto:

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 25 de junio de 2009. Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Academia Nacional de Educación (Argentina); Académico Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya. Profesor de Derecho Constitucional.

Art. 4: “El Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con... la renta de Correos...” (hubo períodos de privatización).

Art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; ... de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; ...”.

Art. 14 bis: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ... participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; ...”.

Art. 17: “La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley... ... La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.

Art. 19: “... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Art. 20: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas, ... No están obligados... a pagar contribuciones extraordinarias...”.

Art. 27: “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Art. 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Art. 29: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna...”.

Art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Art. 41: “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...”.

Art. 75: Corresponde al Congreso:

“inc. 12: “Dictar los Códigos...Comercial...; y especialmente leyes generales para toda la Nación... sobre bancarrotas,...

“inc. 13: Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las Provincias entre sí.

“inc. 18: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, ... promoviendo la industria, ... la introducción y el establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros, ... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

“inc. 19: Proveer lo conducente a... la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, ...

“inc. 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”.

Art. 124: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...”.

Art. 125: “Las provincias pueden... promover su industria, ... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de ca-

pitales extranjeros..., por leyes protectoras de estos fines y con sus recursos propios...”.

Art. 126: “Las provincias... no pueden... expedir leyes sobre comercio...; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos... Comercial..., después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre... bancarrotas, ...”.

Sobre este último punto, es bueno tener presente que para la Constitución Argentina —según lo entiende la Corte Suprema de Justicia Nacional— la legislación sobre quiebras y concursos preventivos es nacional, pero es materia de “derecho común” y no de “derecho federal”, en el sentido de que su aplicación corresponde a los tribunales ordinarios (justicia local en las provincias y justicia nacional del fuero comercial en la Capital). Viejas discusiones hubo al respecto, a partir del alcance del término “bancarrotas” y las diferencias con el régimen norteamericano, que pueden verse en las obras clásicas de derecho constitucional argentino, desde el famoso Tratado de Juan A. González Calderón en adelante. Desde un punto de vista puramente lingüístico, la palabra “bancarrota” remite en las quiebras comerciales más comúnmente “a la completa o casi total que procede de falta grave, o a la fraudulenta” (conf. RAE). Otro tanto en lengua inglesa, con el término *bankruptcy*.

II. Forma y formalidad; contenido y sustancia

Una cosa es un “emprendimiento” y otra es contar con una “empresa”. La primera es un neologismo; sí —en cambio— se registra el término que alude al sujeto: “emprendedor”, por alusión a quien emprende acciones dificultosas o azarosas (sic). El verbo “emprender” referencia el “acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño”, con la aclaración de que se usa más comúnmente hablando de los que encierran dificultades o peligro (RAE). También puede interpretarse con una connotación estimulativa, cuando se trata de tomar el camino con la resolución de llegar a un punto.

Por su parte, la “empresa” puede valer como indicación de una acción, que simboliza una iniciativa ardua y dificultosa “que valerosamente se comienza” (1ª acepción) o bien el simple “designio de hacer alguna cosa” (3ª acepción). Pero cuando “empresa” remite al objeto, de mínima vale como denominación de la casa o sociedad fundada para emprender o

llevar a cabo proyectos (4ª acepción); y de máxima equivale a lo que en materia comercial se entiende por una “entidad integrada por el capital y el trabajo como factores de la producción, dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios, generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad” (RAE). Y la empresa puede ser privada o sostenida por el poder público.

Es obvio, pues, que el “emprendimiento” y la “empresa” aluden a situaciones diferentes y a tiempos distintos, por lo que las “regulaciones” que se dicten deben tomar en cuenta la diversidad de situaciones. Parece lógico deducir que, a partir de la “responsabilidad” que surge de la propia conceptualización del vocablo, no es concebible —o debería ser inadmisibles— que una empresa resulte ajena al régimen de control que la legislación prevé (de las más variadas formas) para que el contralor pueda fungir como una efectiva “antesala” o paso previo al cumplimiento de las responsabilidades consecuentemente derivadas de su gestión (entendiendo por ésta la “acción y efecto de administrar”).

Una expresión en desuso —en nuestro idioma— es la de haber acudido al término “compañía” con un sentido promiscuo; aunque en la actualidad se mantienen dos acepciones: 7) “Sociedad de hombres de negocios”; y “Sociedad regular colectiva” (RAE).

“Forma”, “formal” y “formalidad”, no son lo mismo que la idea de “formalismo” en cuanto a algunos aspectos de la creación (o formación) y la aplicación del Derecho.

Mientras que forma —formal— formalidad es un trípode que apunta a subrayar cada uno de los requisitos para ejecutar algo, lo que supone la idea de algo preciso y determinado que se lleva a cabo con rigor y seriedad por quienes tienen a su cargo esa tarea o función; en cambio, el formalismo puede tener o mentar un sentido peyorativo: la “tendencia a concebir las cosas como formas y no como esencias”, o también una dirección encomiástica: rigurosa aplicación y observancia del método indicado.

La “forma” no es algo secundario. No es un dato menor, en el mundo del Derecho. La forma hace al fondo, jurídicamente hablando. Si partimos de base lingüística a tenor del significado literal, las primeras acepciones del vocablo “forma” nos orientan a la determinación exterior de la materia y a la disposición o expresión de una potencialidad o facultad; como también puede entenderse que indica la “forma” el modo y fórmula del proceder

(RAE). De lo dicho acentuamos que el concepto de “forma” se dirige a los requisitos externos o aspectos de expresión de los actos jurídicos (16^a acepción); con lo que se está resaltando que si las “formas” son verdaderos “requisitos” es porque valen más que meros recaudos o ápices. O sea que, en la opción o antinomia entre minimizar la “forma” o reconocerle su plena entidad, es la segunda la más apropiada para asegurar la certeza o certidumbre que requiere el valor de la “seguridad jurídica”. No importa que en la jerga cotidiana se mente a las formas como meras cuestiones procesales “en contraposición al fondo de la causa”, o que se relativice su fuerza con la mención de que lo formal se diferencia “de lo que constituye el fondo sustancial”. Mucho más trascendente es saber y conocer que hay normas (jurídicas y no jurídicas) para las cuales las “formas” integran la sustancia o la esencia de lo prescripto. Así, en su acepción filosófica (14 - RAE), la “forma” alude al “principio activo que con la materia constituye la esencia”; o al “principio activo que da a la cosa su entidad, ya sustancial, ya accidental (acepción 15 - RAE).

Del mismo modo que en el lenguaje del Derecho, afirmar que un acto está “en debida forma” significa su conformidad con las reglas del derecho y las prácticas establecidas; y que cuando se procede “como es debido” es porque dicho acto o acción se hizo “en forma”. No se trata de “mirificar” las formas por sí mismas: nadie pretende glorificar, ensalzar o convertir en asombroso, lo que es un “medio” y no un “fin” (en el altar de lo admirable deben estar los “fines”).

En conclusión: para el Derecho, la forma no es una nonada (de insignificante valor), sino que es de significativa dimensión cualitativa. Esa es nuestra opinión. Para una lectura más filosófica de la cuestión puede consultarse el “Diccionario de Filosofía” de José Ferrater Mora (Ed. Sudamericana, Bs. As. 1986, págs. 180/181) que relata cómo se forjó el concepto de “forma” entre los griegos y cuál fue su desarrollo ulterior (ídem, para el concepto de “substancia”, pp. 394 a 401).

De todos modos, la gravitación de las “formas” en el derecho constitucional puede ser aquilatada desde varias perspectivas, sin olvidar que el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la nación indica como necesario el camino hacia la búsqueda de “la verdad jurídica objetiva” y a denominar según la sustancia o contenido real y no a tenor de lo convencional.

Es por ello que en el derecho constitucional hasta una coma (,) adquiere una importancia que incide en los alcances sustanciales o materiales de la

norma cuya aplicación supone su ineludible interpretación en el marco de la Ley Fundamental o Suprema, toda ella. En la década del treinta (del Siglo XX) un Ministro de Interior fue severamente criticado por haber fundado una tesis restrictiva del “derecho de opción” para la salida del país por los arrestado bajo el estado de sitio, sobre la base de la ubicación de un signo de puntuación en el texto “auténtico” del Art. 23 de la Constitución Nacional (el episodio es recordado como “la coma de Melo”). En el mismo Artículo citado, aparece con respecto al mismo instituto (el derecho de opción) la expresión “salir fuera”, como preferencia concedida a quienes eligieron ausentarse del territorio argentino para no sufrir el arresto o el traslado a otro sitio distinto al de su residencia: algunos críticos (literarios) han observado ese supuesto pleonismo; pero en rigor de verdad el “fuera” está enfatizando —en favor de los afectados— el derecho a ejercer la salida, tanto en los casos de un “estado de sitio” en todo el territorio nacional, como en los supuestos de una declaración que suspenda las garantías en una provincia o parte del país, ya sea por arresto o por traslado de los afectados. ¡La importancia del lenguaje escrito! (1)

(1) De la importancia que tienen las “formas” en el derecho constitucional norteamericano el diario “La Nación” del 23/1/09 da cuenta la información publicada, con asombro: “El inusual hecho ocurrió anteanoche, en el Salón de Mapas de la Casa Blanca, luego de que varios constitucionalistas le recomendaran a Obama repetir el juramento del martes en el Capitolio, cuando millones de personas escucharon cómo Roberts cometía un error en el orden de las palabras de la jura y Obama, desconcertado, lo repetía.

“Creemos que el juramento de asunción se realizó de manera eficiente y que el presidente juró de forma apropiada el martes. Sin embargo, como medida de precaución, ya que hubo una palabra fuera de la secuencia, el juez Roberts tomó el juramento por segunda vez”, explicó en un comunicado Greg Craig, máximo asesor legal de la Casa Blanca.

Así, frente a un reducido grupo de periodistas y fotógrafos, y lejos de la mirada atenta del mundo entero, Obama repitió su jura de asunción para eliminar posibles dudas sobre su legitimidad.

Obama pronunció las palabras que formalmente lo convirtieron en el sucesor de George W. Bush por primera vez el martes, apoyando su mano izquierda sobre la biblia de Abraham Lincoln y con su mano derecha en alto.

Pero las cosas no resultaron tal como habían sido planeadas para la investidura del 44° presidente de Estados Unidos.

Ante la mirada de más de dos millones de personas reunidas en el National Mall de Washington y de millones más alrededor del mundo, que siguieron el histórico acto por televisión, Obama dijo: “Yo, Barack Hussein Obama, juro solemnemente que cumpliré las funciones de presidente de Estados Unidos fielmente y, en la medida de mis posibilidades, salvaguardar, proteger y defender la Constitución de Estados Unidos”.

“Que Dios me ayude”, añadió.

III. ¿Cómo descifrar un jeroglífico?

Mención aparte merece el párrafo del Art. 14 Bis (1957) que dispone: “... El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, ... En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, ...”.

Este precepto constitucional se presta a dudas hermenéuticas en cuanto a la “participación” empresaria en la etapa de “prestaciones” previsionales. La primera parte del párrafo arriba transcrito reconoce al Estado el “otorgar” los beneficios: se trata de la sanción de la “ley” que regula y organiza una cuestión tan fundamental como el régimen de las jubilaciones (sería parte de un “seguro social obligatorio” que se quedó en la letra de la Constitución...). Pero al referirse a las prestaciones concretas a percibir por los beneficiarios, la misma norma indica que estarán a cargo de “entidades” (nacionales o provinciales); y agrega que su administración correrá por cuenta de los interesados (una parte) y con la “participación” del Estado (otra parte). ¿Puede haber otra “parte” que tenga “participación” en la administración de esos cuerpos o “entidades”? Si la respuesta es afirmativa, la “participación” podría ser tripartita: los interesados, el Estado y algún sector privado. Si la contestación al interrogante es por la negativa, tan solo cabrían en el esquema las prestaciones a brindar por el sistema de la seguridad social, quedando excluida la posibilidad de una alternativa empresarial.

Un punto adicional es la anotación del dato recordatorio de las llamadas empresas “mixtas”, bajo las figuras jurídicas de empresas compuestas

Lo que ocurrió fue que Roberts cambió la posición de una de las 35 palabras del juramento que establece el artículo 2 de la Constitución de Estados Unidos, lo que hizo que Obama pronunciara de manera inexacta la fórmula.

Puntualmente, en la Constitución, la palabra “fielmente” precede la frase “cumpliré las funciones”, algo que el presidente de la Corte Suprema no notó, ya que en su primera ceremonia de asunción leyó de manera incorrecta esa parte del juramento.

Al darse cuenta del error de Roberts, Obama se detuvo, y un momento después el juez repitió la frase, pero volvió a equivocarse, tras lo cual Obama finalmente recitó las líneas como las había dicho Roberts originalmente.

Si bien fue llamativo que hubiera una segunda jura, no es la primera vez que ocurre: otros dos presidentes —Calvin Coolidge y Chester A. Arthur— repitieron sus respectivos juramentos por causas similares”.

por capitales aportados por el Estado y por el sector privado conjuntamente. La Argentina conoció varias normativas relacionadas con la formación y funcionamiento de “sociedades mixtas”, aunque con diversas denominaciones y distintos porcentajes en las cuotas de integración del capital y de la composición de los órganos de conducción y administración de esas “entidades”.

La dificultad para dirimir estas cavilaciones o dudas reside en el significado mismo del término “entidad”. Si acudimos al jaez literal, vemos que el vocablo de marras podría aplicarse tanto “a un lavado como a un fregado”. En efecto, por “entidad” el diccionario entiende y comprende: 1) lo que constituye la esencia o la forma de una cosa; 2) ente o ser; 3) valor o importancia de una cosa; 4) colectividad considerada como unidad (confr. RAE). Al remitir “entidad” o “ente”, vemos que en su segunda acepción “ente” significa “empresa pública, en particular la televisión” (RAE). Y en el lenguaje común y habitual, se escuchan con frecuencia las menciones, tanto de “entidades públicas” y “entidades privadas”, cuanto de “entes públicos” y “entes privados”. Por su parte, el vocablo “colectividad” (incluido en la acepción cuarta) significa “conjunto de personas reunidas o concentradas para un fin”, de lo que se infiere que no se trata de una persona jurídica sino de una pluralidad de individuos que —probablemente— comparten la unicidad de un objetivo, para lo cual actúan en común.

Estas disquisiciones responden a la necesidad de lograr entendimiento en una ardua cuestión; pero en definitiva hay que estar a lo que las leyes ordinarias determinen. Los vocablos empleados por el constituyente (Art. 14 Bis) son de amplitud indeterminada. Pueden ser apropiadas —esas expresiones o términos— por el derecho público y por el derecho privado. Son palabras inclusivas y no exclusivas en cuanto a sus alcances y ámbitos de aplicación. Su sola mención constitucional no resuelve ningún problema jurídico, mientras legisladores y jueces (con el auxilio coadyuvante de la doctrina y del método comparado) no concreticen su aplicación y consecuente interpretación.

Por lo tanto, precisar si la “empresa” tiene o puede tener cabida en la implementación (“poner en funcionamiento”, “aplicar para llevar a cabo”) las entidades a que hace referencia el Art. 14 Bis de la C.N., no es tarea de conocimiento (o de teoría) sino de voluntad política a expresarse (o cambiar) en un momento dado y en el seno de la conformación de los órganos decisorios pertinentes. En muchos casos históricos, el resultado de esa

“voluntad política” no resuelve la problemática del issue, sino que genera la perplejidad de autoridades y de los gobernados o administrados, habida cuenta de que si por tal se considera la irresolución, o la confusión, o la duda de lo que se debe hacer, pues entonces ello contribuye a un aumento de sensación de la inseguridad jurídica, lo cual no es positivo para la apreciación de la calidad institucional.

Celebramos la opinión fundada de María Angélica Gelli (“Constitución de la Nación Argentina —comentada y concordada—”, 4ª Ed., La Ley, 2008) cuando afirma que: “La Constitución Nacional dispone que es deber del Estado el cumplimiento de la seguridad social. Ello no impide que algunas prestaciones estén en manos de la actividad privada; en ese caso el Estado mantiene la obligación de control y, en última instancia, de cumplimiento directo si aquella resulta ineficiente” (confr., p. 215, ob. cit.).

IV. El problema de las fuentes

Aunque en apariencia luzca como ajeno al tema de la “empresa”, desde el momento que éstas son regidas por normas específicas del derecho mercantil o comercial, es pertinente “poner en el tapete” algunas referencias que confluyen para la mejor interpretación del marco legal aplicable y de su correspondiente interpretación. En primer término es bueno traer a la memoria que, en líneas generales, el régimen jurídico argentino es consecuencia o resultado de fuente bifronte (sic), a partir de la dualidad que se plantea con un modelo constitucional norteamericano (la constitución de USA, sancionada en Filadelfia en 1787 y traducida por Mariano Moreno en los albores de nuestra Revolución); pero gran parte del régimen legal sancionado de resulta de nuestra Organización Nacional (Constitución de 1853-1860), en lo que se refiere al “derecho común”, responde a una inspiración de raíz continental-europea. Así, mientras que la Constitución de Filadelfia solamente reservaba a la competencia del Congreso la legislación sobre “bancarrota”, la Constitución criolla delegó en el Congreso Nacional el dictado de todos los Códigos de “derecho común” (ex Art. 67, inc. 11; hoy Art. 75, inc. 12), pero añadiendo —y no fue modificado por la Reforma de 1994— la legislación sobre “bancarrota”, con la salvedad de que esos Códigos (Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social) podían ser formulados “en cuerpos unificados o separados” (1994). Esta cláusula “retocada” viene a emproljar las sucesivas leyes que —para materias específicas— desvertebraron el viejo Código de Comercio (sociedades, seguros, concursos y quiebras, etc.). O sea, que estamos codificados, “*ma non troppo*”...; la cual condice con el talante y el estilo de los Constituyentes de 1994,

que en la cláusula corregida del viejo Art. 67, inc. 11 de la C.N., agregaron que los Códigos podían ser dictados “en cuerpos unificados o separados” (Art. 75, inc. 12): ¿qué diferencia existe ahora entre una legislación “codificada” y una legislación “complementaria”?

De las fuentes del viejo Código de Comercio —que fue el primero— los autores (Vélez Sarsfield y Acevedo) incorporaron la noción liminar de “empresa” en el derecho argentino (y rioplatense), que se estampó en el Art. 8 del citado digesto legal. Allí aparece por primera vez esa voz del lenguaje mercantil, proveniente de fuentes europeas (y no norteamericanos) que abrevaron en el Código de Comercio promovido por Napoleón, a semejanza de la obsesión codificadora (C. Civil, etc.) inspirada en los ideales de estampar en el molde escrito las normas estables, ciertas y claras que dieran apoyo basal a la necesaria “seguridad jurídica”. Y así llegó y se recepcionó en nuestras tierras.

Francia, que nació unitaria y centralista por antonomasia, “exportó” ese criterio: un solo régimen para una sola Nación. Los EE.UU. optaron —pues provenían de una Confederación y evolucionaron hacia un Estado Federal— por reservar al derecho local la legislación “de fondo”, delegando en el Congreso Federal el tema de las bancarrotas (buena precaución, advertida a tiempo y en la época “fundacional”).

En este caso, felizmente, “copiamos” bien: es lo acertado, vistas las consecuencias —en especial— de los quebrantos fraudulentos (por alguna razón, en los primeros planes de estudio de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se enseñaba en una sola asignatura el “Derecho Mercantil y Criminal”, que más tarde fueron separados, habiendo concluido el proceso “secesionista” con el “grito de Ipiranga” que profirió el Derecho Marítimo o de la Navegación con la escisión obtenida por Leopoldo Melo). Los estadounidenses (U.S.A.) no pudieron evitar la sanción de una ley general para todo el país: el U.C.C. (*Uniform Commercial Code*) que más allá de los pruritos de exacerbada autonomía local, los “Estados” debieron aceptar una legislación uniforme para todo el territorio de USA, y consintiendo así, el famoso “*chapter eleven*” destinado a la reservación y cabotaje de las “empresas” en crisis o default.

No siempre se pueden adoptar todos los regímenes provenientes del derecho norteamericano, no obstante tratarse de formas federativas de ambos Estados (U.S.A. y la Argentina), por cuanto existen diferencias funcionales y, en especial, del orden de la distribución de competencias: como bien lo decía en sus clases, el Prof. Carlos Sánchez Viamonte detectaba que entre los dos sistemas mediaban siete semejanzas, pero también ha-

bía 17 diferencias (sic). Y, podemos agregar ahora, que las asimetrías operan en mayor o menor medida, en la órbita del derecho comercial y, asimismo, en sus proyecciones sobre el derecho procesal correlativo.

La República Argentina ha producido una combinación heterodoxa: por un lado, cuenta con una Constitución que sigue los lineamientos de la de EE.UU. (Filadelfia, 1787) en cuanto al régimen representativo, republicano, federal, presidencialista y con un poder judicial que ha asumido el control de constitucionalidad “difuso”, o sea, a través de la función interpretativa a cargo de todos los jueces y la Corte Suprema como cabeza y jurisdicción final en esa materia. Por otra parte, en EE.UU. impera un régimen legal de “*common law*”, basado en la fuerza de los precedentes; los “*leading cases*” y de la regla “*stare decisis et quia non movere*”, mientras que nuestra tradición legal es de filiación continental-europea, con predominio de la codificación y con otro sistema procesal más apegado a la escritura que a la oralidad (según los fueros). Habría mucho más para añadir sobre esta variedad polimorfa (véase, Vanossi, J. R., “Constitución, jurisprudencia y *writ of certiorari*” en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 10/3/1964) (2) También es cierto que a medida que se producen sus respectivas decantaciones, más allá de las distancias entre regímenes presidencialistas y parlamentarios (éstos predominan en Europa), entre Es-

(2) “Es inútil querer puntualizar los límites de lo controvertible en esta cuestión. Tampoco puede sistematizarse, si no se toman en cuenta —previamente— las diferencias existentes en la base institucional que separa a las distintas realidades que son objeto del estudio. Así, y en el tema, tres enfoques pueden intentarse, si tomamos en cuenta las construcciones operadas en EE.UU. de Norteamericana, en Europa y en la Argentina, como ejemplos. EE.UU. y Argentina tienen en común su sistema representativo, republicano y federal (con matices diferenciales) que forma el “*substratum*” de la idea constitucional que le dio origen. Y si bien ambos adoptan el principio de la división o separación de los poderes, resulta en cambio distinta su concepción de la naturaleza y alcance de la función judicial, que, por otra parte, no es más que una implicancia de la distinta situación que deriva entre una organización de “*common law*” —donde “*judge made law*” y rige el “*stare decisis et quia non movere*”, y otra organización en la que la construcción silogística tiene por contenido necesario el dato de la ley preexistente, que el juez debe aplicar al caso concreto.

Europa y Argentina tienen en común esta última característica, en cuanto siguen fieles al sistema llamado continental, romanista, codificado y racionalista (por oposición al anglosajón del “*common law*” y “*case method*”, que es predominantemente historicista), pero disienten en cuanto a la estructura misma del Poder Judicial, ya que mientras para la concepción europea se trata de una administración de justicia generalmente incapacitada para anular actos emanados de las asambleas legislativas (que son la expresión de la soberanía popular), para los argentinos y los americanos, en cambio, es un Poder de Estado, con igual categoría que los poderes políticos, y que tiene la misión de preservar la supremacía constitucional desconociendo a cada uno de los actos que la contravienen. Es, asimismo, una nota común de los sistemas constitucionales de filiación americana, el “*substratum*” de derecho natural que califica la esencia de los mismos, y que ha sido el principal ingrediente en la formación ideológica de sus creadores y autores”. (ob. cit.).

tados federales y unitarios, entre controles “concentrados” (de raíz kelseniana y en auge en Europa) y los “difusos”, etc.; los procesos de universalización, globalización, regionalización e integración provocan un paulatino acercamiento de los diversos regímenes *legales*. Y donde más se nota esta creciente porosidad es en los instrumentos económicos que tienen como “poleas de transmisión” a las *empresas*, cuyos regímenes legales (sociedades comerciales de todo tipo, mecanismos arbitrales para la solución de conflictos, utilización de la informática de última generación, etc.) se ven compelidos por la impronta de los hechos a tomar en consideración modelos de “leyes uniformes” y otros instrumentos de alcance transcontinental, caminando (¿o corriendo?) hacia la “aldea global”.

V. Conclusiones

1) Hay conceptos constitucionales “abiertos”. Son Cláusulas cuyo alcance depende de los contenidos que resulten de la legislación, la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado.

2) Hay muchos principios y conceptos que están expresados por términos que admitan diversos niveles abarcativos: Ejemplos: “garantías”, “jurisdicción”, “gestión”, y muchos más, tanto en el derecho privado como en el ámbito del derecho público. Eso es propio de la “pirámide jurídica”, y algunos han sido “demonizados” por razones políticas. Pero el proceso de creación y aplicación del Derecho conduce —por etapas— a que cada norma “inferior” (en la pirámide) sea pormenorizadamente en sus contenidos más precisa que la superior, hasta llegar a la pura “ejecución”.

3) Los ciclos económicos o las transformaciones profundas del régimen económico-social, como la “revolución industrial” por ejemplo, también se reflejan en la mutación de las instituciones estatales o privadas. La variedad de formas “empresarias” o “empresariales” es parte de esa evolución histórica universal. Sí aparecieron los “*mergers*”, las “*joint ventures*”, etc., y seguirán apareciendo figuras y formas que evoquen la nostalgia del “*holding*” y de un sinfín de términos que acuñan la cobertura de un decurso dinámico como es el comercio: ¿qué nos deparará el porvenir?

4) La empresa genera ocupación laboral. Es fuente de trabajo. Por ello mismo, es que merece un rango o jerarquía en el contexto de las previsiones constitucionales y, por lo tanto, debemos considerar su figuración, sea explícita o esté implícita.

5) La “EMPRESA” es objeto de tratamiento y estudio o análisis, pero no es sujeto, ya que adopta a esos efectos alguna de las modalidades y de las formas de las “personas jurídicas”. Por ello, los hechos (transformaciones) y el Derecho (el “deber-ser”) no pueden desentenderse entre sí, y, en consecuencia, deben acompañarse para equilibrar la proporción y la relación entre los medios y los fines.

6) Una cosa es privatizar y otra es desregular. La utopía de una “desregulación total” es equivalente a anarquía más “ley de la selva”.

7) Una cosa es regular “razonablemente” (Art. 28) y otra es estatizar o colectivizar. El poder “regulatorio” se basa en el enunciado inicial del Art. 14, del que se desprende que no pueden existir derechos de ejercicio absoluto. Todos los derechos son “relativos”, en lo que hace a la medida de su ejercicio.

8) El criterio de la razonabilidad y las pautas de equidad sobrevuelan en la permanente o recurrente tensión entre el egoísmo salvaje y el estado benefactor “salvalotodo”.

9) Todo lo “viviente” tiene partes o miembros. El cuerpo humano es un ejemplo de ello, visto por el prisma de las ciencias naturales (*latu sensu*), aunque también recibe un “miraje” en el plano de las ciencias del espíritu (Dilthey). En el ámbito más específico del Derecho, es factible situar “vertebraciones” que la praxis podrá desmenuzar más fácilmente que el rigor de la lógica pura o de las modas (pasajeras) de las ideologías.

10) En el caso del Derecho, si bien el símil no es el propio de la ortodoxia de un método “puro”, puede —sin embargo— imaginarse una figura cuya expresividad ayude a comprender el sentido real y funcional del aparato legal que actúa en función de los hechos y actos que se desenvuelven a través de la conducta humana, ya sea mediante el comportamiento individual o de la actividad colectiva, que incluye el desempeño societario. Entonces, podemos imaginar un cuerpo, que contiene las regulaciones normativas (Constitución, códigos, leyes, reglamentos, etc.) y cuyos miembros —que lo movilizan— cuentan en las extremidades inferiores con la Justicia y con la Razón (que les señalan la senda o el camino) y en las extremidades superiores —sus brazos y manos— pueden disponer de la asistencia de la “psicología social” y de “sociología política”, que les brindan el auxilio necesario para que en el obrar no pierdan de vista los datos y los límites que brotan del contexto que les rodea o en el que está inmerso ese cuerpo, que no es inmóvil sino que está impelido a un movimiento

continuo, como es la vida social (recordemos que Herman Heller llamaba a la atención que merecía “la realidad social subyacente”).

Conclusión: El Derecho no puede ignorar, desmentir ni prescindir de ese marco de referencia, tanto en sus dimensiones espaciales cuanto en las temporales. De allí, ese frecuente reproche al Derecho, cada vez que su aparición es extemporánea con respecto a la consumación de los hechos. Una historia plagada de ejemplos negativos, sirve de paradigma en la correcta modelación de las figuras jurídicas que deben sancionarse o reformarse para su oportuna adecuación a lo que se ha dado en llamar “la velocidad” (¿o la fugacidad?) propia del vértigo de la era en la que hoy somos contemporáneos. Ese es el desafío que nos demanda, y no podemos hacer otra cosa que afrontarlo, pero no enfrentarlo o ignorarlo.

Si “para muestra basta un botón”, hoy es común referirse a un derecho empresarial o Derecho de la Empresa, y tan es así que hasta el propio Estado Nacional ha dado reconocimiento a una “Academia Nacional de las Ciencias de la Empresa”; y al margen de las opiniones que se emitan, lo cierto es que tales hechos hablan de por sí. Para quienes no tengan una postura concordante con la expansión del fenómeno empresarial, que ofrece facetas jurídicas, económicas, sociales, financieras, laborales, tecnológicas, ambientales, penales, tributarias, previsionales, de capacitación y de culturalización, en sus reflejos en la comunidad, etc., etc.; pueden refugiarse en la picante locución de un veterano de la política argentina (de sumo prestigio parlamentario) que solía decir, respecto de ciertas realidades que lo sorprendían: “es cierto, pero no es verdad” (sic).

En nuestro caso (la “empresa”), el fenómeno de la globalización nos concede la respuesta. Tan es así que en el derecho comunitario europeo las normas vigentes perfilan a la empresa como “el conjunto de recursos humanos y materiales que, bajo una misma dirección económica, convergen para la realización y logro de un objeto económico”; según se desprende del Tratado de la C.E.C.A., arts. 65 y 66; Tratado de la C.E.E., arts. 85, 86 y 90 (véase: “Vocabulario Jurídico”, Asociación Henri Capitant, Ed. Temis, 1995, pp. 344 y 345; y en la misma obra se pueden ver los vocablos “empresa común”, “empresa multinacional”, “empresa nacional”, “empresa pública” y “empresa unipersonal”).

Ha sido una frustración lo acaecido en el trámite aprobatorio del proyecto de “Constitución Europea” elaborado por la Comisión que presidió Valéry Giscard D’Estaing, a quien el Consejo europeo de Laeken lo nombró presidente de la “Convención Europea” y que fuera presentada

el 15 de Julio de 2003, la que no obtuvo la ratificación a causa del rechazo en el referéndum francés y por parte de Holanda. Pero creemos que ese tropiezo no habrá de cercenar el ancho y profundo cauce de institucionalización de nuevas formas que abrirán paso a la organización, funcionamiento y desarrollo de una herramienta tan imprescindible como es la “empresa”.

La disección o análisis pormenorizado de los textos constitucionales no arriba al hallazgo milagroso del “*deus ex machina*”, figura del teatro antiguo cuya divinidad producía con su sorpresa llegada al escenario la solución de las más intrincadas situaciones. Las “empresas” tampoco se transforman en el dios “demiurgo” y super-creador imaginado por los platónicos; pues basta con el examen de sus potencialidades para aquilatar y comparar con ecuanimidad y realismo sus diferencias o equivalencias en bondades y en eficiencia con relación a otros entes.

Para concluir, es justo rescatar que la arriba mencionada “Constitución de la Unión Europea” incluye en la Subsección I (“Normas aplicables a las Empresas”) un conjunto de disposiciones de relevante importancia y que abordan regulaciones (sin que el vocablo sea “demonizado”) referentes a la incompatibilidad y prohibición de todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto “impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior” (Art. III-161); como así también la prohibición de “la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado interior por parte de una o más empresas” (Arts. III - 162 - 163 - 164). No escapan a la sanción condenatoria las empresas públicas y las empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos (Art. III - 166). Y esta misma norma refuerza el cuidado de la “competencia” (clave de bóveda del régimen económico) con un segundo inciso que expresa: “2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal estarán sujetas a las disposiciones de la Constitución, en particular a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas disposiciones no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo del comercio no deberá verse afectado de forma contraria al interés de la Unión”.

Queda a la vista un capítulo jugoso del “más allá” de la EMPRESA.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO INSTANCIA JURISDICCIONAL SUPERIOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

POR GREGORIO BADENI (*)

Conforme al art. 31 de la Convención de Viena, los tratados deben ser interpretados de buena fe, según el “*sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. Asimismo, se considerará todo acuerdo referente al tratado sobre su modalidad de interpretación, incluyendo la previsión de órganos encargados de efectuar esa interpretación.

Ese principio fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso “*Ekmejdjian c/ Sofovich*”, (1) cuando declaró la vigencia operativa del derecho de rectificación o respuesta previsto en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La mayoría consideró que se imponía su operatividad no sólo porque lo permitía la redacción del art. 14, sino también debido a que la institución estaba contemplada en una convención internacional cuyo cumplimiento era exigible por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 23 de julio de 2009.

(1) Fallos C.S. 315:1492 del 7 de julio de 1992.

Asimismo, el Tribunal añadió que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debía “guiarse por la jurisprudencia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en la Opinión Consultiva 7/86 expresó que el derecho de rectificación o respuesta era exigible internacionalmente. El hecho que la Convención autorice a los Estados a reglamentar ese instituto, no impide su exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones.

La mayoría se abstuvo de analizar si la cláusula internacional constituía un acto de censura para la libertad de prensa, expresamente prohibido por el art. 14 de la Constitución. Con este pronunciamiento fue modificada la jurisprudencia de la Corte que requería la previa reglamentación, (2) criterio que mantuvo el juez Augusto Belluscio en su voto en disidencia. Otro tanto el juez Ricardo Levene (h.) para quien, además, el reconocimiento del derecho de rectificación o respuesta podía llegar a colisionar con la libertad de prensa tutelada por los arts. 14 y 32 de la Constitución, lo cual imponía una interpretación restrictiva del art. 14 de la Convención.

La interpretación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los criterios pro homine expuestos en su art. 29, pueden resultar de una proposición o recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 34 a 51), así como también de una opinión consultiva o sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (arts. 52 a 73).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada mediante la ley 23.054 sancionada el 1° de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984 y publicada el 27 de marzo de 1984 (Adla, XLIV-B, 1250). En su art. 2° reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido. En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, admite su competencia respecto a la interpretación o aplicación de esa Convención bajo condición de reciprocidad.

Cuando el Presidente de la República, Raúl Alfonsín, ratificó la Convención el 14 de agosto de 1984, determinó cuáles eran las “condiciones de su vigencia” a que alude el art. 75, inc. 22, de la Constitución. En esa ratificación se dispuso:

(2) Fallos C.S. 310:508 del 12 de marzo de 1987 (caso “Costa c. Municipalidad”); 311:2453 y 2497 del 1° de diciembre de 1988 (casos “Sánchez Abelenda c. Ediciones de La Urraca” y “Ekmekdjian c. Neustadt”).

1) Las competencias de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se acepta “*con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el documento anexo*”.

2) Las obligaciones contraídas con motivo de la Convención, “*sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento*”. Se veda su aplicación o interpretación con efectos retroactivos.

3) La Convención se “*interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con las que resultaren de reformas hechas en virtud de ella*”.

Cabe entender que, en “las condiciones de su vigencia”, y conforme al art. 19 de la Convención de Viena, importa una subordinación, en la tarea interpretativa del documento internacional, a la Constitución y que, la interpretación de esta última no incumbe a un tribunal internacional sino, en última instancia, a la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, al declararse que la Convención no puede ser interpretada o aplicada con efecto retroactivo, el Estado se acogió a la potestad que le otorga el art. 28 de la Convención de Viena que establece la irretroactividad de los tratados.

En el anexo de la ratificación se estableció:

1) El art. 21 de la Convención queda sujeto a una reserva por la cual no son revisables por un Tribunal Internacional las cuestiones referentes a la política económica del gobierno.

2) Tampoco es revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública, interés social e indemnización justa.

3) El art. 5º, inc. 3º, de la Convención debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender a la persona del delincuente. Se excluyen las sanciones penales vicariantes.

4) El art. 7º, inc. 7º, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la detención por deudas “*no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento*”.

mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente”.

5) El art. 10 de la Convención debe “*interpretarse en el sentido de que el error judicial sea establecido por un Tribunal Nacional*”. Ese error no puede ser declarado por un tribunal internacional.

Estas reservas y aclaraciones son importantes porque, la incorporación de la Convención al derecho interno no se operó con su aprobación legal, sino con su ratificación internacional y depósito del instrumento ratificatorio. (3) Tales son las “condiciones de su vigencia”.

Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos existen dos órganos competentes para intervenir en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados que son parte de ella: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión es un organismo de naturaleza política que integra la Organización de los Estados Americanos. Representa a todos los Estados miembros de esa Organización y sus integrantes son elegidos por la Asamblea de la Organización (arts. 35 y 36). Es un ente previsto en el art. 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que, al margen de las funciones que le asigna ella —presentar informes sobre el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre— también le corresponde igual potestad con referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos pero limitada respecto de los Estados Partes de ella.

El art. 41 de la Convención establece las funciones de la Comisión: 1) fomentar la conciencia de los derechos humanos en las naciones americanas; 2) formular recomendaciones a los Estados para que adopten medidas en favor de los derechos humanos dentro de su derecho interno; 3) preparar estudios o informes convenientes para el desempeño de sus funciones; 4) solicitar a los Estados que presenten informes sobre las medidas internas adoptadas en materia de derechos humanos; 5) atender las consultas sobre derechos humanos que le formulen los Estados a través de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos;

(3) Conf. GERMÁN BIDART CAMPOS, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. III, p. 115, Ediar, Buenos Aires 1989.

6) presentar un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos; 7) conforme a los arts. 44 a 51 de la Convención, efectuar las comunicaciones pertinentes y atender las peticiones que se le formulen. Con la salvedad de esta última función, aplicable sólo a los Estados Partes de la Convención, las restantes pueden tener relación con cualquier miembro de la Organización de los Estados Americanos, conforme resulta de la Opinión Consultiva 13/93 emitida por la Corte Interamericana de Derecho Humanos el 16 de julio de 1993.

Los arts. 44 y 45 disponen que cualquier persona puede denunciar ante la Comisión el incumplimiento de la Convención por un Estado Parte, y también un Estado Parte respecto de otro. Para dar curso a la petición es requisito que se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna, salvo que en el Estado Parte su legislación interna no se adecue a los principios del debido proceso para la tutela de los derechos que habrían sido violados, o no se haya permitido al denunciante el acceso a la jurisdicción interna, o exista un retardo injustificado en la tramitación de las vías jurisdiccionales internas (art. 46).

Si se cumplen los requisitos formales y sustanciales por el peticionario, la Comisión requerirá información al Estado en cuyo ámbito actúa la autoridad que habría incurrido en la violación, la cual deberá ser presentada en el plazo que aquella determine. Presentado el informe, o vencido el plazo sin que se produzca, la Comisión podrá archivar las actuaciones si estima que no existen o se han diluido los motivos sobre los cuales se basó la petición. Caso contrario, la Comisión procederá a examinar la cuestión planteada y las pruebas producidas pudiendo, en cualquier momento, requerir información y datos complementarios a las partes (art. 48).

Sobre la base de los elementos analizados, la Comisión se pondrá a disposición de las partes para concretar una solución amistosa en función del resguardo de los derechos humanos comprometidos. Si se arriba a esa solución, la Comisión redactará un informe que hará conocer a las partes y a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos para su publicación. De no concretarse la solución, la Comisión elaborará un informe con sus conclusiones que podrá contener proposiciones y recomendaciones (arts. 48 a 50).

Si dentro de los tres meses de ser notificado el informe a las partes no se soluciona la cuestión planteada, o si ella es sometida a la decisión de la Corte Interamericana por la propia Comisión o el Estado interesado, la

Comisión emitirá su opinión y conclusiones sobre el caso por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros. La Comisión, sobre la base de tales conclusiones, fijará un plazo para que el Estado adopte las medidas necesarias para remediar la situación planteada y decidirá, una vez vencido dicho plazo, si sus recomendaciones fueron acatadas (art. 51).

¿Son obligatorios para el Estado los informes del art. 50 o las recomendaciones del art. 51? Considerando que no se trata de un organismo jurisdiccional sino político, cuya función es procurar la concreción de una solución consensuada o aceptada por las partes, se entiende que los informes y recomendaciones no son vinculantes para el Estado, sin perjuicio de procurar su cumplimiento conforme a los principios de buena fe. (4)

Tal ha sido también el temperamento adoptado por la Corte Suprema de Justicia, Si bien se admite que los informes de la Comisión constituyen una guía para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el apartamiento de ellos no acarrea la responsabilidad internacional del Estado. (5)

A diferencia de la Comisión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un organismo que tiene jurisdicción internacional. Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte puede actuar como un organismo de consulta o como tribunal encargado de resolver una controversia.

El art. 64 de la Convención dispone que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, y no solamente los Estados Partes, pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de aquella o de otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La consulta también puede provenir de los órganos que menciona el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos: Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores,

(4) Sobre el particular son ilustrativas las publicaciones de Siro de Martini y Francisco Pont Verges, "Valor de los pronunciamientos de órganos de derechos humanos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos en nuestro derecho interno", *El Derecho*, Buenos Aires 7, 8 y 11 de agosto de 2008; Juan C. Hitters, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *LA LEY*, 2008-E, 1169.

(5) Fallos C.S. 318:514 (*LA LEY*, 1995-D, 462); 319:1840 (*LA LEY*, 1996-E, 409); 315:319; 321:3555; 322:2488 (*LA LEY*, 2000-B, 108); 323:4130 (*LA LEY*, 2001-B, 64); 325:2322; 328:3399 y 4343; 329:3681.

Comité Consultivo de Defensa, Consejo Permanente y Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Las opiniones consultivas que emite la Corte, por ser tales, no son de cumplimiento obligatorio y el Estado que se aparta de ellas no incurre en responsabilidad internacional.

Así lo entendió la propia Corte en su Opinión Consultiva 1/82 emitida el 24 de septiembre de 1982. Tras formular diversas consideraciones con su habitual falta de claridad y concisión, destacó: *“En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jurídica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de Derecho. En el Derecho Internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado. Además, si se planteara concretamente dicha contradicción, no se estaría frente a un hecho de mayor gravedad. No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así, menos razones existen para sacar argumento de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico”* (consid. 50 y 51).

La Corte Suprema de Justicia, a igual que respecto de los informes de la Comisión, entiende que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana si bien no son obligatorias, deben ser debidamente valoradas y compartidas a los fines de la interpretación de la Convención.

La Corte Interamericana, al margen de las opiniones consultivas, puede ejercer su función jurisdiccional en aquellos casos sometidos a su deci-

sión por un Estado Parte o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 61), una vez agotadas las actuaciones ante la Comisión.

El fallo que dicte la Corte es definitivo e inapelable (art. 68). Así lo admitió el Estado argentino cuando, por ley 23.054, aceptó su competencia para interpretar o aplicar la Convención. Consideramos que esa aprobación está condicionada a las reservas y condiciones expuestas por el Poder Ejecutivo cuando procedió a la ratificación de ese documento internacional, conforme el art. 19 de la Convención de Viena.

Los Estados Partes deben cumplir la sentencia en todas sus partes (art. 68). Si ella afirma la violación de un derecho protegido por la Convención, la Corte dispondrá: 1) que se garantice al lesionado en el goce de su derecho; 2) si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la vulneración del derecho y el pago de una indemnización justa a la parte lesionada (art. 63). Asimismo, si se ordena una indemnización compensatoria, ella será ejecutable por el procedimiento interno que rige para la ejecución de sentencias contra el Estado y se concretará en el Estado a cuyas autoridades se les atribuye la violación del derecho (art. 68). Como en la generalidad de los procedimientos que se desarrollan ante los tribunales internacionales, la Convención autoriza a la Corte a dictar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, cuando resulte necesario para evitar daños irreparables a las personas (art. 63). Tales medidas pueden ser dictadas a pedido de la Comisión antes de quedar el caso sometido al conocimiento de la Corte.

Las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos erga omnes, pues sólo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa (art. 68), aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados.

Las sentencias condenatorias aplicadas a un Estado por la violación de derechos humanos acarrearán, generalmente, dos obligaciones: 1) reparar el daño causado; 2) adoptar las medidas positivas necesarias para evitar la reiteración del hecho ilícito consistente en no honrar las obligaciones internacionales.

Aguiar, (6) tras describir las dificultades que se presentan para elaborar una teoría uniforme acerca de la responsabilidad internacional del Estado

(6) ASDRUBAL AGUIAR, "Código de Derecho Internacional", p. 276 y ss., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2006.

por sus hechos internacionalmente ilícitos, destaca que toda violación de un compromiso internacional trae aparejada la obligación de reparar de una manera adecuada. La responsabilidad del Estado, tanto en el ámbito privado como en el público, es esencialmente reparatoria de los daños materiales y morales ocasionados. Alcanza el daño emergente y el lucro cesante, aunque no se limita a ellos como consecuencia del principio de reparación integral.

En tal sentido, el art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la sentencia debe condenar al Estado infractor a: 1) restablecer la vigencia del derecho vulnerado; 2) reparar, si es viable, las consecuencias de la violación; 3) ordenar, si corresponde, el pago de una indemnización justa.

Hitters describe algunas formas de reparación impuestas por la Corte Interamericana a los Estados Partes en sus sentencias. (7) La indemnización a las víctimas y sus familiares; ordenar la supresión de las normas que colisionan con las cláusulas de la Convención, incluyendo las de naturaleza constitucional; (8) de existir un vacío normativo, cubrirlo dictando los preceptos pertinentes que sean acordes con la Convención; pedir perdón o dar disculpas públicas a los afectados; organizar y dictar cursos sobre derechos humanos; erigir monumentos; prohibir la pena de muerte; ordenar el juzgamiento de personas soslayando el principio *non bis in idem* y la cosa juzgada, así como también las amnistías, indultos (9) y prescripciones de las acciones judiciales.

¿Qué consecuencias acarrea el incumplimiento de la sentencia por el Estado? En realidad, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden en los hechos ser desconocidas por el Estado, y como ese organismo carece de imperium no puede ejecutar la sentencia

(7) JUAN CARLOS HITTERS, "Responsabilidad del Estado por violación de los tratados internacionales", LA LEY, 2007-C, 875.

(8) Sentencia del 5 de febrero de 2001 en el caso "Olmedo Bustos v. Chile" (LA LEY, 2001-C, 135)

(9) Casos "La Cantuta v. Perú" del 29 de noviembre de 2006; "Masacre del Pueblo Bello v. Colombia" del 31 de enero de 2006; "Masacre de Mapiripán v. Colombia" del 15 de septiembre de 2005; "Raxcacó Reyes v. Guatemala" del 15 de septiembre de 2005; "Gutiérrez Soler" del 12 de septiembre de 2005; "Yatama v. Nicaragua" del 23 de junio de 2005; "Cantos v. Argentina" del 28 de noviembre de 2002; "Bulacio v. Argentina" del 18 de septiembre de 2003; "Acosta Calderón v. Ecuador" del 24 de junio de 2005; "Kimel v. Argentina" del 2 de mayo de 2008.

ni dispone de medios para exigir su cumplimiento. Es cierto que, conforme al art. 27 de la Convención de Viena los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales y que, el incumplimiento genera su responsabilidad internacional, con la salvedad de la hipótesis expuesta en el art. 46 de esa Convención. A lo sumo, el incumplimiento se traducirá en una nueva violación del orden internacional.

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas establece que, si una de las partes en un litigio no cumple con las obligaciones que le impone un fallo de la Corte Internacional de Justicia, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad el cual podrá, si lo considera necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de hacer efectiva la ejecución de la sentencia (art. 94) (10)

Con similares alcances, el art. 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que la Corte Interamericana de Derechos Humanos someterá un informe anual sobre su labor a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, y de manera especial, las recomendaciones pertinentes sobre los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

En ambos casos, y al margen del grado de credibilidad que podrá merecer el Estado que no cumple con sus obligaciones en el orden internacional, la definición del caso responderá a un enfoque netamente político y no jurídico. Serán considerados los efectos que pueda acarrear la presión que, eventualmente, podrá ejercer el organismo internacional sobre la convivencia armónica de los Estados y la subsistencia de la propia estructura de la organización internacional. La decisión será política y realista, no jurídica y moralista, con prescindencia del respeto que merecen los derechos humanos.

Esta conclusión resulta evidente a la luz de un enfoque empírico de las relaciones internacionales. Basta advertir, para no remontarnos al siglo XX, las graves lesiones a los derechos humanos que se producen impunemente en aquellos Estados en los cuales imperan sistemas políticos absolutistas, autocráticos o autoritarios. Además, es significativo advertir como algunos pensadores que proclaman fervientemente su adhesión a la existencia de una comunidad internacional, a la trascendencia de los derechos humanos, ignoran tales aberraciones por razones ideológicas.

(10) Hasta el presente jamás se presentó el caso concreto.

Esto nos conduce, una vez más, a sostener la subsistencia en las relaciones internacionales de dos concepciones. Una considera teóricamente que un orden político racional y moral está impuesto por la costumbre internacional y principios abstractos que serían universalmente válidos. Ellos reflejan la propia naturaleza humana y su relatividad social obedece a una educación insuficiente, a la falta de conocimiento y comprensión, o la desnaturalización gestada por sociedades minoritarias. Para erradicar la relatividad y afianzar la solidez de una comunidad internacional propician fomentar la educación, aunque no tienen reparos para que se acuda a la fuerza para el logro de su objetivo.

La otra concepción, esencialmente realista, es partidaria de una evolución. Es un error ignorar las bondades y defectos de la naturaleza humana que se proyectan en el comportamiento de las sociedades pues, los principios morales en la convivencia internacional no pueden ser realizados coactivamente sino a través de un proceso que procure la armonía y equilibrio de valores e intereses.

Para la concepción realista, corresponde procurar la conciliación de los intereses contrapuestos de los Estados, como sinónimo de conciliación de poderes políticos y no de otra índole. Así como el economista piensa en términos de utilidad, el jurista en términos de adecuación de las conductas a las normas jurídicas, el moralista en la conformidad de las acciones con los principios éticos, el realista piensa en términos de interés como poder político. (11) Para el realista el análisis debe responder a un criterio político, al cual subordina lo económico, jurídico y ético, aunque sin desconocer su existencia e importancia. Se opone, por ende, a una simple visión legal y moralista de la política internacional en materia de derechos humanos.

Los partidarios del realismo destacan que, la defensa de los intereses nacionales, es la esencia de la política exterior de todo Estado moderno. Esa defensa es la causa fundamental de la rivalidad de los Estados cuyo desconocimiento importa ubicarse en un ámbito utópico. En modo alguno propician fomentar las rivalidades, sino destacar como hecho objetivo que ellas existen y que solamente pueden ser superadas mediante las negociaciones que desemboquen en una conciliación. Pero, esa meta es inimaginable prácticamente mediante un sistema jurídico o las sentencias de un tribunal internacional.

(11) HANS MORGENTHAU, en "Teorías contemporáneas sobre relaciones internacionales", p. 93, Ed. Tecnos, Madrid 1963.

En cierto modo, sería una hipocresía afirmar que los Estados deben ser sancionados por no cumplir con las normas legales de carácter internacional, cuando bien sabemos que ello sería imposible si se trata de una potencia importante. ¿Acaso se concibe una sanción, y su consecuente ejecución, respecto de China por violar los más elementales derechos humanos o, hasta no hace muchos años atrás, respecto de la Unión Soviética por los millones de personas asesinadas o degradadas en su condición humana? ¿Qué hacen o hicieron en tales casos los moralistas, cuando muchos de sus intelectuales simpatizan o simpatizaban con los sistemas políticos autoritarios imperantes, ya sea por convicción o por su desprecio para con los valores democrático constitucionales vigentes en otras potencias? Si se quiere ejecutar una sentencia de cualquier tribunal internacional contra una gran potencia que se niega cumplirla, la única vía factible serían las sanciones económicas internacionales o la fuerza de las armas, en ambos casos con resultados inciertos y peligrosos para la humanidad. Pero lo que sí es cierto es que, tales medidas, importarían un retroceso en el plan de consolidar una auténtica comunidad internacional.

La aplicación de tales medidas puede colmar las aspiraciones de los idealistas y de los intelectuales encerrados en una campana de cristal, porque ellos desean imponer un criterio único de organización social e internacional que suele degenerar en el imperialismo autoritario, con su secuela de violación de los derechos humanos.

Al margen de estas consideraciones, lo cierto que en el siglo XXI la tesis de que los Estados no tienen obligaciones morales o que los tratados no tienen validez, no es sostenida ni siquiera por los más entusiastas defensores del nacionalismo poco predispuestos a impulsar la cooperación internacional. Pero también es cierto que muchas veces presenciemos Estados que violan tratados negando haberlo hecho, o invocando intereses nacionales para encontrar una justificación moral a sus conductas.

En un sector importante de nuestra doctrina se afirma con énfasis que la existencia de una comunidad internacional avala la aplicabilidad de la costumbre internacional o del *jus cogens*, llegando al extremo de otorgar, a las normas que emanan de ellas, una jerarquía superior al texto de la Ley Fundamental. Otro tanto se advierte en los votos de algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia, así como también en los informes de la Comisión y en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por nuestra parte, aceptamos la existencia de comunidades regionales. Especialmente la comunidad integrada por los Estados que se encuentran en el continente europeo, con exclusión de algunos pocos de ellos que no han completado su proceso de integración. Pero no siempre se ha brindado una respuesta satisfactoria a la pregunta: ¿existe realmente una comunidad internacional?

Admitimos la presencia de una suerte de estereotipo, de una creencia generalizada, aunque irracional, que sostiene la existencia de una comunidad internacional por el simple hecho de existir Estados cuyos habitantes se comportan de manera similar reflejando una aparente comunidad de ideas. Se admite, sin discusión previa que es una verdad. Que estamos en el ámbito de una comunidad internacional consolidada que, como tal, es estable, permanente y definitiva. No de un proceso hacia la integración comunitaria, sino de una comunidad afianzada.

Un análisis empírico nos permite cuestionar esa presunta verdad.

Una comunidad internacional presupone la vigencia del principio de igualdad entre sus miembros. La igualdad no puede ser absoluta, pero, al menos, es incompatible con las discriminaciones arbitrarias. Nos referimos tanto a la discriminación de las comunidades nacionales respecto de las minorías por razones religiosas, raciales o por ser extranjeras, sino también a la discriminación de los Estados entre sí. Se recuerda la exposición de Neville Chamberlain en la Cámara de los Comunes el 21 de junio de 1938 con motivo de los bombardeos japoneses sobre las ciudades chinas: *“Si no fuese porque China está tan lejos, y que las escenas que tuvieron lugar allí estaban tan distantes de nuestra conciencia cotidiana, los sentimientos de horror, de piedad y de indignación que despertaría la observación de estos acontecimientos, impulsarían a nuestro pueblo a actos que quizás nunca había imaginado”*. Esas palabras, expuestas hace más de setenta años, las podríamos repetir en nuestros tiempos, y con igual firmeza, respecto de las penurias del pueblo de Afganistán, Irak, Palestina, Israel, Pakistán, India y de otros Estados. Hasta no hace muchos años atrás, era manifiesta la indiferencia de los pueblos extranjeros —con la salvedad de muy pocos— sobre los atentados terroristas en Irlanda y España. Otro tanto la devastación, por fenómenos naturales, en lejanos países asiáticos donde, con cierta cuota de morbosidad, el interés recaía sobre la magnitud del hecho y no sobre los padecimientos de un pueblo. Por su parte, el reconocimiento del principio de igualdad entre los Estados, muchas veces tiene carácter meramente formal. Desde una óptica

realista, es fruto de las concesiones otorgadas por las potencias dominantes para coadyuvar a una convivencia armónica entre las naciones. Sin embargo, en mayor o menor grado, ellas se diluyen cuando se plantea un conflicto de intereses inconciliable. Acaso ¿podemos afirmar que en el seno de la Organización de las Naciones Unidas es igual la gravitación y la envergadura del poder político de todos sus miembros? Entendemos que no. En determinados casos advertimos que los derechos de ciertos Estados están a la merced de la benevolencia de otros, y eso no es igualdad.

Hasta nuestros días, felizmente, se condenan las atrocidades perpetradas por el nazismo en Europa y por el imperialismo japonés en Asia desde fines de la década del treinta del siglo XX, y se aplauden las reparaciones de que fueron objeto, parcialmente, al concluir la Segunda Guerra Mundial. Pero cayeron en el olvido los millones de seres humanos que fueron despojados de su dignidad y vida en los gulags soviéticos por obra de un régimen que, hasta la caída del muro de Berlín, mereció la ponderación de los partidarios del comunismo en todo el mundo. El silencio acogió, en 1955, la libertad de miles de prisioneros de guerra del ejército alemán por la Unión Soviética que fueron obligados, junto con otros tantos que no sobrevivieron, a prestar trabajos forzados y en condiciones absolutamente vejatorias. Y, como hecho puntual, ¿qué reparación mereció en 1945 —y hasta la actualidad— la masacre de los bosques de Katyn cuando, en 1940, y por orden expresa de Stalin, fueron ejecutados en el curso de dos semanas más de 20.000 prisioneros de guerra del ejército polaco? Ninguna. O bien no fueron calificados como crímenes de guerra y lesa humanidad —lo cual sería un absurdo— o porque Stalin en su carácter de líder de la Unión Soviética hasta 1953, no podía ser calificado internacionalmente de genocida debido a que era el jefe político de una de las grandes potencias mundiales. ¿Pero, dónde se hallaba y se halla la costumbre internacional y el *jus cogens*?

La otra condición para afirmar la presencia de la comunidad internacional, reside en que todos los Estados deben estar dispuestos a satisfacer el bien común, inclusive, a costa de su bienestar. A pesar de las buenas intenciones expuestas por los Estados formalmente en los documentos internacionales, el bienestar individual de cada uno de ellos tiene preferencia sobre el bienestar de la comunidad internacional que afirman integrar. Semejante actitud es incompatible con la existencia de una auténtica comunidad internacional, y con los principios resultantes de la tan invocada costumbre internacional o del *jus cogens*. Es que, tanto a la luz de un enfoque realista como de uno moral, el bien de la parte no puede ser más

importante que el bien del todo. Mientras se advierta que, en el orden internacional los hechos consumados por la fuerza potencial se impone sobre otros valores, y que el interés particular no cede ante el interés general, la existencia de una comunidad internacional consolidada es una falacia.

No desconocemos la existencia, desde hace más de cincuenta años, de un proceso de integración o aproximación de las naciones con el propósito de forjar una comunidad internacional y que ella se pueda consolidar. Es una senda correcta en el marco del dinamismo social y de la creciente interdependencia de los Estados. Un proceso que se debe desarrollar conforme a la realidad social, y no a las elucubraciones teóricas de aquellos que aspiran a precipitar el curso de la historia imponiendo conceptos que no siempre integran la idea política dominante de todos los pueblos. Así, Gutiérrez Posse (12) escribe que algunas normas contenidas en los tratados, *“por el hecho de su aplicación generalizada, son vinculantes no sólo para los Estados que expresaron su consentimiento en obligarse por el tratado en cuestión sino que también son vinculantes para quienes no son Parte porque reflejan o han generado una regla consuetudinaria de contenido similar”*. Pero, previamente, alude a la costumbre como *“prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”*. Pero ¿cuáles son las naciones no civilizadas?; ¿se aplican a ellas también tales principios pese a que, por la ausencia de civilización, no cabe integrarlas en ese mundo globalizado?; y de ser así ¿podemos extender a ellas la integración en la comunidad internacional?

En este aspecto, nos parece atinada la aseveración de Travieso que el *“factor esencial será la incorporación de la democracia representativa y del pluralismo político como base de la estabilidad...”*, no solamente para superar una crisis regional, sino para concretar la existencia de la comunidad internacional. (13)

La comunidad internacional está en formación así como también la idea social dominante que le debe servir de sustento y que, no necesariamente,

(12) HORTENSIA GUTIÉRREZ POSSE, “El valor de la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales en la determinación de las reglas de derecho. Crímenes de guerra y terrorismo internacional”, p. 55 y 56, en “Derecho Internacional”; Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, septiembre de 2002.

(13) JUAN ANTONIO TRAVIESO, “Historia de los Derechos Humanos y Garantía”, p. 281, Heliasta, Buenos Aires 2005.

coincide con la de los partidarios por precipitar la conclusión de dicha evolución. Creer que ese proceso concluyó en el orden mundial y que, como consecuencia, debemos obrar conforme a una nueva tipificación política internacional, es incurrir en una actitud equivocada, o en el mejor de los casos, confundir la utopía con la realidad.

El art. 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que los fallos de la Corte Interamericana son definitivos e inapelables, y que los Estados Partes se comprometen a cumplir sus decisiones en los casos en que intervengan ante ese tribunal.

La ley 23.054 que aprobó la Convención, estableció que se reconoce la competencia de la Corte Interamericana sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esa Convención, bajo condición de reciprocidad. Lo propio decidió el Poder Ejecutivo cuando ratificó la Convención. Así lo hizo formulando la salvedad respecto de las reservas formuladas, entre las cuales, con referencia al art. 10, expresó que esa norma debía ser interpretada en el sentido “*de que el error judicial sea establecido por un Tribunal Nacional*”. Esto significa que la indemnización reconocida a quien es condenado por sentencia firme que incurre en un error judicial, requiere que ese error sea declarado por un tribunal nacional y no por la Corte Interamericana.

Entendemos que la aprobación y ulterior ratificación de la Convención, en modo alguno podían modificar el contenido de los arts. 108 y 116 de la Constitución porque mediante la sanción de una ley y ratificación de un tratado internacional no se estaba ejerciendo el poder constituyente. Sin embargo, como la Convención reformadora de 1994 incorporó al art. 75, inc. 22, de la Constitución aquel documento internacional “en las condiciones de su vigencia”, se podía entender que había variado la situación jurídica.

Sagüés considera que la Corte Interamericana está habilitada para dejar sin efecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cuando violan los principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual importa reconocer una instancia judicial superior. Añade que, como consecuencia, la Corte Suprema ha dejado de ser suprema en las materias reguladas por esa Convención. (14) Similar postura era la de Morello para

(14) NÉSTOR P. SAGÜÉS, “Manual de Derecho Constitucional”, pp. 176 y 395, Astrea, Buenos Aires 2007.

quien nuestro Alto Tribunal no pronunciaba sentencias definitivas sobre materias previstas en la Convención, pues ellas estaban sujetas a la revisión de la Corte Interamericana. (15)

De estas opiniones se infiere que, con la reforma constitucional de 1994, se procedió, elípticamente, a modificar los arts. 108 y 116 de la Ley Fundamental. Sin embargo, la Convención reformadora no estaba habilitada para alterar los alcances de tales normas. El Congreso, en ejercicio de la función preconstituyente, no declaró la necesidad de reformar esos preceptos.

Bidart Campos sostenía que no se había introducido modificación alguna en el art. 116 de la Constitución, por cuanto correspondía a la Corte Suprema entender en todos los casos que versaban sobre puntos regidos por los tratados internacionales y de manera excluyente. La competencia asignada a la Corte Suprema, en modo alguno podía ser objeto de una prórroga de la jurisdicción argentina, porque la jurisdicción federal resultante del art. 116 es improrrogable. Por otra parte, añadía Bidart Campos, *“no se sustituye el juzgamiento por los tribunales argentinos, ya que para el acceso de un caso a la Corte Interamericana, previa intervención de la Comisión, los particulares denunciantes de violaciones al Pacto de San José deben agotar, como principio, las instancias internas ante los tribunales argentinos”*.

Para Bidart Campos, la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, no implicaba la violación de la cosa juzgada interna, pues el juzgamiento internacional no era una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina. La Corte internacional, no era tribunal de alzada ni revisaba una sentencia dictada por los tribunales locales, porque intervenía en procesos internacionales independientes de los tramitados ante los tribunales argentinos. Son nuevos juicios distintos de los concluidos en sede interna. (16) Pero, a continuación el autor esbozaba un argumento cuestionable: *“La situación más delicada se configura, sin duda, si en un proceso judicial ante tribunales argentinos se dicta una sentencia que, en aplicación de la Convención, resuelve que no se ha violado el derecho o la*

(15) AUGUSTO M. MORELLO, “Estudios de Derecho Procesal”, t. II, p. 1209, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998.

(16) GERMÁN BIDART CAMPOS, “Manual de la Constitución Reformada”, t. III, pp. 556/559, Ediar, Buenos Aires 2001.

libertad presuntamente agraviados y, posteriormente, la Corte Interamericana decidiera que Argentina ha violado dicho derecho o libertad. En este caso, habría sobre la misma violación dos decisiones opuestas: una interna argentina y otra internacional". Ofreciendo una respuesta, para Bidart Campos la situación no era en rigor delicada, porque el tema de debate en la jurisdicción interna era diferente del que compone la jurisdicción internacional. La Corte Interamericana no se pronunciaba por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto interno, ni le interesaba la cuestión. Ella se limitaba a verificar la concordancia de ese acto con la Convención Americana. "Y esto es lo que interesa una vez que, consentida la jurisdicción supraprestal por nuestro país, se asume el riesgo de que una sentencia de la Corte Interamericana sea susceptible de resultar opuesta a la que, en instancia final, se ha dictado anteriormente en jurisdicción interna". Pero, en el marco de este pensamiento, la diferencia entre la jurisdicción interna y la externa es meramente formal. Si la Corte Interamericana califica de violatorio de la Convención el acto gubernamental interno —sentencia de la Corte Suprema— y ordena la reparación pertinente, está obligando al Estado a dejar sin consecuencias los efectos de la sentencia de la Corte Suprema. En otras palabras, y desde un punto de vista realista, está revocando la sentencia de ese tribunal aunque el autor lo niegue con un enfoque formalista. De ahí que, acudir como Bidart Campos a la existencia de dos jurisdicciones distintas, para aseverar que la Corte Suprema no ha dejado de ser "suprema" o que la Corte Interamericana no revisa ni revoca la sentencia argentina, es una afirmación esquemáticamente válida pero desprovista de realismo en cuanto a sus efectos.

En nuestra opinión, es indudable que los fallos de la Corte Interamericana, que condenan al Estado argentino por violación de los derechos humanos conforme a la reglamentación de ellos contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser objeto de estricto cumplimiento, siempre y cuando no importen, a su vez, una violación de los preceptos de la Ley Fundamental.

Como principio general, la instrumentación del cumplimiento del fallo condenatorio incumbe al Congreso o al Poder Ejecutivo, pero sin poder apartarse de las atribuciones específicas que les confiere la Constitución.

Ese cumplimiento, también le podría corresponder al Poder Judicial en cuanto es un órgano del gobierno estatal.

Ahora bien, si la ejecución del fallo es impuesta a la Corte Suprema por razones funcionales, y para ello debería dejar sin efecto, total o parcialmente, una sentencia dictada en el caso concreto que motivó el pronunciamiento de la Corte Interamericana, entendemos que esa imposición es inaceptable.

No solamente porque nos enfrentaríamos con una nueva instancia judicial, que privaría a nuestra Corte del carácter de “suprema” que le asigna la Ley Fundamental, sino también porque se estaría alterando nuestro orden constitucional más allá de lo autorizado por la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) cuando declaró la necesidad de la reforma constitucional concretada en 1994. Esa ley, en modo alguno autorizó a la Convención Reformadora a efectuar, elípticamente, una modificación del texto constitucional alterando el carácter y las funciones judiciales de la Corte Suprema.

En modo alguno podemos aceptar que, en el ámbito jurisdiccional, la Corte Interamericana constituya una instancia judicial superior a la Corte Suprema. No es una cuarta o quinta instancia judicial. Es cierto, como enseñaba Bidart Campos, que el ámbito de la potestad jurisdiccional de la Corte Interamericana se expresa en un orden externo o internacional, y no interno o nacional. Pero si los efectos de sus productos conducen a la necesidad, para darles cumplimiento, de que la Corte Suprema revoque sus propios pronunciamientos, ella deberá abstenerse de hacerlo. Caso contrario, se estará produciendo una intromisión indebida en las funciones específicas y exclusivas que le ordena ejercer la Constitución Nacional.

Advertimos que, sobre el particular, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema no está clara y categóricamente definida. Básicamente considerando el contenido de los votos emitidos por los jueces que la integran en aquellos casos en que, el cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana se refirieron a la presunta violación de los derechos humanos verificada en las sentencias emitidas por nuestro Alto Tribunal.

Registramos tres casos en los cuales se planteó la situación que analizamos: “Cantos”, “Espósito” y “Kimel”.

1. EL CASO “CANTOS”.

José María Cantos promovió una demanda contra la Provincia de Santiago del Estero y el Estado Nacional ante la Corte Suprema. Era un caso de competencia originaria del Tribunal (arts. 116 y 117 CN).

Alegó que, a comienzos de 1972, el conjunto de empresas que conformaba el “Grupo Cantos” quedó sujeto a un procedimiento administrativo tendiente a la determinación de posibles obligaciones fiscales. En el curso de esas actuaciones, se dispuso el secuestro de la totalidad de los documentos obrantes en esas firmas, acarreando virtualmente la imposibilidad de que pudieran seguir actuando con el consecuente desequilibrio financiero. Por otra parte, el cierre de su línea de crédito en entidades financieras le impidió cumplir sus obligaciones a tales empresas, con las consecuentes ejecuciones promovidas por los acreedores que culminaron con la subasta pública de sus bienes. Asimismo, el accionante quedó sujeto a diversas causas penales que se extendieron a miembros de su familia. Todo ello determinó el colapso de las empresas que integraron el “Grupo Cantos”.

El actor promovió acciones de amparo y reclamos administrativos a partir de 1972 ante el gobierno provincial de facto, y entre 1973 y 1976 ante el gobierno de jure sin obtener satisfacción a sus reclamos. Finalmente, en julio de 1982 alegó haber suscripto con el gobernador de facto provincial un documento en el cual se habría reconocido la responsabilidad de la provincia por los daños y perjuicios ocasionados al grupo empresarial por un organismo gubernamental local. Asimismo se habría fijado el monto de la indemnización para las empresas y Cantos, así como también la restitución de un inmueble. Como no se cumplieron las obligaciones resultantes Cantos reiteró sus reclamos administrativos en 1986 sin resultado.

Planteado el reclamo ante la Corte, se opuso la prescripción de la acción, la falta de legitimación activa de Cantos para representar a las empresas presuntamente damnificadas y la invalidez y falsedad del documento suscripto en 1982.

La Corte decidió que era manifiesta la falta de legitimación activa de Cantos, al no haber sido presentada la demanda por las sociedades comerciales como titulares del derecho invocado. Otro tanto, respecto a la representación que invocó de su grupo familiar pues ella no fue acreditada. Quedó subsistente el reclamo que formuló a título personal.

Al analizar el documento, la Corte advirtió que, aunque se aceptara la autenticidad de las firmas, el acto se había concretado al margen de las más elementales formalidades que deben reunir los actos estatales. Su texto, expresaba que se trataba de un decreto, y que el gobernador se

comprometía a “*elevantar ese decreto, comunicar y publicar en el Boletín Oficial y comunicar al Ministerio de Economía de la Provincia para sus efectos*”. Pero jamás se dio intervención a los organismos administrativos provinciales para otorgar, carácter oficial, a la aprobación del reconocimiento, ni se siguieron los procedimientos legales que condicionaban su validez.

También advirtió la Corte que, el documento presentaba graves e insalvables irregularidades que permitían su descalificación como acto gubernamental. Había sido suscripto en una fecha, en la cual, el entonces gobernador, había delegado la atención del Poder Ejecutivo en el ministro de gobierno; el documento, si bien había sido confeccionado en papel con membrete de la gobernación, no era el usual; indicaba que había sido expedido en Santiago del Estero, aunque Cantos admitió que había sido firmado en una confitería ubicada en la ciudad de Buenos Aires; el texto había sido redactado por el actor en su propia máquina de escribir. Asimismo, consideró la Corte que las cláusulas que contemplaban la devolución de propiedades inmuebles, y el compromiso del actor de no denunciar por sus actos al gobernador, “*completan este documento tan particular y lo descalifican en cuanto a la licitud de su objeto. Parecía por cierto insólito que una persona ungida en dos oportunidades gobernador de Santiago del Estero —si bien por sendos gobiernos de facto asumiera la convicción de que un reconocimiento en esos términos podría generar responsabilidad para la provincia*”. Concluyendo, por el voto de los jueces Julio Nazareno, Carlos Fayt, Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo López, Gustavo Bossert y Adolfo Vázquez, el 3 de septiembre de 1996, (17) la Corte declaró inoponible el documento a la provincia y que ningún efecto podía tener para interrumpir la prescripción operada considerando la naturaleza extracontractual del reclamo formulado por el accionante. El rechazo de la demanda fue con costas. El reclamo de Cantos había sido por U\$S 2.780.015.303, y el monto que debía abonar por tasa de justicia, intereses por mora en su pago y honorarios profesionales ascendía a U\$S 140.000.000.

Cantos acudió a la Comisión Interamericana alegando que se habían violado los arts. 8º, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el derecho de propiedad (art. 21) y el derecho al debido proceso por el retardo y negación de justicia (arts. 8º y 25). Al no concretarse una

(17) Fallos C.S. 319:1780.

solución en el seno de la Comisión, ésta sometió el caso ante la Corte Interamericana el 10 de marzo de 1999. (18)

La sentencia del Tribunal fue emitida el 28 de noviembre de 2002.

La reparación del derecho de propiedad no fue aceptada porque estaba excluida de la fiscalización internacional. La vigencia de la Convención Americana para la Argentina, se había iniciado el 5 de septiembre de 1984, siendo que los daños que habría sufrido Cantos fueron a partir de 1972 y el presunto reconocimiento estatal en 1982. Era inviable aplicar la Convención en forma retroactiva.

La Corte Interamericana entendió que la sentencia de la Corte argentina no era arbitraria. Expresó que, *“En general, puede decirse que la sentencia debe ser la derivación razonada del derecho vigente...Pero no bastaría que una decisión judicial dejara de ajustarse a esta regla para que pudiera ser techada de arbitraria...En el presente caso, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina se funda en las normas sobre validez y nulidad de los actos jurídicos, principalmente en el análisis del convenio suscrito en 1982, y en la prescripción liberatoria que debe aplicarse en la razón de la invalidez de aquél. A criterio de esta Corte, ese acto no puede ser considerado como una sentencia arbitraria”*.

Con referencia a la tasa de justicia si bien su monto fue establecido conforme a las normas del derecho interno, la Corte Interamericana señaló que el Estado argentino sostuvo que la determinación de su monto se adecuaba a la ley interna, cuya finalidad es la de evitar demandas temerarias, y que su importe era proporcional al reclamo del accionante quien no la había impugnado en el orden interno. Pero, *“esta Corte ha señalado en reiteradas ocasiones que el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia de normas o procedimientos de derecho interno”*. Agregó que *“la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen...una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen razonables, aún cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda”*. Pero, no fundamentó por qué en el caso concreto estimaba irrazonable el monto determinado.

(18) Entre los delegados y asistentes designados por la Comisión Interamericana figuraron Germán Bidart Campos, Susana Albanese, Emilio Weinschelbaum, Martín Abregú y Ariel Dulitzky.

Consideró, a continuación, que “También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”, aunque tampoco explicó por qué, en el caso la suma era desproporcionada (¿con qué?) o excesiva, ni cual es la pauta a seguir para arribar a una proporción desprovista de exceso.

Para la Corte Interamericana, el monto de las costas impuestas a Cantos también era “*una carga desmedida y se transforma, en definitiva, en un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia*”.

En cuanto al hecho de que el caso tramitó durante diez años en la Corte Suprema argentina y que podría ser considerado como una violación al principio de que los procesos judiciales deben desarrollarse en un plazo razonable, la Corte Interamericana destacó que, tras analizar la causa, resulta que tanto el Estado como el demandante “*incurrieron en comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna. Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prologar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre el plazo razonable*”. A ello se añadió la complejidad del asunto, determinando que la Corte entendiera que, con este hecho, no se configuraba una violación a los arts. 8° y 25 de la Convención.

En definitiva, la Corte Interamericana falló que el Estado argentino había violado los arts. 8° y 25 de la Convención solamente por el monto “irrazonable” de las costas impuestas al demandante, y sobre tal base falló:

1) El Estado debía abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago de ella. Por tal razón, implícitamente, le reconoció el beneficio de litigar sin gastos.

2) El Estado debía fijar un monto razonable a los honorarios regulados. Deber impuesto sin que los profesionales a quienes se había reconocido un derecho de propiedad, fueran partes en el proceso ante la Corte Interamericana.

3) El Estado debía asumir el pago de todos los honorarios regulados a los peritos y abogados de la Provincia de Santiago del Estero y de la Nación sobre la base de la nueva regulación razonable que se debía fijar.

4) El Estado debía levantar los embargos, inhibiciones y medidas cautelares impuestas sobre los bienes de Cantos para garantizar el pago de las costas.

5) El Estado debía pagar a los representantes de Cantos por los gastos causados en el proceso internacional el importe de U\$S 15.000.

Siguiendo las instrucciones impartidas por el Poder Ejecutivo, el Procurador del Tesoro de la Nación se presentó ante la Corte Suprema de Justicia, requiriendo que se diera cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana.

La Corte se pronunció el 21 de agosto de 2003 rechazando, por mayoría el requerimiento del Procurador del Tesoro. (19)

Los jueces Carlos Fayt, Eduardo Moliné O'Connor desestimaron el pedido porque:

1) La reducción de los honorarios profesionales constituía una flagrante violación del derecho de propiedad de sus titulares de “inequívoca rai-gambre constitucional”.

2) De acceder la Corte a la petición, estaría renunciando deliberadamente “a la más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser custodio e intérprete final de la Constitución Nacional”.

3) Reducir los honorarios de los profesionales sin darles intervención, vulneraría elementales garantías constitucionales de los afectados, quienes ni siquiera fueron partes en la instancia internacional.

4) Que, en todo caso, la sustanciación del pedido debía concretarse en una causa judicial que no sería de competencia originaria de la Corte.

5) Si se accediera al pedido del Procurador del Tesoro, “bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional...llevaría a la inicua —cuanto paradójica— situación, de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca”.

(19) Fallos C.S. 326:2968.

6) En cuanto a la ejecución de la tasa de justicia y su multa, implicaría asumir que el Estado no estaba dispuesto a acatar el fallo de la Corte Interamericana y que proseguiría la ejecución, lo cual no había acontecido, de modo que no correspondía a la Corte pronunciarse el respecto.

Los argumentos expuestos por Fayt y Moliné O'Connor fueron incuestionables. Tengamos en cuenta que, al disponer la reducción de los honorarios profesionales, la Corte Interamericana dispuso que las costas del proceso local quedaban a cargo del Estado, quien debía asumir su pago. Pero, una cosa es que la Corte Interamericana eximiera del pago de esos honorarios a Cantos, y otra que se los impusiera al Estado respecto del cual, ¿por qué se debían reducir los montos regulados? La Corte Interamericana, sin requerir la intervención de los profesionales interesados resolvió tutelar los derechos de Cantos, al eximirlo del pago de ellos, y también del Estado al disponer la reducción de aquellos honorarios que él debía pagar a los profesionales. Consideramos que, semejante decisión, constituyó una intromisión indebida en el derecho argentino y al margen de la Convención Americana, pues si los honorarios debían ser pagados por el Estado ¿por qué debían ser reducidos si el Estado no lo solicitó y no se dio intervención a quienes ya tenían un derecho adquirido? Considerando que la Corte Interamericana no es una instancia revisora de la Corte Suprema en orden a las relaciones jurídicas generadores de derechos adquiridos por particulares, mal puede ella o los tribunales internos desconocer tales derechos sin violar la Convención Americana.

Es que, si analizamos el pronunciamiento de la Corte Interamericana, advertiremos como secuela final que violó la Convención que dijo aplicar al violar los derechos de propiedad de los profesionales que no fueron parte en el juicio internacional. Esto último, también importa una flagrante violación del derecho de defensa en juicio de tales profesionales.

Los jueces Enrique Petracchi y Guillermo López, también desestimaron la petición del Procurador del Tesoro, porque:

1) La Corte carece de atribuciones para modificar pronunciamientos judiciales que tienen autoridad de cosa juzgada.

2) Corresponde que el Poder Ejecutivo o el Congreso, en el marco de sus atribuciones, emitan los actos que permitan dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Americana.

La solución propuesta es la que mejor se adecua a derecho. El Poder Ejecutivo debía ordenar la conclusión de la ejecución fiscal por el pago de la tasa judicial y su monto; asumir el pago de los honorarios; desinteresados los profesionales, requerir el levantamiento de las medidas judiciales trabadas para garantizar el cobro de ellos. Si para adoptar esas medidas, resultaba necesaria alguna modificación legislativa, correspondía que el Poder Ejecutivo presentara ante el Congreso un proyecto de ley para remover los eventuales obstáculos.

El juez Adolfo Vázquez, tras destacar que la sustanciación del caso ante la Corte no fue supeditada al previo pago de la tasa judicial, de modo que no se trabó el acceso a la justicia de Cantos, aceptó que era razonable su imposición al concluir el pleito porque “*tiende a resarcir a la comunidad los gastos irrogados por un obrar no ajustado a derecho desalentando la utilización indebida del acceso a la justicia*”. También voto por desestimar el pedido del Procurador del Tesoro invocando razones similares a las expuestas por los jueces Fayt y Moliné O'Connor.

El juez Antonio Boggiano no votó por el rechazo de la petición del Procurador del Tesoro, sino por la ejecución del fallo de la Corte Interamericana bajo las condiciones siguientes:

1) Que la Administración Federal de Ingresos Públicos debía abstenerse de ejecutar la tasa de justicia y su multa.

2) Que el Estado debía asumir el pago de los honorarios regulados a los profesionales.

3) Que la reducción de los honorarios profesionales y levantamiento de las medidas cautelares no podía ser dispuesta sin la previa intervención de los profesionales afectados en resguardo de su derecho de propiedad y derecho de defensa reconocidos por la Convención Americana —no citó para nada la Constitución Nacional que establece tales derechos—, razón por la cual votó para que se diera traslado a los profesionales.

Al disponer la intervención de los profesionales en el proceso, y al vedar de oficio la ejecución fiscal, el juez Boggiano, implícitamente, admitió que los fallos de la Corte Suprema carecen de autoridad de cosa juzgada. Asimismo, la citación de los profesionales para que hicieran valer sus derechos ¿qué alcance podía tener? Si se considerara, en una decisión final por la Corte Suprema, que ellos debían ser reducidos se violaría la cosa juzga-

da con el agravante de que el Estado no requirió ni cuantificó esa reducción. Y, si la Corte disponía no reducir los honorarios, estaría incumpliendo el fallo de la Corte Interamericana.

De modo que, para resguardar el derecho interno, la solución más razonable era que el propio Estado abonara íntegramente tales honorarios y por decisión propia.

El juez Juan Carlos Maqueda también votó en disidencia, acogiendo la petición del Procurador del Tesoro y disponiendo la ejecución del fallo de la Corte Interamericana. Sus argumentos fueron:

1) Que los fallos de la Corte Interamericana, conforme al art. 67 de la Convención Americana, son definitivos e inapelables.

2) Corresponde a la Corte Suprema velar que el Estado, en el orden internacional, cumpla fielmente con las obligaciones emanadas de los tratados y del derecho internacional.

3) Que corresponde reducir los honorarios profesionales tal como lo indicó la Corte Interamericana.

4) El hecho de que los profesionales, que eran titulares de tales honorarios, no hayan intervenido en el proceso ante la Corte Interamericana, no resultaba obstáculo alguno para acatar la decisión de la Corte Interamericana, pues correspondía proceder a su inmediato cumplimiento.

5) La Corte debe hacer saber al Estado que deberá adoptar las medidas necesarias para abstenerse de ejecutar la tasa de justicia y su multa.

6) Una vez reducidos los honorarios profesionales se debían levantar las medidas cautelares.

El voto del juez Maqueda soslayó el principio de cosa juzgada resultante del Tribunal que integra, y además, importó otorgar, de oficio, un beneficio para el Estado en desmedro del derecho de defensa y de propiedad de los profesionales a quienes les fueron regulados los honorarios. Es que, si bien la Corte Interamericana consideró elevados los honorarios impuestos a Cantos y que correspondía su reducción, simultáneamente dispuso que las costas debían ser soportadas por el Estado.

En efecto, en el considerando 77 la Corte Interamericana tras ordenar que “*el Estado debe fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el caso C-1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina*”, añadió que “*el Estado debe asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero*”. (20)

Es sugestivo, pero a más de cinco años del pronunciamiento de la Corte Suprema, el Poder Ejecutivo poco o nada hizo para dar cumplimiento al fallo de la Corte Interamericana, con la salvedad de no ejecutar el pago de la tasa de justicia y su monto.

Recién el 11 de agosto de 2008 emitió el decreto 1313/08 cuyo art. 2° establece: “*En el ámbito del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos se dictarán las resoluciones necesarias para que la Secretaría de Derechos Humanos, a través de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales en materia de Derechos Humanos, asuma la representación del Estado Nacional en los Expedientes N° 11.636 y N° 11.752 del registro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Señor Secretario de Derechos Humanos podrá encomendar las tareas de seguimiento de las referidas causas a profesionales que actúen en el organismo a su cargo*”. El expediente N° 11.636 corresponde al caso “Cantos”.

2. EL CASO “ESPOSITO”.

El 19 de abril de 1991, Walter David Bulacio, que tenía 17 años de edad, fue detenido por personal de una seccional de la Policía Federal cuyo titular era el comisario Miguel Ángel Espósito. Al día siguiente fue trasladado a un hospital con motivo del traumatismo craneano que registraba y que habría sido provocado por los golpes que recibió del personal policial. Cinco días después falleció, determinando la apertura de una causa penal.

Espósito fue procesado por privación ilegal de la libertad, abuso de autoridad e incumplimiento de los deberes de funcionario público. Dictada su prisión preventiva, posteriormente, fue dispuesto su sobreseimiento provisional que, el 13 de noviembre de 1992, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional transformó en definitivo.

(20) LA LEY, 2003-C, 1.

Interpuesto el recurso de queja por denegación del extraordinario, el 5 de abril de 1994 la Corte Suprema revocó el sobreseimiento por entender que, “*en virtud de las particulares circunstancias en que ocurrieron los hechos*”, se había prescindido de considerar debidamente las constancias de la causa. Así lo resolvieron los jueces Julio Nazareno, Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Ricardo Levene (h.) Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano (21) ordenando la prosecución de la causa.

Con motivo de las dilaciones producidas en la causa donde, en abril y mayo de 1996 el fiscal y la querella habían formulado sus acusaciones, la parte querellante requirió a la Corte Suprema que se avocara al conocimiento del proceso y dispusiera lo necesario para encauzar su tramitación, subsanando así la denegación de justicia que se estaba produciendo. El 7 de diciembre de 2001 los jueces Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos Fayt, Augusto Belluscio, Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo López, Gustavo Bossert y Adolfo Vázquez ordenaron a los jueces intervinientes en los diversos incidentes planteados que adoptaran las medidas necesarias para evitar la paralización del plenario. (22)

En el ínterin el 13 de marzo de 1997, y pese a que no se habían agotado las instancias judiciales internas, la parte querellante planteó la cuestión ante la Comisión Interamericana que, a su vez, el 24 de enero de 2001, sometió la cuestión a la Corte Interamericana.

El 3 de marzo de 2003, la Comisión Interamericana, los familiares de Bulacio y el Estado presentaron ante la Corte Interamericana un acuerdo de solución amistosa.

El 18 de septiembre de 2003 la Corte Interamericana emitió su pronunciamiento aceptando el convenio y la responsabilidad internacional reconocida por el Estado. Asimismo dispuso: 1) el Estado debía proseguir y concluir la investigación de los hechos y sancionar a los responsables de los mismos; 2) el Estado debía garantizar que no se repitieran hechos como los del caso, adoptando las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento interno a las normas internacionales de derechos humanos; 3) el Estado debía pagar en concepto de indemnización de daño material y moral U\$S 334.000 y U\$S 40.000 en concepto de costas, todo ello en el plazo de seis meses. La Corte Interamericana falló que el Estado había

(21) Fallos C.S. 317:320.

(22) Fallos C.S. 324:4135.

violado los derechos consagrados en los arts. 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana en perjuicio de Walter Bulacio y los arts. 8 y 25 en perjuicio de él y sus familiares.

En su fallo, la Corte Interamericana formuló ciertas consideraciones que importaron la emisión de juicios de valor sobre los hechos producidos en la causa tramitada ante el Poder Judicial argentino, y sobre sus normas de derecho interno destinadas a garantizar el debido proceso legal. Así, sostuvo que los jueces locales debían evitar “*dilaciones y entorpecimientos indebidos*” como las defensas planteadas por el patrocinio de Espósito; que la eventual prescripción de la causa resultaba inadmisibles, así como también cualquier otro obstáculo que impidiera la investigación y sanción de los responsables por la violación de derechos humanos, criterio que fue compartido por el juez ad hoc del Tribunal, Ricardo Gil Lavedra.

En la causa penal, Espósito planteó un incidente por prescripción de la acción que fue aceptado por el juez de primera instancia y confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Contra ese pronunciamiento la fiscalía presentó un recurso extraordinario que fue concedido.

La Corte Suprema, por sentencia del 23 de diciembre de 2004, revocó la sentencia. (23) La decisión fue unánime, aunque no fueron uniformes los fundamentos expuestos por los jueces del tribunal.

Para los jueces Enrique Petracchi y Raúl Zaffaroni la procedencia de la decisión obedecía a que:

1) Si bien el recurso era inviable porque reflejaba una mera discrepancia con lo resuelto por la Cámara, si se seguía ese camino debía ser confirmada la prescripción de la acción penal con la consiguiente “*contravención a lo decidido por la Corte Interamericana*” en el caso “Bulacio”, que era de cumplimiento obligatorio para el Estado.

2) Que la Corte Interamericana había declarado inviable la prescripción para el caso concreto.

3) Que, tratándose de la violación de derechos humanos, resultaban inaplicables las normas legales comunes que regulan la extinción de la acción penal por prescripción.

(23) Fallos C.S. 327:5668 (LA LEY, 2005-C, 1)

4) Que no se comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa expuesto por el tribunal internacional, pues corresponde a los órganos estatales asegurar que el proceso se desarrolle normalmente y sin dilaciones indebidas. De modo que las infracciones a ese deber y sus efectos no pueden recaer sobre el imputado porque restringen su derecho de defensa de una manera “*difícil de legitimar a la luz...del art. 18 de la Constitución*”.

5) Que en el fallo de la Corte Interamericana se consideró que, la colisión entre el derecho de defensa y los derechos del acusador, se resuelve mediante la subordinación del primero cuando se trata de la violación de un derecho humano.

6) Que la decisión de la Corte Interamericana estableciendo la responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal, desvinculado “*del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal*”. Se restringe el derecho de defensa del imputado en un marco internacional en el cual no tuvo posibilidad alguna de ser oído y de defender sus derechos.

7) “*Se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable*”. Pero, pese a las reservas expuestas, como tales restricciones al derecho de defensa fueron impuestas por la Corte Interamericana, “*es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*”.

Del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni resulta claro que la garantía de la defensa de los derechos prevista en el art. 18 de la Constitución queda subordinada a las excepciones o principios generales que establezca la Corte Interamericana. Esto nos lleva a concluir que, para dichos magistrados, la Convención Americana y su interpretación tiene jerarquía supraconstitucional, y que la Corte Suprema no sería tan “suprema” pues sus decisiones deben ajustarse a los fallos de la Corte Interamericana aunque no sean compartidos, y aunque se entienda que lesionan el derecho de defensa en juicio reconocido por la Constitución federal.

Para los jueces Augusto Belluscio y Juan Carlos Maqueda, la procedencia de la decisión se debía a que:

1) La decisión de la Cámara de Apelaciones era arbitraria porque no había fundado los motivos para considerar que, una serie de actos producidos en el curso del proceso, no podían ser considerados como secuelas del proceso que interrumpen la prescripción de la acción penal.

2) La Corte Interamericana había dispuesto la inviabilidad de la prescripción como obstáculo para proseguir y concluir la investigación, y sancionar a los responsables, siendo que sus fallos son obligatorios conforme a la Convención Americana.

Los jueces Belluscio y Maqueda arriban a igual conclusión aplicando criterios diferentes del derecho interno y del derecho internacional, aunque implícitamente le otorgan supremacía a estos últimos.

El voto del juez Carlos Fayt, si bien dispuso dejar sin efecto la prescripción decretada, se aparta sustancialmente de los fundamentos expuestos por sus pares:

1) La revocación de la sentencia se basa en que, la Cámara, no ofreció fundamentos para explicar por qué no son secuelas del juicio una serie de actos producidos en la causa, que interrumpen la prescripción de la acción penal.

2) Los jueces nacionales no están obligados a declarar la imprescriptibilidad de la acción penal contra Espósito como derivación de lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso "Bulacio" porque:

2.1) Si bien los fallos de la Corte Interamericana son vinculantes para el Estado, incluyendo la obligación de reparar los daños ocasionados mediante el pago de una indemnización y concretar la persecución penal de los responsables por la comisión de las violaciones a los derechos humanos, esto no significa que, en ese deber, esté incluida la restricción de los derechos procesales reconocidos a los individuos imputados en la causa penal que origina la responsabilidad internacional.

2.2) La Corte Interamericana puede imponer al Estado el deber de investigar y enjuiciar a quienes incurren en la violación de derechos humanos, pero no tiene atribuciones para emitir condenas penales, pues se reservan a la justicia local.

2.3) La imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en una causa como la seguida contra Espósito, y como parte del deber repa-

ratorio que incumbe al Estado, nunca puede “ser derivación del fallo internacional”, porque la Corte Interamericana está inhabilitada para decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto.

2.4) “*Si como derivación de una interpretación de la Convención realizada por la Corte Interamericana, se concluyera que al imputado...debe aplicársele sin base legal y retroactivamente el principio de imprescriptibilidad, dicho tribunal estaría... decidiendo sobre la suerte de un sujeto sobre quien no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad*”. El deber de reparar que tiene el Estado no puede recaer sobre quien “se encuentra fuera del ámbito de decisión del tribunal internacional”. El deber de reparar sólo puede recaer sobre el Estado.

2.5) El fallo de la Corte Interamericana fue consecuencia de los hechos reconocidos por el Estado en el marco de un procedimiento donde el acusado no tuvo la oportunidad de discutir tales hechos. “*Derivar de este tipo de procesos...una consecuencia como la inoponibilidad de la prescripción en un juicio penal sería inadmisibles*”, porque si ellas recaen sobre el imputado se estarán violando principios elementales de raigambre constitucional para cuya tutela, precisamente, fue instituida la Corte Suprema como titular del Poder Judicial.

2.6) Esta fundamentación no contradice lo resuelto por la Corte Interamericana que ha entendido inadmisibles las disposiciones de prescripción “*mediante las que se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables. Esta alusión no puede considerarse extensiva a las previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción*”.

Compartimos plenamente los argumentos del juez Fayt. Por otra parte, como todo delito importa la violación de un derecho humano —aunque no se trate de un delito de les humanidad— sería siempre inaplicable el instituto de la prescripción con su grave secuela de inseguridad jurídica. Por otra parte, y tal como implícitamente lo destaca el juez Fayt, no nos enfrentamos con una regulación especial del instituto de la prescripción, sino con su regulación mediante normas ordinarias y aplicables a toda persona.

En su decisión, el juez Antonio Boggiano acudió a argumentos similares a los de los Jueces Belluscio, Maqueda y Fayt, en orden a la arbitrariedad de la sentencia de Cámara por no haber ponderado las secuelas del juicio, eventualmente, idóneas para interrumpir la prescripción. Pero también,

aunque con mayor amplitud, desarrolló los argumentos que hemos atribuido a los dos primeros magistrados en el punto 2). En modo alguno asigna una jerarquía supraconstitucional a los tratados internacionales. Considera que las normas de los tratados sobre derechos humanos que enuncia el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, tienen igual jerarquía que las normas constitucionales y que ninguna de aquellas puede ser considerada inválida por colisionar con la Constitución porque ello es imposible. Acudió a una interpretación netamente dogmática carente de realismo: los constituyentes al incorporar ciertos tratados al art. 75, inc. 22, efectuaron un juicio de comprobación, en virtud del cual, *“han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”*. Afirmación que podrá ser válida en abstracto, pero que puede ser falsa con respecto a los efectos que en algún caso concreto se pretenda atribuir a las normas internacionales. (24) Además, y con referencia a los tratados que, por aprobación del Congreso, se incorporan al art. 75, inc. 22, Boggiano elabora una teoría que no compartimos: la Constitución autoriza al Congreso a efectuar un “juicio constituyente”, lo cual importa admitir que en 1994 también se reformó el art. 30 de la Ley Fundamental autorizando al Congreso a ejercer una función constituyente de carácter limitado.

La jueza Elena Highton de Nolasco, tras reflejar los fundamentos expuestos por los Jueces Petracchi y Zaffaroni, en el punto 1), destacó categóricamente que *“con independencia de que en la decisión de la Corte Interamericana se hayan considerado —entre otros elementos— hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento de derecho internacional del que no participó el acusado, resulta un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado Argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos”*.

En definitiva, y con la salvedad del juez Fayt, los restantes magistrados de modo expreso o implícito, admitieron en el caso “Espósito” que integran un tribunal de jerarquía inferior a la Corte Interamericana en materia de derechos humanos, y que no existe posibilidad alguna de desconocer

(24) El argumento del Juez Boggiano fue adoptado, en varias oportunidades por los miembros de la Corte Suprema, como en el caso “Monges” (Fallos C.S. 319:3148) (LA LEY, 1997-C, 150) por los jueces Julio Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo López y el propio Boggiano.

su interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque ella no sea compartida y aunque se considere que vulnera los preceptos de la Constitución nacional. (25)

3. EL CASO “KIMEL”.

Eduardo Kimel es un periodista que, en 1989, publicó el libro titulado “La Masacre de San Patricio”. En su obra describió el homicidio de tres sacerdotes palotinos y dos seminaristas en 1976, y comentó los hechos que se suscitaron posteriormente realizando un análisis crítico de la actuación que le cupo al Poder Judicial en el lapso comprendido entre ese año y fines de 1983. Asimismo, sus críticas se extendían al entonces juez Guillermo Rivarola, a cuyo cargo estaba la sustanciación de la causa penal.

Rivarola consideró que la publicación lesionaba su derecho al honor, y el 28 de octubre de 1991 promovió una querrela por calumnias contra Kimel, que quedó radicada ante el juzgado a cargo de la entonces jueza Angela Mónica Braidot.

Si bien la querrela sólo había sido promovida por el delito de calumnias, la jueza interviniente, tras desechar la posible comisión de ese delito, entendió que se había incurrido en el de injurias y condenó a Kimel a la pena de un año de prisión, en suspenso, y al pago de \$ 20.000 en concepto de indemnización del daño moral ocasionado al querellante. En la sentencia, del 25 de septiembre de 1995, (26) la Jueza entendió que el libro contenía una “crítica con opinión, a la actuación de un magistrado”, pero *“la duda o sospecha que cierne Kimel, sobre la eficacia de la actuación del magistrado en una causa de trascendencia internacional, y ante la gravedad de los hechos investigados, constituye de por sí un ataque al honor subjetivo del agraviado —deshonra— agravado por el alcance masivo de la publicación”,* concluyendo por admitir los delitos de opinión al resaltar que *“Kimel no se limitó a informar sino que además emitió su opinión sobre los hechos en general y sobre la actuación del Dr. Rivarola en particular”.*

(25) Cabe acotar que los jueces Petracchi, Zaffaroni y Boggiano propiciaron la remisión de los antecedentes del caso al Consejo de la Magistratura para investigar si, la conducta de los jueces intervinientes en el caso “Espósito” resultaba “tolerante y permisiva” de las dilaciones experimentadas en la causa según lo entendió la Corte Interamericana.

(26) Causa N° 2564.

La jueza rechazó la aplicabilidad del estándar de la “real malicia” invocado por la defensa de Kimel, por entender que se trataba de una doctrina de “origen foráneo”. Criterio compartido por algunos magistrados, incurriendo en el grave error de no advertir que una doctrina jurídica debe ser analizada a la luz de su viabilidad en el orden jurídico local y prescindiendo de su origen nacional o foráneo. Por otra parte, no percibía que la “real malicia” no es un producto del “common law” desprovisto de toda relación con nuestro derecho codificado porque, cuando fue adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, (27) se declaró la inconstitucionalidad del “common law” en el caso concreto, por vulnerar el derecho a la libertad de expresión contenido en la Enmienda I de la Constitución de aquel país que, es fuente del art. 32 de nuestra Ley Fundamental. La “real malicia” tiene sustento en el derecho constitucional codificado y no en el “common law”.

La sentencia de primera instancia, condenando a Kimel, fue revocada el 19 de noviembre de 1996 por la sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. (28) En el voto del juez Carlos Alberto González, al cual adhirió el juez Luís Ameghino Escobar, se destacó que Kimel realizó una recopilación de datos sobre el episodio y que *“cuando arriba a la sección que atañe a la investigación judicial deja sentada su propia opinión, lo cual es criticado por la a quo, quien interpreta que ello le estaría vedado y debería limitarse a informar. No comparto este criterio porque la función periodística se ha desarrollado tan notablemente con el advenimiento de la democracia, que sin duda incide en forma notoria sobre la vida y opinión públicas ... Actualmente, no puede concebirse un periodismo dedicado a la tarea automática de informar sin opinar”. Añadió, sin perjuicio de resaltar, mercedamente, las elevadas cualidades éticas y jurídicas del querellante, que “quienes ejercemos una función pública, estamos expuestos a la crítica de la prensa sobre nuestro desempeño”* y que, no advirtiendo dolo en la conducta de Kimel correspondía *“deschar la intención de Kimel de atacar en forma manifiesta un honor ajeno y considerarla como crítica a la situación del Poder Judicial en una época pretérita y no dejan siquiera margen de duda para la inserción de su conducta en la injuria equívoca o encubierta, tipificada en el art. 112 del Código de fondo”*.

(27) “New York Times v. Sullivan” (376 US 255 de 1964).

(28) LA LEY, 1997-E, 403.

Por su parte, el juez Carlos Alberto Elbert destacó en su voto que, “Cabe recordar que todos los funcionarios y magistrados judiciales del país fuimos subordinados al acta y estatuto del proceso de reorganización nacional, que tuvieron rango supraconstitucional.(29) Mal puede pensarse, entonces, que los jueces hubiéramos podido oponernos a unos actos de gobierno convalidados bajo juramento. La desconfianza hacia la justicia del autor Eduardo Kimel, certera o equivocada, constituye, en este contexto, una actitud comprensible y según puedo juzgar exenta de malicia tendiente a ofender, desacreditar o atribuir irregularidades deliberadas del doctor Rivarola. El propio actor destaca, como subraya también el doctor González, que en el caso de los Palotinos el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, juicio que, entiendo, deja a salvo la actuación técnica del querellante, en especial, porque no está inserta en el contexto de una obra jurídica que descalifique su capacidad o eficacia profesional”. Añadió que “nuestro Poder Judicial posee sensibilidad y franqueza suficientes como para admitir la crítica cívica y los juicios históricos que le correspondan, siempre y cuando se respete la dignidad de las personas, que es idéntica para periodistas y jueces, si cumplen responsablemente su cometido”.

Las opiniones expuestas en el libro, de las cuales se agravió el querellante, decían: “el juez Rivarola realizó todos los trámites inherentes. Acopió los partes policiales con las primeras informaciones, solicitó y obtuvo las pericias forenses y balísticas. Hizo comparecer a una buena parte de las personas que podrían aportar datos para el esclarecimiento. Sin embargo, la lectura de las fojas judiciales conduce a una primera pregunta: ¿se quería llegar a una pista que condujera a los victimarios? La actuación de los jueces durante la dictadura fue en general condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial. En el caso de los palotinos el juez Rivarola cumplió con la mayoría de los requisitos formales de la investigación, aunque resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato no fueron tomados en cuenta. La evidencia de que la orden del crimen había partido de la entraña del poder militar paralizó la pesquisa, llevándola a un punto muerto”.

El 22 de diciembre de 1998 la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo. (30) Los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez sostuvieron que

(29) Ese criterio no fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia, pese a las presiones “de la entraña del poder militar”, cuando en dos oportunidades hizo lugar a la acción de hábeas corpus promovida en beneficio de Jacobo Timerman. El 20 de julio de 1978 (Fallos C.S. 300:816) y el 17 de septiembre de 1978 (Fallos C.S. 301:771).

(30) Fallos C.S. 321:3596.

solamente “de una lectura fragmentaria y aislada del texto incriminado puede decirse —como lo hace el a quo— que la imputación delictiva no se dirige al querellante”. Agregaron “que carece de sustento jurídico la afirmación referente a que por tratarse el querellado de un lego en la pesquisa del caso, no tendría entidad calumniosa el párrafo que al referirse al magistrado expresa que resulta ostensible que una serie de elementos decisivos para la investigación no fueron tenidos en cuenta”. Entre tales elementos, asignaron relevante importancia a las constancias obrantes en la causa penal, de las cuales surgía que el juez Rivarola “habría hecho caso omiso a los reiterados requerimientos de sobreseimiento provisional del sumario formulados por el fiscal Julio Strassera”. También destacaron que “la conclusión que expresa que de la lectura del libro cuestionado el lector no será inducido a descalificar las calidades personales del querellante ni a cuestionar el honor de aquél, descalifica el pronunciamiento por otra causal de arbitrariedad. Ello es así por tratarse de una mera conjetura acerca de las interpretaciones personales que los lectores pueden hacer del querellante, ajena a la consideración jurídica del delito incriminado”. Conclusión por cierto opinable si tenemos en cuenta que los jueces deben valorar los efectos que pueden traer aparejadas las presuntas manifestaciones agraviantes conforme a su seriedad y envergadura.

Los jueces Fayt y Boggiano, también votaron por la revocación del fallo sobre la base de la doctrina de la “real malicia”. Entendieron que “se ha demostrado que bajo la invocación del derecho de crónica, el encartado actuó con temerario desinterés en determinar la verdad o falsedad de los hechos, distorsionando maliciosamente el rol que le cupo al magistrado en la investigación del crimen y poniendo seriamente en duda su idoneidad para el desempeño del cargo”. Tales hechos habrían consistido, básicamente, en no haber expuesto la reiterada negativa del juez Rivarola a los continuos pedidos de sobreseimiento provisional requeridos por el fiscal Strassera.

Votando en disidencia, los jueces Belluscio, Bossert y Petracchi, se pronunciaron por el rechazo del recurso extraordinario planteado por el querellante, por considerarlo inadmisibile en función de su regulación procesal.

El temperamento adoptado por la mayoría para incriminar la conducta de Kimel, estuvo basado sobre dos elementos. Su manifestación en orden a que había realizado una profunda y minuciosa investigación sobre el episodio narrado en su libro y el hecho de no haber citado la negativa

reiterada del juez Rivarola para disponer el sobreseimiento provisional en la causa, pese a los requerimientos formulados por el fiscal. La confrontación de tales elementos permitía aseverar la presencia de una conducta dolosa porque, si la investigación fue exhaustiva, hubo un ocultamiento deliberado de circunstancias que tornaban irreprochable la conducta del querellante. Sin embargo, el análisis global de la obra evidencia una crítica a la presunta independencia en la actuación de los magistrados judiciales que no estaba necesariamente concentrada en la persona del querellante. Existía una crítica global que traslucía una opinión de carácter político que, como tal, podía ser aceptada o rechazada por quienes tuvieran acceso al libro.

Dando cumplimiento a la sentencia de la Corte, el 17 de marzo de 1999 la sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional condenó a Kimel a la pena de un año de prisión, como autor responsable del delito de calumnias, y al pago de una indemnización por resarcimiento de daños de \$ 20.000 en beneficio del querellante. (31) El recurso extraordinario fue rechazado por la Cámara, y el de queja desestimado in limine por la Corte el 14 de septiembre de 2000. (32)

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en su dimensión institucional o estratégica, y en su relación con el derecho al honor estuvo — y está— sujeto a una jurisprudencia vacilante y pendular. La solución otorgada al caso “Kimel” fue objeto de severas críticas emitidas por entidades periodísticas argentinas e internacionales (ADEPA y SIP), así como también por otras empeñadas en la salvaguarda de los derechos humanos como el CELS y el CEJIL. Es que el papel que desempeña la libertad de expresión en un sistema auténticamente democrático, y la circunstancia que la promoción de acciones penales o civiles constituyen procedimientos a los cuales acuden muchos funcionarios públicos de manera efectiva para silenciar las críticas o privar de cierta información al pueblo, impone la necesidad de actuar con suma cautela en la materia, aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la libertad de expresión y los derechos personalísimos vulnerados por ella.

Considerando que la sentencia en el caso “Kimel” vulneraba principios contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el

(31) LA LEY, 2000-A, 556.

(32) Fallos C.S. 323:2642.

petionario junto al CELS y el CEJIL formularon la denuncia pertinente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2000. La Comisión declaró admisible la petición el 24 de febrero de 2004 y el 26 de octubre de 2006 aprobó el informe N° 111/06 instruyendo recomendaciones para el Estado Argentino, que le fueron notificadas el 10 de noviembre de 2006. Con motivo del estancamiento del caso, el 19 de abril de 2007 la Comisión presentó su demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fue contestada por el Estado el 24 de agosto de 2007.

En la audiencia pública del 18 de octubre de 2007, las partes y el Estado presentaron un acta de acuerdo, en la cual el Estado reconocía: 1) que se había violado el art. 8.1 de la Convención, referente al derecho a ser juzgado en un plazo razonable; 2) que se había desconocido el art. 13 de la Convención sobre el derecho a la libertad de expresión; 3) que el Estado asumía su responsabilidad internacional.

Ya en su contestación de demanda, el Estado había dicho que: 1) compartía el criterio de la Comisión que, en el caso “Kimel”, se había violado el derecho a la libertad de expresión; 2) que Kimel no había sido juzgado dentro de un plazo razonable, asumiendo la consecuente responsabilidad internacional; 3) que compartía el criterio de la Comisión que, en el caso, *“la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias e injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. Esa norma impone a los Estados el deber de adecuar su legislación a las cláusulas de la Convención para hacer efectivos los derechos y libertades que enuncia.

La Corte Interamericana decidió el 2 de mayo de 2008 que, si bien el acuerdo no era vinculante para ella, aceptaba el reconocimiento estatal como una confesión de hechos y *“allanamiento a las pretensiones de derecho contenidas en la demanda de la Comisión, y una admisión de los argumentos formulados”* por los peticionarios. Consecuentemente, dispuso que había cesado la controversia, sin mengua de determinar las medidas reparatorias para el caso. Sin embargo, y con buen criterio, estimó necesario dictar una sentencia determinando los hechos, los elementos de fondo y las correspondientes consecuencias *“toda vez que la emisión de la sentencia contribuye a la reparación del*

señor Kimel, a evitar que se repiten hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos". (33)

Tras describir los antecedentes procesales del caso, la Corte decidió que debía resolver: 1) si la tipificación de los delitos de calumnias e injurias afectó el principio de legalidad; 2) si la protección de la reputación de los jueces responde a una finalidad legítima y, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para su tutela; 3) la necesidad de la sanción penal; 4) existencia de proporcionalidad entre la sanción impuesta a Kimel y el derecho a la reputación del funcionario público.

En su demanda, la Comisión había sostenido que, si el Estado decidía mantener la normativa penal sobre calumnias e injurias, debía precizarla de una manera tal que no alcanzara la libre expresión de disconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos gubernamentales y sus integrantes.

Por su parte, la Corte destacó que las partes no habían invocado una violación del art. 9° de la Convención que impone el principio de legalidad en materia penal. Pero ello no era obstáculo para que incursionara en su análisis, conforme al principio *iura novit curia*, para verificar si la legislación argentina se ajustaba a la Convención.

Reiteró que *“La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”*. Principio que no se compadece con la formulación de tipos penales ambiguos que fomentan la arbitrariedad.

Esa ambigüedad estaría presente en los arts. 109 y 110 del Código Penal puesto que, según la Corte, Kimel fue condenado en un primer momento por el delito de injurias, y luego por el delito de calumnias. Además, el Estado había admitido expresamente que *“la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias e injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”*.

(33) Citó los precedentes de “La Cantuta vs. Perú” del 29 de noviembre de 2006, “Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia” del 11 de mayo de 2007 y “Buenos Alves vs. Argentina” de igual fecha.

Sobre tal base, la Corte concluyó que la tipificación de los arts. 109 y 110 contraviene los arts. 1.1, 2, 9 y 13.1 de la Convención Americana. No indicó cuál debería ser la nueva redacción de tales normas aunque, conforme al allanamiento del Estado, ellas no deberían impedir que se afecte la libertad de expresión.

La Comisión había sostenido que “*la protección de la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público*”. Se trata de una fórmula cuya fuente reside en las reglas de la “real malicia” que fueron adoptadas por el principio 10 del Acta de Chapultepec, y particularmente por el desarrollo de ese principio en la Conferencia de Chapultepec sobre Libertad de Expresión realizada en San José de Costa Rica entre el 16 y 18 de agosto de 1998. También aparece expuesta en el Principio 10 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como interpretación del art. 13 de la Convención. Esta última, fue aprobada en octubre de 2000 durante el 108° período ordinario de sesiones de la Comisión.

La Corte sostuvo que, el empleo de la vía penal debe ser mínimo y necesario para tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a “*conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes*”. La tipificación de la conducta penal debe ser clara y precisa, guardando relación con el daño inferido.

En el caso de la libertad de expresión, las medidas penales deben ser analizadas con especial cautela, en forma verdaderamente excepcional, respondiendo a una absoluta necesidad y exigiendo, en todos los casos, que la carga de la prueba recaiga en quien formula la acusación. Esta conclusión importa descartar la teoría de la prueba dinámica o recíproca para la configuración, o no, del delito.

La Corte no se pronunció explícitamente sobre la propuesta de la Comisión referente a funcionarios públicos o personas públicas o particulares que se hayan involucrado voluntariamente en asuntos de interés público o institucional, pero sí destacó que los periodistas tienen el deber de constatar en forma razonable, “aunque no necesariamente exhaustiva”, los hechos sobre los que fundamentan sus opiniones. Ello a fin de respetar el derecho de las personas a no recibir una información manipulada de los hechos.

Concretamente, en el caso “Kimel”, la Corte sostuvo que resultaba notorio el abuso en el ejercicio del poder punitivo, pero sin ofrecer un fundamento para su conclusión en esta parte de la sentencia.

La Corte entendió que todas las personas, incluyendo a los jueces, están amparados por el art. 11 de la Convención que reconoce el derecho al honor. Asimismo, el art. 13.2. dispone que la lesión a ese derecho puede concretarse mediante el ejercicio de la libertad de expresión con las consecuentes responsabilidades ulteriores.

Pero, si bien la medida penal puede ser un instrumento idóneo para salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, esto no significa que, en el caso “Kimel”, la vía penal fuera necesaria y proporcional.

La Comisión había sostenido que la conducta de Kimel se había traducido en un razonable ejercicio del periodismo de investigación, pues se trataba de brindar información de evidente interés público que “*tenía por objeto aportar al debate y servir como medio fiscalizador de un funcionario público*”. Importaba la necesidad de informar sobre el funcionamiento de los órganos gubernamentales durante el lapso entre 1976 y 1983 emitiendo opiniones y “*críticas incluso ofensivas y fuertes*” sobre quienes ejercieron cargos públicos durante esa época, incluyendo a los jueces.

La Corte señaló que, conforme a su doctrina, “*La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión*”.

Para el caso concreto de Kimel, consideró que la condena penal impuesta constituía una responsabilidad ulterior (art. 13 CADH) sumamente grave desprovista de proporcionalidad. Es que, las expresiones referidas a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público, o a los actos realizados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus tareas, gozan de mayor protección en el marco de la Convención debido a que fomentan el pluralismo y el debate democrático. Por otra parte, dijo la Corte, los funcionarios gubernamentales están más expuestos al escrutinio y la crítica por el cargo que ocupan y que aceptaron voluntariamente. En definitiva, se trata de una carga democráticamente previsible que acarrea el cargo asumido. En tales casos, la actividad del funcionario se aparta del dominio de la esfera privada para incorporarse a la esfera del debate público. Se proyecta a una dimensión institucional. Por ende, la carga no

resulta de la persona del sujeto, sino del legítimo interés público sobre las actividades oficiales que realiza.

Añadió la Corte que, en el debate sobre temas de elevado interés público, se protegen todas las expresiones, incluyendo las que irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a cualquier sector de la sociedad.

Para la Corte, la crítica contenida en el libro de Kimel se relacionó con temas de notorio interés público —el homicidio de cinco religiosos—; cuestionaba el funcionamiento del Poder Judicial, incluyendo al magistrado judicial interviniente en la causa; y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos. Kimel emitió una opinión que no se vinculaba con la vida personal del juez querellante, sino con la causa judicial a su cargo, sin atribuirle una conducta ilícita propia del delito de calumnia. Por otra parte realizó una reconstrucción de la investigación judicial, y a partir de ella emitió un juicio de valor crítico sobre el desempeño del Poder Judicial durante cierta época. De manera que, por tratarse de opiniones, las expresiones de Kimel no podían ser consideradas como verdaderas ni falsas. No podían ser sometidas a la prueba de veracidad.

El argumento de la Corte no nos resulta del todo convincente. Toda información genera una opinión, y toda opinión se basa sobre la información de hechos. Kimel practicó una investigación; describió los hechos resultantes de ella; y finalmente emitió un juicio de conocimiento, similar al del juez Elbert. (34) Si tengo conocimiento que un juez es alcohólico, podré sostener que “el vicio de la sentencia es fruto del estado de ebriedad del Juez” o “puede ser que el vicio de la sentencia sea fruto del estado de ebriedad del juez”. En ambos casos, como consecuencia del conocimiento de un hecho, emito un juicio de conocimiento y no de valor. A lo sumo, si se quiere, se trata de una opinión fundada.

La Corte concluyó afirmando que la libertad de expresión de Kimel fue lesionada con la sanción penal de modo manifiestamente desproporcionado en relación con la presunta afectación del derecho al honor del querellante.

Tras resolver esos cuatro aspectos sustanciales, la Corte, compartiendo el allanamiento del Estado, sostuvo que en el caso “Kimel” se había violado el art. 8.1 de la Convención que impone un plazo razonable para el

(34) LA LEY, 1997-E, 403.

juzgamiento de una persona. La querrela fue promovida el 28 de octubre de 1991 y concluyó el 14 de septiembre de 2000 cuando, la Corte Suprema, desestimó in limine el recurso de hecho planteado por Kimel contra la denegación del recurso extraordinario dispuesta por la Cámara de Apelaciones que le aplicó la condena definitiva.

Habían transcurrido casi 9 años. En primera instancia la causa tramitó durante casi 4 años. En la Cámara, más de un año. En la Corte Suprema casi 2 años. El lapso restante fue insumido por la nueva sentencia de la Cámara y el fallo final del Alto Tribunal.

No cabe duda que el plazo no fue razonable especialmente en primera instancia. Pero también es cierto que la tramitación de la causa ante la Comisión y la Corte Interamericana se extendió desde el 6 de diciembre de 2000 hasta el 2 de mayo de 2008. Algo menos de 8 años, que también constituye un plazo manifiestamente irrazonable. Es cierto que el Estado vulneró el art. 8.1 de la Convención, pero también lo hicieron los organismos internacionales que le formularon ese cargo.

Sería bueno que, en lo sucesivo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana se esmeraran en actuar con más celeridad para cumplir lo que exigen que cumpla el Estado.

La Corte no aceptó el reclamo indemnizatorio por el daño emergente sufrido por Kimel con motivo de los esfuerzos económicos realizados para litigar en el orden local e internacional. Consideró que ellas estaban comprendidas en el rubro de reintegro de costas y gastos judiciales y no de indemnizaciones. Pero sí aceptó el pedido de lucro cesante, reconocido sin cuantificar por el Estado, que fue fijado en US\$ 10.000. En cuanto al daño inmaterial o moral, respecto del cual el Estado se abstuvo de alegar, su monto indemnizatorio se estableció en US\$ 20.000. También ordenó al Estado para que, en el plazo de seis meses, deje sin efecto la condena impuesta a Kimel en todas sus partes, y que procediera a divulgar la sentencia, sin sus notas, en un diario oficial y otro de amplia circulación nacional por una sola vez.

Finalmente, la Corte reiteró que el Estado debía dar cumplimiento al principio de legalidad penal adecuando “*en un plazo razonable su derecho interno a la Convención, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión*”.

Compartimos la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte reivindicó la plena vigencia de la libertad de expresión, sin quedar sujeta a responsabilidades ulteriores, cuando se ejerce en una dimensión institucional, sólo aceptable en el marco de una democracia constitucional. Además, la decisión en el caso “Kimel”, que previamente había sido aceptada por el Estado, no hace más que reproducir, varios años después, las críticas doctrinarias que, en su momento, mereció la sentencia emitida por nuestra Corte Suprema de Justicia.

Pero su contenido no nos satisface. Al margen de reiterar conceptos que ya habían sido formulados en la Opinión Consultiva 5/85, y en los casos “Olmedo Bustos c/ Chile” de 2001 (LA LEY, 2001-C, 135), “Palamara Iribarne c/ Chile” de 2003 y “Herrera Ulloa c/ Costa Rica” de 2006 (LA LEY 2002-C, 229), no brinda soluciones o reglas, relativamente objetivas, para precisar los límites del derecho a la libre expresión. Pudo haber hecho, pero no lo hizo, lo que hizo nuestra Corte Suprema de Justicia cuando expuso la doctrina “Campi-llay”, (35) o la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos cuando fijó las reglas de la “real malicia”. (36) Criterios que, en ambos casos, ofrecen mayor seguridad jurídica respecto a los alcances de la libertad de expresión que los expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia excesivamente dilatada, y hasta cierto punto confusa.

Tanto el Estado como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aceptaron que *“la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impiden que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

Asimismo, la Comisión sostuvo que *“la mera existencia de los tipos penales aplicados al señor Kimel disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias”,* y que *“si el Estado decide conservar la normativa que sanciona las calumnias e injurias, deberá precisarla de forma tal que no se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”*.

(35) Fallos C.S. 308:789 (LA LEY, 1986-C, 411)

(36) 376 US 255.

Tales conclusiones, fueron aceptadas por la Corte Interamericana imponiendo, al Estado, el deber de modificar su derecho interno para no afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y dentro de un plazo razonable.

En síntesis, la Corte Interamericana condenó al Estado argentino a:

1) Pagar a Kimel las cantidades citadas en concepto de reparación de los daños material y moral, así como también las costas del juicio dentro del plazo de un año.

2) Dejar sin efecto la condena penal impuesta a Kimel y todas sus consecuencias dentro de seis meses.

3) Suprimir, inmediatamente, el nombre de Kimel de los registros públicos en los que aparezca registrando antecedentes penales relacionados con el caso.

4) Realizar, en un acto público, el reconocimiento de su responsabilidad como desagravio hacia Kimel.

5) En un plazo razonable, modificar su derecho interno en orden a los delitos de calumnias e injurias, de modo tal que la legislación interna ofrezca seguridad jurídica en la tipificación de las figuras penales y no afecte el ejercicio de la libertad de expresión.

6) Publicar, en un diario oficial y en otro de amplia circulación, el capítulo VI del fallo —por cierto bastante extenso— referente a la libertad de expresión, al principio de legalidad, la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones modificatorias del derecho interno, dentro del plazo de seis meses.

El caso “Kimel” tiene en común, con el caso “Espósito”, en que se concretó, en instancia internacional, un acuerdo entre el accionante y el Estado que reconoció su responsabilidad. Con el caso “Cantos”, en que la Corte Interamericana decidió invalidar una sentencia de la Corte Suprema que tiene autoridad de cosa juzgada.

¿Cómo dará cumplimiento el Estado a sus obligaciones? Probablemente, no acudirá a la vía judicial, tal como lo hizo en el caso “Cantos”, para evitar un rechazo de su pretensión.

En rigor, para ese cumplimiento no resulta necesario demandar la ejecución judicial del fallo sino instrumentar, a través del Poder Ejecutivo y el Congreso, los actos idóneos para hacer efectiva la decisión de la Corte Interamericana.

El pago de la indemnización y costas, se podrá concretar mediante un decreto del Poder Ejecutivo.

La condena penal a Kimel se podrá dejar sin efecto mediante un decreto que disponga su indulto, pero será insuficiente para suprimir el antecedente penal de los registros públicos. Será necesaria la emisión de un decreto de necesidad y urgencia o de una ley de Congreso, aunque el primero es constitucionalmente inviable por recaer sobre una materia del derecho penal.

¿Y la indemnización acordada a Rodolfo Rivarola por sentencia firme y con autoridad de cosa juzgada? Para el supuesto que no la hubiera percibido, el fallo de la Corte Interamericana no lo puede privar de un derecho adquirido, y con mayor razón teniendo en cuenta que no pudo ejercer su derecho de defensa en el orden internacional, ni cuestionar la decisión del Estado en reconocer su responsabilidad externa. Por otra parte, si las condenas internacionales son sólo aplicables a los Estados, mal se pueden extender sus efectos a los individuos. Estimamos que, el reconocimiento formulado por el Estado, determina que asume todas las cargas que judicialmente le fueron impuestas a Kimel. Quedarían incorporadas al concepto de costas, con el consiguiente derecho de Rivarola para demandar su cumplimiento al Estado.

La realización del acto público de reconocimiento de la responsabilidad estatal, será exigible al Poder Ejecutivo por tener el ejercicio de la representación externa del Estado.

La publicación del capítulo VI del fallo en el Boletín Oficial, queda a cargo del Poder Ejecutivo. También la contratación de los espacios en un medio de prensa privado. Contratación que no podrá ser gratuita sino onerosa. El fallo no obliga al medio de prensa que elija el Estado a efectuar la publicación en forma gratuita, ni podría hacerlo porque se estaría violando la propiedad privada y la libertad de prensa. Asimismo, si el medio de prensa seleccionado por el Estado se niega a efectuar la publicación —cual es poco probable considerando que importa reivindicar el ejercicio de la libertad de expresión— el Estado deberá elegir otro medio.

Es inviable obligar a un medio de prensa a publicar lo que no quiere publicar, porque se estará desencadenando una violación a la libertad de prensa y un acto de censura (arts. 14 y 32 CN, y 13 de la CADH).

Probablemente el Poder Ejecutivo emita un decreto, de contenido similar al 1313/2008 (La Ley Online) dictado con motivo de los casos “Cantos” y “Espósito”.

En cuanto al deber de adecuar, en un plazo razonable, el derecho interno en resguardo de la seguridad jurídica y la libertad de expresión, será una labor que deberá realizar, legislativamente, el Congreso. Pero, si no existe voluntad política en los legisladores, difícilmente se dará cumplimiento a esta obligación. Este escepticismo se basa sobre un antecedente concreto.

El 1° de octubre de 1999, en el caso 12.128 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se hizo efectiva una solución amistosa por la cual, el Estado, se comprometió con la Asociación de Periodistas en buscar una forma legal que permita superar las restricciones a la libertad de expresión que se desprenden de la legislación civil y penal.

La idea era sancionar una ley que se adecuara a la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión que había esbozado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el art. 13 de la Convención Americana, y sobre la base de la Declaración de Chapultepec de 1994. Esa Declaración de Principios fue aprobada formalmente por la Comisión en octubre de 2000. Su principio 10° establece: *“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección de la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”*.

El 17 de noviembre de 1999 ingresó el proyecto de ley (S. N° 2027) al Senado de la Nación para cumplir el compromiso contraído. El proyecto fue avalado por los senadores José Genoud y Jorge Yoma en representación de los dos bloques mayoritarios. Presentaba la virtud de no constituir

una ley de prensa, porque se limitaba a modificar normas generales de la legislación civil y penal, adoptando una postura intermedia entre el régimen vigente y la absoluta despenalización de las calumnias e injurias.

El texto del proyecto fue el siguiente: “*Artículo 1°.- Se incorporan como párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 1089 del Código Civil los siguientes: Estará exenta de responsabilidad civil la formulación o difusión de informaciones veraces sobre hechos de interés público referidas a funcionarios, figuras públicas o particulares, cuando éstos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público. La difusión por cualquier medio de información inexacta sobre hechos de interés público que pueda afectar el honor de las personas estará exenta de responsabilidad si se refiere a funcionarios o figuras públicas y a particulares, cuando éstos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público. La responsabilidad civil, en tales supuestos, se dará si el afectado por la informaciones prueba la falsedad de las mismas y el dolo o culpa grave del autor. Sólo se entenderán reunidos estos extremos cuando quien se sintiere agraviado demostrara la falsedad de los hechos, la real malicia con que fueron difundidos pese al conocimiento de esa falsedad por el autor o su temerario desinterés por la verdad. La formulación o difusión por cualquier medio, de juicios de valor referidos a funcionarios o figuras públicas y a particulares, cuando estos últimos se hayan involucrado en cuestiones de relevante interés público, estará exenta de responsabilidad civil. Se entiende por juicios de valor también las expresiones humorísticas. Quedará excluida la responsabilidad civil de quienes, en los casos de los párrafos segundo, tercero y cuarto se limiten a la reproducción fiel de información ya vertida por otros medios de difusión o por autoridades públicas o entidades intermedias de cualquier índole, y aún por particulares, si se consigna la fuente. Si ésta se mantuviere en reserva, se aplicarán las disposiciones de los párrafos segundo, tercero y cuarto de este artículo. Artículo 2°.- Se reemplaza el artículo 111 del Código Penal de la Nación por el siguiente: No será punible la difusión por cualquier medio, de informaciones o juicios de valor que versaren sobre hechos de interés público referidas a funcionarios, personalidades públicas o a particulares, cuando estos últimos se hayan involucrado voluntariamente en cuestiones de relevante interés público. Se entiende por juicio de valor también las expresiones humorísticas. Artículo 3°.- Se reemplaza el artículo 113 del Código Penal de la Nación por el siguiente: El que a sabiendas de su carácter injurioso o calumnioso reprodujere por cualquier medio injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, salvo*

que se dieran las circunstancias del artículo 111. No serán punibles quienes reproduzcan fielmente informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público ya vertidas por otros medios de difusión o por autoridades públicas o entidades intermedias de cualquier índole, o por un particular. No serán punibles a título de los artículos 109 y 110 las manifestaciones críticas formuladas en público por cualquier persona siempre que dichas manifestaciones tengan las demás características enunciadas en el artículo 111 del Código Penal”.

Este proyecto de ley, que introducía las doctrinas “Campillay” y la “real malicia”, al margen de despenalizar parcialmente las injurias, reducía sensiblemente la responsabilidad civil de quienes ejercen la libertad de expresión, sean o no periodistas, sobre temas de interés institucional o de relevante interés público. (37)

Sin embargo, pese a las audiencias públicas convocadas por el Senado, el proyecto no llegó a ser debatido en su seno. Ello obedeció, sustancialmente, a que la mayoría de los senadores, incluyendo a los firmantes del proyecto, si bien en público se proclamaban como fervientes defensores de la libertad de expresión, estaban impregnados de prejuicios sobre el ejercicio de ese derecho. Consideraban que las normas proyectadas expondrían a los funcionarios gubernamentales a todo tipo de críticas que, subjetivamente, consideraban inadmisibles por considerarlas intrínsecamente injustas.

Si bien el proyecto podía ser perfeccionado, lo cierto es que, en esa oportunidad, el Estado no honró el compromiso internacional asumido. ¿Lo hará en esta oportunidad, o proseguirá desconociendo el nuevo compromiso resultante del caso “Kimel” y obligando a los jueces a paliar la inoperancia del Congreso y del Poder Ejecutivo sobre la materia?

(37) Sobre el particular, merecen ser destacados los proyectos de leyes presentados entre 1989 y 1998 por el senador Juan R. Aguirre Lanari, mucho más claros y concisos que el descripto, y que nunca merecieron el tratamiento en plenario del Senado.

LA GESTIÓN JUDICIAL EFICIENTE ¿SUPONE LA REALIZACIÓN DE UN CAMBIO RADICAL?

POR ENRIQUE M. FALCÓN (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Estado actual de la cuestión. 3. El problema. 4. Un modelo preferente. 5. El factor subjetivo y el factor objetivo. 6. El plan maestro. 7. Conclusiones.

1. Introducción

La palabra gestión tiene significados muy variados, pero aquí nos queremos referir, específicamente, a una tarea de administración, dirección, organización y ejecución dentro de un ámbito determinado. Sin embargo, aún recortando el concepto de este modo, debemos aún afinarlo, porque nos encontramos en un campo difuso que debe fijarse un poco más concretamente, ya que la misma palabra dentro del esquema planteado, presenta por lo menos una serie de pasos o ideas diversas.

1) En un primer sentido la palabra “Gestión” (de gestionar) significa *realizar las diligencias o tareas conducentes al logro de un determinado objetivo.*

Este primer aspecto nos traslada a la teoría de los objetivos.

2) En un segundo sentido “Gestión” equivale a “Administración” que es *dirigir u organizar, en especial los bienes y las personas.* Este es el criterio general empresario americano cuando hablan de Management.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de setiembre de 2009.

Aquí se impone determinar con qué teoría de la administración vamos a trabajar, sin perjuicio de lo cual, este segundo aspecto, nos lleva a *la organización y el método*, dentro del concepto de *Organización de las Administraciones*.

3) El un tercer sentido “Gestión” significa un paso dentro de la dinámica administrativa, y ese paso, como veremos luego, significa su inserción en el campo de los sistemas

Este aspecto nos lleva a considerar, junto con la gestión, los objetivos, el planeamiento y la actividad necesaria para la realización práctica de la tarea prevista, cuestión sumamente compleja, pues en ella debe tenerse en cuenta que la gestión de que hablamos es para la aplicación en el Poder Judicial, que tiene dos vertientes la Administrativa y la Jurisdiccional y ambas deben estar necesariamente interrelacionadas. De manera que se requieren dos tipos de gestión diferentes que se complementan

Si bien en todos los tiempos ha habido algún tipo de Administración y de Gestión en el Poder Judicial, ella ha sido tomada de un modelo del siglo XIX, al que le fueron agregando parches permanentes hasta que el mencionado modelo perdió eficacia. Como consecuencia hay un gran clamor social respecto de la justicia. Ese clamor tiene una serie de variantes que la gente—para quien están creados los tribunales— advierte que ellos no tienen independencia en muchos casos, que han sido invadidos por el poder político de los otros dos Poderes del Estado, especialmente el Administrador, que existe corrupción, que la mora en el ejercicio de las funciones es notable y que en general uno puede encontrarse inmerso en el mundo kafkiano.

2. Estado actual de la cuestión

La temática de Gestión ha sido impulsada recientemente por la Corte Suprema, mediante una idea gestión informática y una gestión administrativa. A la postre la primera será la herramienta para la segunda. Pero luego de hacer un manual para la segunda con instructivos y estructuras, pasó el sistema de gestión a las Cámaras. Éstas, que habían tenido diversos campos experimentales: como el conocimiento del trámite de las causas por Internet, la comunicación electrónica de datos administrativos, poderes por vía web, juzgados con el sistema Projum y un sistema de audiencias orales con filmación de las audiencias entre otras cosas, no han logrado todavía establecer, ni la Corte tampoco lo ha hecho, un sistema real de Gestión. ¿Por qué? Varias razones confluyen para esto:

* La gestión se quiere hacer mediante parches a veces incompatibles, pero no hay en realidad un plan general.

* A pesar de que la idea del proceso oral es la tendencia doctrinaria generalizada y que se aplica en muchos países, en el sistema federal sólo se ha logrado ello en materia penal.

* El hecho de que algunas provincias tengan sistemas orales en materia de familia, laboral, administrativo y algunas también en civil y comercial, no ha cundido especialmente en las grandes urbes porque hay que solucionar primero otras cuestiones.

3. El problema

De acuerdo con lo expresado precedentemente y el párrafo anterior tenemos un problema. Encontrarse en un problema no siempre es fácil de determinar. A menudo el problema aparente no es el asunto real que hay que tratar. En su prisa por obtener un resultado, quienes deben resolverlo, muchas veces, tratan asuntos secundarios, los síntomas y no las causas de los problemas, para tener la impresión de que han hecho algo positivo. Evidentemente, existe el peligro de que los problemas subyacentes vuelvan a presentarse más tarde, por lo que habrá que gastar más energía en el mismo problema.

Una segunda cuestión es la tentación de evitar el asunto real que provoca lo que se llama efecto “corsé”. Es decir, al contener los problemas de un campo, puede salir problemas en otro (v. gr. Resolvemos los problemas de la justicia penal asignando mayor presupuesto y personal, pero como el presupuesto es limitado la justicia comercial, por ejemplo comienza a tener graves inconvenientes).

Una tercera cuestión que se me ocurre, es que en muchos casos *se teoriza sobre los problemas, se forman comisiones, se hacen estudios teóricos, pero no se tiene la real conciencia de cómo esa teoría se pasa a la práctica*. Un ejemplo de lo constituyen la innumerable cantidad de congresos, reuniones, seminarios, etc. que tratan el problema de la justicia, a lo que se suma una la tendencia a modificar los códigos total o parcialmente, sin contar con elementos anteriores a la normativa, o dando soluciones parciales incompatibles con el sistema general del ordenamiento positivo. (1)

(1) Uno de los ejemplos más notorios fue la reforma del CPCCN por la ley 25.488.

¿Qué significa que tenemos un problema o cómo nos damos cuenta de que existe? Pues bien, un problema es la situación en la que caben dos preguntas:

* Cómo nos gustaría que fuera la situación?

* En qué difiere ésta de la situación actual?

Tal vez debemos trabajar no sólo sobre el problema, sino sobre la gestión de problemas que, a diferencia de la resolución de problemas, no trata únicamente de cómo encontrar una solución. Encontrar la solución a un problema es sólo la mitad del asunto. En la gestión de problemas, el punto central es plantearse las *preguntas adecuadas*, (2) viendo cómo encaja el problema en la imagen o el contexto general, y sólo entonces gestionar la dinámica del problema en particular. De manera que la gestión de problemas nos llevará indefectiblemente a la organización de la Justicia mediante una estructura sistémica.

Como la experiencia muestra que la solución de parches que se van agregando, el cambio de Códigos de procedimiento, la aplicación de la informática sin haber hecho un diagnóstico con precisión y seriedad, no resuelven la situación, debemos decir concretamente que debemos hacer un cambio radical. Como hemos dicho, este cambio tiene dos fases. Una administrativa y otra jurisdiccional. Dejaremos la jurisdiccional para otro momento, pues resulta igualmente compleja y muy importante, por lo que requiere un extenso tratamiento, de manera que ahora nos ocuparemos de la gestión administrativa.

En la actualidad las gestiones de administración y jurisdicción se hallan juntas y confundidas. En un tribunal cualquiera de cualquier instancia los jueces deben ocuparse tanto de resolver los conflictos jurídicos como los administrativos. Estos últimos comprenden la organización administrativa del juzgado, las relaciones con el personal, la organización y método de llevar las causas, hacer estadísticas etc. Todo ello a su vez reglamentado e interrelacionado con Acordadas, Reglamentos y Resoluciones, tanto de la Corte Suprema como de las Cámaras de cada uno de los fueros. A su vez existen modos de comportamiento y solución de problemas distintos en

(2) Si uno quiere remontarse en la historia a la eficacia de la pregunta adecuada puede recurrirse hasta Sócrates y su aplicación de la mayéutica, consistente en que por medio de las preguntas adecuadas el maestro provoca en el alumno el hallazgo de la verdad, que este tenía dentro de sí, lo que facilita no sólo el entendimiento sino el compromiso con la tarea.

los diversos juzgados y aun en distintas secretarías de un mismo juzgado o tribunal. La tarea administrativa de los tribunales consume tiempo y energías que deberían que deberían dedicarse a resolver los conflictos jurídicos llevados a su conocimiento.

4. Un modelo preferente.

Un modelo preferente, como el que pueda proponerse, no es cambiar de inmediato la situación actual por otra, porque ello generaría un grave caos. Tampoco son suficiente la aplicación de modelos determinados para situaciones que no contemplan la generalidad de los supuestos como sucedió con los tribunales de familia de la provincia de Buenos Aires, que finalmente tuvieron que pasar de tres jueces de instancia única, a un juez de primera instancia con una Cámara de apelaciones colegiada. (3) Tampoco resulta útil poner instancias casatorias intermedias, porque por un lado violan del Pacto de San José de Costa Rica (especialmente en materia penal, pero de la que no está exenta la materia civil) (4) y por otro no son realmente más que tribunales de segunda instancia, que no impiden el paso de las causas a la Corte Suprema, porque para ello hay hacer otras modificaciones.

Un cambio radical inmediato puede hacerse en comunidades generalmente pequeñas o en provincias con pocos habitantes, pero en ciudades como Buenos Aires ello no es posible. Entonces ¿qué es lo que se debe hacer? Lo que se debe hacer es trabajar en un modelo nuevo. Este modelo debe distinguir claramente una organización administrativa centralizada

(3) Ver leyes de la provincia de Buenos Aires: 11.453 con sus reformas, y la sustitución por la ley 16.364.

(4) Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), Suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Art. 8°. “Garantías judiciales....2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Al respecto en el caso Casal se dijo: Los recursos ante la Cámara de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los arts. 8 inc. 2 ap. h Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 inc. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La interpretación restrictiva del alcance de la materia de casación, con la consiguiente exclusión de las llamadas cuestiones de hecho y prueba, no sólo resultaría contraria a la ley constitucional sino a la propia ley procesal, en tanto no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración del material probatorio en el caso concreto (CSJN., 20/9/2005, Casal, Matías E. y otro, robo simple en grado de tentativa /causa 1681; SJA 29/3/2006; JA, 2006-I-779; JA, 2005-IV-734 y otros fallos posteriores).

y completa que sirva de apoyo suficiente a la tarea jurisdiccional y una organización jurisdiccional. Mientras se propone una administración única, el ejercicio de la jurisdicción corresponde a cada magistrado o tribunal. La organización diferenciada no significa que la Administración se transforme en un ente burocrático, ineficiente e independiente, pues ello no sucede si la formación del sistema se hace como corresponde, los controles y la retroalimentación son los adecuados y la supervisión de la Corte Suprema se mantiene constantemente, lo que evita fácilmente cualquier desviación en la organización administrativa. (5)

Ahora bien, el modelo nuevo es de futuro, el actual es de presente y no se extinguirá hasta que el nuevo modelo esté en condiciones totales de reemplazarlo. Con lo cual, mientras vamos preparando el nuevo sistema el anterior continúa vigente y se la van haciendo variantes. Pero en lugar de hacerlo modificaciones parciales para mantenerlo, deberán irse haciendo modificaciones para pasar de la situación actual a la que queremos tener.

Se trata de una tarea de altísima dificultad que requiere contar con la dirección y el apoyo de expertos en la materia. La tendencia infantil, o más bien adolescente de considerar que los que deben hacer, dirigir y realizar este tipo de tareas son exclusivamente los tribunales, es un error conceptual y muestra una gran ignorancia en la materia. Es cierto que los expertos externos deberán también acomodar el sistema a los requerimientos de la justicia y para ello no podrán prescindir de la participación y colaboración de la gente que se encuentra realizando las tareas en el área a aplicar la gestión, pero ello no significa sustituir los criterios técnicos por creencias no fundadas científicamente.

No obstante todo lo expresado, siempre, antes de una tarea de esta envergadura, tiene que haber una *política de cambio* que sea considerada y

(5) La justicia penal de Chubut ha implementado un sistema diferenciado de Administración y jurisdicción, con real eficacia de resultados. El sistema tuvo origen en el art. 75 del CPP de Chubut que dispone: "OFICINA JUDICIAL. DELEGACIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES: INVALIDEZ. El juez o tribunal será asistido por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique. La delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos tornará inválidas las actuaciones realizadas y hará responsable directamente al juez por las consecuencias; se considerará causal de mal desempeño y se pasarán las actuaciones al Consejo de la Magistratura". De una manera menor aparece también la idea en el art. 41 de la ley 24.050 en el proceso penal.

admitida por todos los niveles del Estado. Si la adecuada organización de la Justicia no es una cuestión de Estado destinada a solucionar los problemas existentes, entonces todo lo demás será inoperante.

5. El factor subjetivo y el factor objetivo

a) *Factor subjetivo*. Como se ve, me oriento primero hacia el campo que es el de los sujetos y quizás sea el más importante, por las dificultades que plantea. La actividad subjetiva en cualquiera gestión es previa a la realización de la misma y requiere.

* Motivar para el cambio.

* Trabajar en equipo interdisciplinario

La motivación para el cambio consiste en informar, mostrar y convencer por qué el sistema presentado es más barato y más eficaz. Pero además, hay que comprometer y persuadir a la gente de que la nueva situación será mejor por: 1) será más fácil y placentera, 2) eventualmente la capacitación la brindará la oportunidad de nuevos objetivos personales, 3) la acción será reconocida por participar en una tarea de importancia a nivel social, dando respuesta en tiempo y forma a los problemas. Tener un equipo interdisciplinario que conozca sobre la materia es absolutamente necesario, pero tal vez sea el problema menor, porque nuestras Universidades cuentan con numerosos profesores especializados en esas materias.

b) *Factor objetivo*. Otro tema que es muy importante, y también previo es determinar donde se va a aplicar la gestión. Se trata de una cuestión objetiva. Esto requiere responder a las siguientes preguntas.

* Será en una metrópolis grande o en un lugar medio o pequeño?

* Conservará o no patrones de individualidad?

* Se hará sobre el sistema existente o se creará uno nuevo (cambio global)?

* Será centralizada o descentralizada?

* Se hará secuencialmente con la manutención de ambos sistemas pero orientados al cambio con un objetivo final de transformar

* En cualquier caso, tengo los recursos o insumos humanos, económicos, financieros, científicos y tecnológicos para hacerlo?

6. El plan maestro

En una tarea de esta magnitud es necesario un plan maestro. Dicho plan se compone de un diagnóstico preciso y claro, de objetivos, del planeamiento, de los insumos, del procesador, del producto, del control y de la retroalimentación.

a) *Un diagnóstico* consiste en el paso de un proceso en que se analizan los factores causales relacionados con la situación existente con claridad y precisión para tener presente los elementos que pueden ser utilizados en el nuevo modelo. El diagnóstico, para ser eficaz, debe realizarse por terceros expertos extraños al sistema.

b) *El segundo paso son los objetivos*. Los objetivos son de muy diverso tipo, pero podemos generalizarlos en tres. *Objetivos generales* que son más abstractos y abarcan mayor campo, que en el caso que nos ocupa podrían ser las declaraciones fundamentales de la Constitución (afianzar la justicia). Otros objetivos son los *intermedios* que se aplicarían al cambio que queremos hacer, como podría ser establecer un sistema de gestión para una adecuada solución de los conflictos jurídicos en tiempo y forma. Finalmente tenemos los *objetivos operativos*, los que se definen con una fórmula que expone que en la tarea debe lograrse una conducta externa y observable que consideremos indicadora de una tarea o una habilidad adquirida.

Los objetivos también se definen como metas, las que pueden ser finales o globales, totales o segmentadas, etc. En cualquier caso durante el curso del logro de las metas pueden plantearse inconvenientes pues las mismas generalmente se desarrollan a través de subobjetivos que luego se ensamblan para lograr el resultado final. La cuestión es que durante el desarrollo del plan, si los subobjetivos, por razones diversas, se desvían del rumbo, no debe dejarse de tener en mira en todo momento el objetivo final como camino para llegar al resultado querido (como sería suspender el trabajo en la mitad, sin resultados palpables, hacer modelos o simulaciones o desarrollos experimentales que luego no se aplican al todo, no contar o desviar los fondos del presupuesto o del mantenimiento, o resultar interferido por factores externos diversos) (6)

(6) Aunque la doctrina ya es unánime en que las posiciones en el proceso civil es un sistema para dejar de lado y que resulta retrógado que debe sustituirse por preguntas directas a las partes, cuando se hizo el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro, el Colegio de Abogados se opuso a modificar el sistema de posiciones con tal fuerza que el Código salió con el sistema viejo, sin interrogación directa para las partes.

Nuestro objetivo es diferenciar el sistema administrativo del sistema jurisdiccional, de manera que los jueces se ocupen exclusivamente de la solución de los conflictos jurídicos y tengan una administración centralizada de apoyo efectivo de la más alta calidad, donde los que participen en la misma sean especialistas en la organización y métodos administrativos apropiados para el Poder Judicial.

c) *El planeamiento* Luego de fijado el objetivo y previo a cualquier acción, es necesario el planeamiento. El *plan de tareas* es un proyecto que especifica la asignación de recursos, los programas y otras acciones necesarias para cumplir las metas u objetivos. El plan de tareas incluye el modo como se realizaran las mismas y define los medios para cumplirlas. El plan contiene un diseño de la estructura que comprende no sólo los elementos materiales, sino el tipo de actividades y relaciones, la división del trabajo, las formas de agrupamiento, el ámbito de control, los factores contingentes (como ambiente, tecnología etc.) y los organigramas que establecen la estructura a través de la misión y funciones, que se complementan con diagramas y manuales. La organización de las administraciones debe cumplir una serie de funciones que se pueden sintetizar en la actividades de función de los objetivos (lo que hace a la eficacia), objetivos que deben tener además aspectos en lo que hace a la economía de la actividad (eficiencia), lo que da lugar al cumplimiento adecuado de las tareas y el resguardo de los bienes (control), y confirmar en la estructura la posibilidad de información permanente del estado del sistema (para retroalimentación, esto es modificaciones y cambios necesarios). Una organización administrativa de cualquier especie debe posibilitar que las operaciones se realicen en el tiempo y la forma planeada para, de esa manera, lograr las metas establecidas.

Para ello, en este contexto, una organización debe contar con los siguientes elementos:

- * Estructura
- * Sistema de redes
- * Unificación de tareas comunes
- * Cadena de mandos
- * Especialización en la tarea a través de la misión y funciones
- * Elasticidad e interactividad de los sujetos en las distintas misiones y funciones en caso de ser necesaria

- * Flexibilidad
- * Aplicación de tecnologías
- * Administración de recursos humanos

d) *Los insumos*. Cualquier tarea compleja requiere insumos para la realización del objetivo y el cumplimiento del planeamiento. Los insumos serán humanos (algunos para la realización de la tarea de cambio, otros para ocuparse de las tareas una vez que el cambio esté hecho, otros para el control de seguimiento).

También serán necesarios elementos científicos y técnicos. Como ya hemos dicho quienes hagan esta tarea no serán los miembros del Poder Judicial, aunque éste tenga control sobre dicha tarea y proporcione los elementos particulares que hacen a la interrelación de la gestión.

Finalmente los insumos requieren elementos económicos y financieros. Los primeros están para la realización de la tarea. Costo de los científicos y técnicos, cursos de formación para el personal futuro que ocupe esas tareas, muebles e instalaciones, edificios adecuados e interrelacionados. Es decir que los insumos económicos suponen los recursos monetarios para el cumplimiento del plan, los financieros se distribuyen en cómo se va a realizar el gastos y el mantenimiento luego de finalizada la tarea. Estos recursos deben hallarse en el presupuesto de la Nación inicial y en los sucesivos.

La falta de cualquiera de los insumos hace incompleta, dificultosa o imposible la tarea, según sea el grado de deficiencia de los mismos.

e) *Procesador*. Con estos elementos entramos en el procesador. Llamamos así a la faz dinámica del plan maestro. En el procesador se cumplen los diversos pasos planificados previamente. El procesador tiene que poderse cumplir en cada uno de los plazos del planeamiento, resguardando las desviaciones de los objetivos que no permitan volver a la línea principal sin un costo económico y de tiempo. El desarrollo del procesador nos tiene que llevar al producto. Hay que tener en cuenta que si el sistema es secuencial evolucionando el antiguo hacia el moderno, sin desaparecer el primero de manera inmediata sino paso a paso, el procesador se deberá ocupar de ambos.

f) *Producto*. El producto es el resultado obtenido. El mismo puede ser inmediata, a mediano o a largo plazo, Estos dos últimos si se han configu-

rado planes para llegar a determinadas metas como base de metas posteriores. Tal vez haya llegado este momento haya que hacer un código de procedimientos adecuado al nuevo sistema jurisdiccional compatibilizado con el Manual de procedimientos administrativos que se debe realizar para el cumplimiento de la función de apoyo a la actividad judicial.

Como un derivado del producto, ahora será el momento de aplicar la gestión previstas *como proceso mediante el cual los individuos, asumiendo una actitud concreta (una tarea) modifican —en el presente— un estado o situación*, ya que el resultado no significa haber terminado, pues gestión-control es un continuo ininterrumpido. Si en el primero (planeamiento) el valor privilegiado y prioritario es el futuro, en la gestión es el presente.

Control. Casi ninguna tarea se puede revisar sin el debido control. Terminada la tarea el control, nos tiene que permitir comparar los objetivos con el resultado. De manera que si no coinciden habrá que revisar también el planeamiento, los insumos y el procesador. Pero el esquema gestión-control es continuo e ininterrumpido.

g) *Retroalimentación.* El seguimiento de cada una de las actividades resultantes para corregir los errores, ya sea en los insumos y el procesador para que el producto sea el adecuado, así como el mantenimiento del mismo y las modificaciones que haya que seguir realizando constituyen el núcleo de la retroalimentación. Las modificaciones que se hagan con motivo de la retroalimentación deberán hacerse considerando el sistema en general, ya que el cambio de algunos de sus elementos o subsistemas puede afectarlo gravemente si dicho cambio o modificación no es adecuada y coherente. La posibilidad de retroalimentación supone que el sistema es *abierto* y que interactúa con el medio en el que está inmerso. (7)

7. Conclusiones

Si los cambios no se realizan de la manera adecuada, no se diferencia la administración de la jurisdicción, teniendo administraciones pequeñas y

(7) La teoría de que salvo casos excepcionales los sistemas son abiertos fue contradicha, a mi juicio con un grave error conceptual, por dos biólogos chilenos Maturana y Varela, (en el libro *El árbol del conocimiento. Bases biológicas del conocimiento humano*, Santiago de Chile 1990), que mediante la expresión *autopoiesis* (que entiende que los sistemas se bastan a sí mismos produciéndose internamente y que su relación con el entorno es válida en cuanto este esté los fines de su propio sistema interno, aunque este aspecto lo entienden sólo como organizacional). El criterio, que podría discutirse mucho en biología, es inaplicable directamente a los sistemas sociales. La idea *autopoiética*, sólo tiene sentido

diferentes en cada uno de los juzgados, sumados a los regímenes de ordenamientos de las Cámaras del Fuero, si no se lleva constancia filmada de las audiencias, si no se quiere un cambio total, sino sólo modificaciones sobre lo existente, si no se forman las estructuras y no se establece la misión y funciones, entonces no se logrará mucho pues significará poner vino nuevo en odres viejos. Tal vez las ideas pergeñadas en este trabajo puedan ser discutidas y naturalmente habrá otras mejores y más completas, pero si no se organiza un modelo con objetivos, plan maestro, sistema (compuesto por insumos, procesador, producto, control y retroalimentación) es muy difícil que se pueda realizar algo concreto y significativo, pues si no se sabe a dónde se va es muy difícil que se pueda llegar.

de identificación, de manera de diferenciar un sistema de los demás y del entorno, pero la interinfluencia es indudable (Bertalanffy, Ludwig von, *Perspectivas en la teoría general de los sistemas*, p. 115 y sgtes.; Milsum, John H. *La base jerárquica para los sistemas generales vivientes*, en Bertalanffy y otros "Tendencia en la teoría general de los sistemas", Alianza Universidad, Madrid 1987, p. 168 y ss.; Bunge, Mario, *Sistemas sociales y filosofía*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1995, p. 14). Pero Luhmann considera que "Este modo de proceder tan específico queda indicado con el concepto de clausura de operación y pretende establecer que el sistema produce un tipo de operaciones exclusivas: por ejemplo, un ser vivo que reproduce la vida que lo mantiene vivo, mientras puede permanecer con vida; o un sistema social que produce la diferencia entre comunicación y entorno en el momento en que lleva a efecto procesos de comunicación, es decir, en el momento en que la comunicación desarrolla una lógica propia de enlace de la próxima comunicación, que inventa su propia memoria y con esto se deslinda (se diferencia) de lo específicamente viviente.. (de manera que existe) el principio de que un sistema no puede operar en el entorno. Las operaciones no se pueden reproducir en el entorno, porque entonces quedaría saboteada la diferencia sistema/entorno.... la consecuencia de que el sistema no puede emplear sus propias operaciones para entrar en contacto con el entorno. Si se quiere así, esto último constituiría la especificidad del concepto clausura de operación. Las operaciones son acontecimientos que sólo surgen en el sistema y no pueden ser empleados para aferrar ni acometer el entorno. En el plano de las operaciones propias del sistema no hay ningún contacto con el entorno. Esto vale aun cuando —y sobre este difícil principio, que contradice a toda la tradición de la teoría del conocimiento, se debe llamar expresamente la atención— estas operaciones sean observaciones o bien operaciones. Tampoco para los sistemas que observan existe, en el plano de su operar, ningún contacto con el entorno. Cada observación sobre el entorno debe realizarse en el mismo sistema como actividad interna, mediante distinciones propias (para las cuales no existe ninguna correspondencia en el entorno). De otra manera no tendría sentido hablar de observación del entorno. Toda observación del entorno presupone la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, la cual sólo puede hacerse en el sistema" (Luhmann, N., *Introducción a la teoría de Sistemas*, Anthopos, Universidad Iberoamericana - Iteso, México 1996, pág. 78).

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA NUEVA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

SUMARIO: 1. El estado de la legislación en la Argentina. 2. La reforma constitucional de 1994 y los derechos del consumidor. 3. Consumidores y usuarios. 4. El contrato de consumo. 5. El bien jurídico protegido. 6. Legitimación activa. 7. Legitimación pasiva. 8. La reparabilidad en vía administrativa del daño directo. 9. Viabilidad de la aplicación de “daños punitivos”.

1. El estado de la legislación en la Argentina

En nuestro país ni el Código Civil ni el de Comercio se habían ocupado en concreto del “consumidor”, aunque tácitamente lo involucraban al aludir: al comprador de la cosa en el contrato de compraventa (arts. 1323 del Código Civil y 450 del Código de Comercio); al locatario en la locación de servicios o de obra (arts. 1493, 1623 y concordantes del Cód. Civil); o al damnificado por una cosa (art. 2176 del Cód. Civil); etc. (1) Por lo que bien se pudo sostener que en el Código Civil “existe... el marco jurídico indispensable para tutelar a los adquirentes de productos y usuarios de servicios”. (2)

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 8 de octubre de 2009.

(1) ALTERINI, Atilio Aníbal, “El estatuto del consumidor” en “Contratos. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1989, p. 425, n° 2-a).

(2) PADILLA, Miguel M., “La protección al consumidor en la legislación argentina” en JA, 1976-III-765, n° VII; ZANNONI, Eduardo A., “Responsabilidad por productos elaborados”, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 248; ALTERINI, Atilio A. - LOPEZ CABANA, Roberto M. - STIGLITZ, Gabriel A., “La protección al consumidor en el marco de un proyecto de ley”, en LA LEY, 1989-B, 1002, n° 1 y nota 1.

El tema de que vamos a ocuparnos, específicamente recién comienza a interesar a la doctrina jurídica de nuestro país desde hace algo más de treinta años, cuando en la década de los años setenta del pasado siglo XX, aparecieron en la revista *La Ley* sendos artículos sobre la responsabilidad por productos elaborados, del profesor del University College de Londres Dr. Maurice Alfred Millner y de nuestro distinguido compatriota Dr. Jorge Bustamante Alsina. (3)

Entonces, sin embargo, el acento se hacía recaer sobre la causa del daño: el producto elaborado; en tanto que luego se empezó a hablar de la responsabilidad civil del fabricante, o sea que se tomó como principal punto de referencia al legitimado pasivo o responsable; y en la actualidad, con un criterio que ubica como verdadero protagonista del derecho de daños al damnificado, quién siempre va a tener derecho a la reparación de los perjuicios sufridos, se habla ya con más propiedad de resarcimiento del daño al consumidor. (4)

Luego nuestra doctrina se vino ocupando con bastante asiduidad de esta temática en la década de los años ochenta del siglo pasado; habiendo sido además abordada en distintos encuentros y jornadas científicos, tales como: las “VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” de La Plata, en setiembre de 1981 (5); las “Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho” de Punta del Este (República Oriental del Uruguay), en noviembre de 1986 (6); las “Primeras Jornadas de responsabilidad por productos farmacéuticos y medicinales” de Morón, en agosto de 1986 y abril de 1987 (7); el “Primer

(3) MILLNER, Maurice Alfred, “La responsabilidad civil por productos elaborados”, trad. Jorge E. Bustamante, *LA LEY*, 143-862 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho argentino”, *LA LEY*, 143-870 y siguientes.

(4) BUERES, Alberto J., “El acto ilícito”, Buenos Aires, Hammurabi, 1976, ps. 72 y ss., n° 16; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora, “La responsabilidad civil en la era tecnológica”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, ps. 179 y ss.; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto Antonio, “Responsabilidad por daños. (Elementos)”, Buenos Aires, Depalma, 1993, ps. 13 y ss., n° 3-A.

(5) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años”, Buenos Aires, Ed. Universidad Notarial Argentina, 1991, ps. 37 y sig., Comisión 2. Sobre estas Jornadas pueden verse: GOLDENBERG, Isidoro H., “La responsabilidad civil por los productos elaborados”, en *JA*, 1982-I-746 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *LA LEY*, 1982-B, 663 y siguientes.

(6) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., ps. 157 y sig., Comisión 1.

(7) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., ps. 251 y sigte., y 254 y sigte., Comisiones 3 y 5.

Congreso Internacional de Derecho de Daños” de Buenos Aires, en abril de 1989 (8); las “Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” de San Juan, en agosto de 1989 (9); y las “Jornadas Marplatenses de responsabilidad civil y seguros” de 1989 (10).

Pero en rigor tal régimen se debe complementar con las leyes que tienden a: cumplir “la misión ineludible del Estado de asegurar el correcto funcionamiento del mercado”, como dice la nota de elevación de la ley 22.262 de defensa de la competencia (Adla, XL-C, 2521); “proteger al consumidor” (nota de elevación de la ley 22.802 de lealtad comercial —Adla, XLIII-B, 1346—) (11); y regular los procesos económicos relativos a bienes destinados “directa o indirectamente a necesidades comunes o corrientes de la población” (art. 1 de la ley 20.680 de abastecimiento —Adla, XXXIV-C, 2006—); sin perjuicio además de las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial de los alimentos de consumo humano (nota de elevación de la ley 18.284, “Código Alimentario Argentino” —Adla, XXIX-B, 1456—), y con relación a todo “producto de uso y aplicación en la medicina humana” (art. 1° de la ley 16.463 de medicamentos —Adla, XXI-B, 968—); etc. (12).

En 1986 el Senado aprobó un proyecto de ley del senador León, de 106 artículos, sobre defensa de los consumidores y usuarios, que no logró la sanción de Diputados; y en 1989 la Cámara Baja giró a sus Comisiones de Comercio, Legislación general, Industria y Educación, un proyecto de ley de 28 artículos, elaborado por los Doctores: Atilio Aníbal Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel A. Stiglitz (13), que tampoco prosperó, pese a

(8) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., ps. 289 y siguientes.

(9) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., ps. 93 y sig., Comisión 6.

(10) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., ps. 274 y sig., Comisión 2.

(11) La integración con estas dos leyes referidas en el texto, hoy aparece expresamente mencionada en el art. 3, § 2°, de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), en su redacción actual según ley 26.361.

(12) ALTERINI - LOPEZ CABANA - STIGLITZ, ob. cit. en LA LEY, 1989-B, 1002 y sig., n° 1; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., “Defensa del consumidor. Ley 24.240”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, ps. 22 y ss., n° VI.

(13) ROUST, Eduardo: “Ley de defensa del consumidor” en diario LA LEY del 4 de octubre de 1990, secc. Información, p. 4; ALTERINI - LOPEZ CABANA - STIGLITZ, ob. cit. en LA LEY, 1989-B, 1013 a 1017, “Apéndice”.

haber merecido el respaldo de los despachos del “Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños” —Comisión n° 4— (Buenos Aires, abril de 1989) (14) y de las “Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” —Comisión n° 5— (San Juan, agosto de 1989) (15).

Por último, a fines del año 1993 se promulgó la ley 24.240 sobre protección y defensa de los consumidores o usuarios (art. 1°) (Adla, LIII-D, 4125), aunque con un importante veto parcial que, en lo esencial, suprimió la “solidaridad” entre los distintos co-responsables. Ley ésta que sufriera luego varias modificaciones: la de la ley 24.568 (Adla, LV-E, 5890) que modificara su art. 31, el que ha sido redactado nuevamente por la ley 26.361 (Adla, LXVIII-B, 1295), y la 24.787 de 1997 (Adla, LVII-B, 1340), sobre algunas obligaciones de proveedores de cosas y prestadores de servicios; e igualmente otras dos de real trascendencia: las leyes 24.999 (Adla, LVIII-C, 2929), de julio de 1998 y la 26.361, promulgada parcialmente y publicada en abril del pasado año 2008.

La ley 24.999 en general restableció las normas vetadas de la 24.240 y en especial sus arts. 13 y 40 sobre la solidaridad entre los co-responsables, es decir los distintos intermediarios en la cadena de comercialización de los productos hasta llegar al consumidor.

En tanto que a su turno la ley 26.361 ha introducido numerosas modificaciones de fondo y procedimentales; no obstante lo cual puede afirmarse, empero, que todavía no existe un régimen procesal adecuado, que permita “el acceso real y efectivo del consumidor (y no meramente declamado como hoy sucede) a la justicia, a través de mecanismos ágiles, sencillos, acotados en el tiempo y baratos”; todo lo cual continúa siendo la gran asignatura pendiente (16).

Dicha ley además ha aportado dos innovaciones puntuales con respecto a responsabilidad por daños: a) la reparabilidad en sede administrativa del daño “directo... susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inme-

(14) ALTERINI - LOPEZ CABANA - STIGLITZ, ob. cit. en LA LEY, 1989-B, 1017; ver “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., p. 290, letra “C”.

(15) “El derecho privado en la argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos 30 años” cit., p. 94, de “lege ferenda”, letra A-2.

(16) STIGLITZ, Rubén S. - PIZARRO, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor” en LA LEY, 2009-B, p. 950, n° I.

diata” sobre los bienes o la persona del consumidor, con un tope de hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC) (nuevo art. 40 bis); y b) en su nuevo art. 52 bis, la viabilidad de la aplicación de “daños punitivos”, o sea de que se condene al o los responsables al pago de una “multa civil a favor del consumidor”, que puede llegar hasta el máximo de pesos cinco millones (\$ 5.000.000)” del art. 47 inc. b) de la misma ley.

2. La reforma constitucional de 1.994 y los derechos del consumidor

Entre nosotros, al producirse la reforma constitucional del año 1994, la protección de los consumidores y usuarios fue incorporada a la propia Constitución Nacional, que en su nuevo art. 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*”. Lo que parecidamente se repite en el art. 38 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires, también de 1994: “*Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz*”.

Aunque anteriormente ya se habían introducido disposiciones específicas relativas a los consumidores, en otras constituciones provinciales: la de San Juan de 1986, en su art. 69: “*Los consumidores tienen derecho a organizarse con la finalidad de defender la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. La ley regulará las organizaciones de consumidores que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y su funcionamiento debe ser libre, democrática y con participación de minorías*”; la de Córdoba de 1987 en su art. 29: “*Los consumidores y usuarios tienen derecho a agruparse en defensa de sus intereses. El Estado promueve su organización y funcionamiento*”; y la de Río Negro de 1988, en su art. 30: “*El Estado reconoce a los consumidores el derecho a organizarse en defensa de sus legítimos intereses. Promueve la correcta información y educación de aquéllos, protegiéndolos contra todo acto de deslealtad comercial; vela por la salubridad y calidad de los productos que se expenden*”.

De tal forma, a la luz de lo que queda dicho, la protección al consumidor en nuestro medio, pese a constituir en rigor una materia propia del derecho privado, tiene ahora sin embargo, verdadera jerarquía constitucional.

3. Consumidores y usuarios

En la ley 24.240 de “Defensa del consumidor” se alude a “consumidores o usuarios”, lo cual podría hacer pensar, a priori, en la utilización de tales vocablos con sentido de “equivalencia” (17), como si se tratase de sinónimos. Lo que quizá habría podido tener algún sentido, si con ello se hubiese pretendido diferenciar al “consumidor” propiamente tal, o sea de cosas “consumibles” — *“aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad”* (art. 2.325, primera parte, Código Civil)—; del “consumidor” mero “usuario”, que sólo utiliza y goza de cosas “no consumibles”, es decir *“las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace”* (art. 2.325, segunda parte, Código Civil).

Por el contrario, tanto la Constitución Nacional como las de las Provincias de Buenos Aires y Córdoba, se refieren pluralmente a “consumidores y usuarios”, utilizando la conjunción copulativa “y”, cuya finalidad es la de unir o enlazar varias palabras o conceptos distintos y diferentes. Y éste ha de ser la verdadera interpretación de tales normas, teniendo en cuenta ante todo la escala jerárquica de las preceptivas jurídicas; pero también y muy especialmente, a la circunstancia de que, cuando se habla de consumidores se está aludiendo esencialmente a obligaciones de dar, en tanto que cuando se menciona a los usuarios, la referencia lo es a obligaciones de hacer.

En la actualidad al consumidor se lo ha caracterizado con un criterio amplio, lo que se ha tratado de receptar en el nuevo texto del art. 1° de la ley 24.240 modificado por la 26.361, que ante todo lleva como título: “*Objeto. Consumidor. Equiparación*”, para luego establecerse que: *“la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”*. Agregándose acto seguido que: *“Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de*

(17) “Diccionario de la lengua española”, 20a. ed., Madrid, Real Academia Española, 1984, t. II, p. 965, “O-3”, 3a. acepción.

su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

No obstante, más recientemente la tendencia se va inclinando, en general, a considerar que tal concepción no es subjetiva sino objetiva, por cuanto: las distinciones subjetivas se han ido desvaneciendo de las normas y además las que permanecen se interpretan no subjetiva, sino objetivamente. Habiéndose podido decir así que: “el carácter de consumidor final, que se define por el destino de la adquisición, no atiende al elemento subjetivo del motivo personal que movió al individuo a consumir, sino objetivamente por la confrontación del destino del bien o servicio adquirido —también objetivamente considerado conforme su utilidad reconocida— con el área de actividad del pretendido consumidor”; atento que será considerado efectivamente como un acto de consumo, *si aquel destino, según la utilidad reconocida del bien o servicio, está efectivamente fuera de la esfera de acción habitual propia del quehacer cotidiano del pretendido consumidor.* Por otra parte, cuando se considera “a las personas jurídicas en calidad de consumidores —lo que la ley argentina autoriza, aun cuando pueda merecer reparos—, la pauta para determinar el alcance de sus operaciones estará dado también, por parámetros objetivos, es decir, por una cualidad ocasional que cada vez se define más por este tipo de elementos de la relación, que por características de los sujetos que intervienen” (18).

Apuntándose a que “debe avanzarse en el diseño de *regulaciones específicas que connoten actividades de consumo específicas descriptivas de roles profesionales también concretos.* Ello se aprecia ya en el área de la actividad turística, pero debe continuarse ese sendero en el área de los servicios (actividades financieras, crédito al consumo, seguro, medicina prepaga, entre otras) previendo una razonable segmentación dentro de cada tipo de actividad, de modo de categorizar a consumidores y proveedores”. (19)

4. El contrato de consumo

Dada la latitud del contenido del contrato de consumo, bien puede decirse que “*todo hoy en día es derecho del consumidor*”; (20) ya que pre-

(18) SANTARELLI, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor” en diario LA LEY del 07/09/2009, p. 2, n° III-A.

(19) SANTARELLI, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor” en diario LA LEY del 07/09/2009, p. 4, n° VI.

(20) POLO, E. “La protección al consumidor en el derecho privado”, Madrid, Cuaderno Civitas, 1980, p. 22.

cisamente es el “ciudadano consumidor”, el que diera pie a la famosa frase de John Fitzgerald Kennedy sobre *Protección de los intereses del consumidor*, pronunciada el 15 de marzo de 1962 en su Mensaje al Congreso de los EE.UU.: “...*todos somos consumidores*”, y es interés de todo ciudadano “tener una adecuada calidad de vida y, por ende, de *conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que necesita en las mejores condiciones posibles*”. (21)

El art. 3° de la ley, en su nueva redacción según la ley 26.361, nos dice que: “*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*”; el cual indiscutiblemente se efectiviza mediante la celebración de un contrato entre esas partes, que puede tener manifestación jurídica a través de negocios de diversa índole: compraventa, permuta, dación en pago, locación de cosas, de servicios, de obra, etc.; tal como por otra parte resulta de lo establecido expresamente en los arts. 8, 10, 10 bis, 10 ter, 19, 24, 25, 37 a 39 y 63, y en los Capítulos VII y VIII, e implícitamente de todo el contexto de la ley 24.240.

Por lo demás, en cuanto al perfeccionamiento del contrato la ley consagra asimismo la fuerza obligatoria de “*la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados*” (art. 7°), lo que modifica en consecuencia el principio opuesto del art. 1148 de nuestro Código Civil; como también la imperatividad para el oferente de “*las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión (que) obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor*” (art. 8°, primer párrafo de la ley, según redacción ley 24.787), esto último también en contraste con lo que actualmente todavía dispone el art. 454 del Código de Comercio. (22)

La ley se ocupa ante todo en su Capítulo IV, de los “adquirentes” de cosas muebles no consumibles. Pero puede entenderse la expresión “adquisición”, tanto como referida al “derecho de propiedad o dominio” sobre tales cosas muebles, obtenido mediante compraventa, permuta, etc.; como al hecho en si de la mera posesión de aquéllas, lograda mediante “locación de cosas”, “comodato”, etc. Estos últimos contratos en efecto sólo posibilitan la obtención

(21) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo Luis “Defensa del consumidor. Ley 24.240”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, cit., p. 58, n° 2.

(22) VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., ROMERA, Oscar Eduardo, “Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240 anotada y comentada”, Bs. As., Depalma, 1994, p. 38, n° 1-b).

de la mera “tenencia”, dado que el locatario está obligado “*a limitarse al uso o goce estipulado de la cosa arrendada*” (art. 1.554 Código Civil) y a restituirla al concluirse la locación tal “*como la recibió*” (arts. 1609, 1615, 1618 y concordantes del Código Civil), sucediendo más o menos lo mismo con el comodato (arts. 2266, 2268, 2271 y concordantes del Código Civil); por lo que resulta obvio que locatario y comodatario pese a tener efectivamente la cosa en su poder, están sin embargo “*reconociendo en otro la propiedad... y(son) representante(s) de la posesión del propietario*” (art. 2352 Cód. Civil).

Aunque de todas maneras en ambos supuestos, lo que están en juego son “obligaciones de dar”, que tienen “*por objeto la entrega de una cosa, mueble*”, sea para constituir sobre ellas “*derechos reales, o ... transferir solamente el uso o la tenencia*” (art. 574 Cód. Civil).

En tanto que si se trata de “prestación de servicios”, lo cual abarca un amplísimo campo de actividades que pueden ser aprovechadas por los consumidores o usuarios, lo que habrá de constituir el objeto de la prestación son “obligaciones de hacer”; puesto que el interés jurídico se vincula con la labor a desarrollar o a cumplirse por el proveedor. (23)

Sobre el respecto cabe sin embargo puntualizar, que la propia ley excluye de su régimen a “*los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello*” (art. 2º, último párrafo, modificado por ley 26.361); lo cual ha sido criticado por una parte de nuestra doctrina (24) y justificado por otra. (25)

A tenor de lo expuesto, en principio cualquier tipo de responsabilidad civil o deber de indemnizar daños y perjuicios, habrá de ser “contractual”, resultante del indebido no cumplimiento de obligaciones nacidas del contrato. No obstante lo cual en su art. 50 (modificado por ley 26.361), la ley fija un término especial de prescripción de tres años, “*para las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente*

(23) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, “Defensa del consumidor. Ley 24.240”, cit., p. 61, n° 5; ps. 332 y sigte., n° 6-a).

(24) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, “Defensa del consumidor. Ley 24.240” cit., ps. 69 y sigte., n° 8.

(25) VAZQUEZ FERREYRA - ROMERA “Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240 anotada y comentada” cit., ps. 7 y sigte., n° 3-c).

ley”; el cual obviamente involucra también a todos los casos de responsabilidad civil, fuese la misma contractual o extracontractual.

5. El bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende amparar mediante las normas sobre protección al consumidor, es en realidad la *lealtad en las relaciones económicas de todo tipo*; lo cual comprende, según surge del ya transcrito texto del art. 42 de la Constitución Nacional, a la totalidad de las etapas del proceso de comercialización, asegurando al consumidor la plenitud de sus facultades de información, elección y exigencia.

Efectivamente, el consumidor tiene derecho: ante todo a una *información* veraz y adecuada acerca de los bienes y servicios que más eficazmente puedan satisfacer sus necesidades; luego, a poder *elegir* lo que más le convenga entre los distintos productos o actividades similares, si lo hubiere; y finalmente a poder *exigir* que los bienes y servicios adquiridos o contratados respondan a las características ofrecidas o convenidas. (26)

Pudiendo afirmarse correlativamente, que los derechos de los consumidores se pueden resumir en cinco puntos básicos: 1) de adecuada información y educación; 2) de protección de su salud y su seguridad; 3) de protección de sus intereses económicos; 4) de ser oído; y 5) en su caso, de ser resarcido. Sobre el respecto, en la ley 24.240 se pone a cargo de los proveedores: a) una obligación de seguridad en su art. 5°: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”; y b) un deber de correcta información, gratuita, al consumidor, “en forma cierta, clara y detallada (de) todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que provee, y las condiciones de su comercialización” (art. 4°, reformado por ley 26.361), el cual es tanto más riguroso cuando la utilización de los mismos “pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios” —artículo 6°—. (27)

(26) PADILLA, ob. cit. en JA, 1976-III, p. 761, n° IV.

(27) Un caso de responsabilidad por inadecuada información publicitaria de un producto veterinario (piojicida) de alto poder tóxico, que produjo la muerte de 83 vacunos a los que se aplicara, fue resuelto por la CNCiv., sala A, el 12/04/79, en los autos “Estancias del Oeste c. Bayer Argentina SA”, (ED, 84-483; Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, T° 13, p. 12; LA LEY, 1979-C, 616, J. Agrup. 3688).

Estableciendo actualmente el art. 11 de la ley, reformado por la 26.361, un deber legal de “garantía”: “por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento”. Deber que rige por tres meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis meses en los demás casos a partir de la entrega de la cosa.

6. Legitimación activa

Asimismo se confiere en dicha ley legitimación para accionar judicialmente “al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas (las que deben ser personas jurídicas —art. 55, modificado por ley 26.361—) en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley” (art. 52, segundo párrafo, texto según ley 26.361).

De tal manera, si el interés es individual, la legitimación igualmente habrá de serlo.

Pero además se acepta que puede haber un interés que no sea de un solo sujeto, sino de un grupo en cuanto tal. (28) Y esto importa la consagración de la legitimación activa grupal o de conjunto de cuerpos intermedios, adecuadamente representativos de la comunidad interesada, para la defensa de los llamados intereses supra individuales, colectivos o difusos, de los cuales se ha dicho que: por extraña paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que son varios, un grupo o una categoría, sus beneficiarios. (29) Todo ello sin perjuicio de la intervención que también le pueda caber en su caso al “Ministerio Público”, como así al “Defensor del Pueblo” u “ombudsman” del régimen sueco; (30) figura ésta que ha tenido recepción en el art. 86 de nuestra Constitución Nacional con la reforma de 1994: “*El Defensor del Pueblo es un órgano independiente*

(28) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, “Defensa del consumidor. Ley 24.240” cit., p. 395, n° II-2.

(29) MORELLO, Augusto Mario - HITTERS, Juan Carlos - BERIZONCE, Roberto O., “La defensa de los intereses difusos” en JA, 1982-IV-700 y ss., nros. I y II.

(30) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, “El ‘ombudsman’”, en LA LEY, 1983-D, 840 y siguientes.

instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”; como igualmente en el art. 55 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994: “El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara...”.

7. Legitimación pasiva.

En el art. 2° de la ley 24.240, bajo el título de “proveedores de cosas o servicios”, se establece quiénes son los sujetos obligados al cumplimiento de la misma, mencionándose a toda “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios” (art. 2°, modificado por ley 26.361). Tratándose en suma de una definición lo suficientemente abarcativa, como para evitar que una eventual conducta perjudicial para los intereses del consumidor, pueda escapar a la aplicación de la ley.

No obstante se exige en ese art. 2°, como requisito tipificante de la condición de “proveedor”, su *profesionalidad en el quehacer de la incorporación de bienes y servicios al mercado o al tráfico*. Profesionalidad que se configura por la concurrencia de algunas notas caracterizantes: la habitua-

lidad o actividad constante de ese quehacer; la manera lucrativa de realizarlo, es decir por el afán de obtener lucros, ganancias o beneficios económicos; (31) y, agregamos, la calidad de experto en un área del saber —científico, técnico o práctico—, y la consecuente situación de superioridad que ello le brinda en dicho ámbito, con respecto a la otra parte de la relación jurídica. (32)

Puede llamar la atención sin embargo, que a continuación del requisito de la “profesionalidad” se aluda también a quiénes “*aun ocasionalmente*” produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, lo cual aparece prima facie como una contradicción. Aunque de todas maneras cualquier dificultad que pudiese suscitarse sobre el respecto, habría de solucionarse por aplicación de lo dispuesto en el *in fine* del primer párrafo del art. 3° de la ley (texto según reforma de la ley 26.361), en el sentido de que “*en cualquier caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor*”. (33)

En definitiva, “lo determinante para definir una relación de consumo es que *el consumidor esté frente a un acto de mercado*; siendo necesario atender al contexto de ese acto *como inserto dentro de un proceso productivo o comercial*, o sea, en definitiva, *empresario*. Lo cual pone en evidencia, de este modo, el acento de la objetivación en la apreciación del acto para ser caracterizado como involucrado en una actividad profesional”. Profesionalidad que “se distingue por el agregado de valor dirigido a satisfacer una necesidad de consumo, en el sentido de adicionar al producto alguna cualidad intrínseca (diseño, utilidad, etc.) o bien participando en la cadena de comercialización; así en las transacciones entre profesionales, lo ofrecido adquiere carácter de bien de cambio, o de insumo”, y “la adquisición por el consumidor final, tiene carácter de bien de uso”. (34)

Además, según ya se viera, desde la reforma de la ley 24.999 se incorporaron a la ley 24.240 los textos vetados de los arts. 13 y 40, que establecen

(31) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, “Defensa del consumidor. Ley 24.240”, cit., p. 65, n° 3.

(32) VAZQUEZ FERREIRA - ROMERA, “Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240 anotada y comentada”, cit., p. 13, n° 2.

(33) VAZQUEZ FERREIRA - ROMERA, “Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240 anotada y comentada” cit., p. 13, n° 2.

(34) SANTARELLI, Fulvio G., “Hacia el fin de un concepto único de consumidor” cit. en diario LA LEY del 07/09/2009, p. 4, n° IV.A.

la solidaridad entre todos los co-responsables, en cuanto a su deber de indemnizar los daños causados a consumidores o usuarios; vale decir la solidaridad de los distintos intermediarios en la cadena de comercialización de los productos, o sea de todos quienes cumplen actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios.

Y de esta forma se llenó el vacío dejado por el veto de esos artículos al sancionarse la ley 24.240. Aunque bueno es señalar que la jurisprudencia ya había encontrado paliativos, al resolver que la obligación de todos los co-responsables frente al damnificado era *concurrente, conexa, indistinta o in solidum*; categoría distinta, pero paralela a la de las obligaciones solidarias, en la que existe igualmente una pluralidad de sujetos obligados, individual e indistintamente por el “todo” de la misma prestación, frente a un mismo acreedor. Tal como lo resolviera, entre otros, la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, en los autos “Ryan Tuccillo c. Cencosud SA”. (35)

8. La reparabilidad en vía administrativa del daño directo

Esta constituye una de las novedades introducidas por la reforma de la ley 26.361, en su art. 40 bis.

Tal daño, dice la norma, “*Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios*”.

Entre nosotros, en rigor, se han formulado tres concepciones distintas de daños directos e indirectos; aunque a solo una de ellas se refiere el citado art. 40 bis.

Ante todo, la resulta de lo dispuesto por el art. 1068 del Código Civil, conforme al cual el perjuicio puede producirse: directamente, si recae sobre cosas del dominio o posesión del damnificado, como ser bienes ya existentes en su patrimonio que se destruyen o deterioran; o indirecta-

(35) Fallo del 26/03/1997, publicado con nuestro comentario favorable en ED, 178-388 y en LA LEY 1998-E, 611, con nota de Fernando Alfredo Sagarna.

mente, como consecuencia de un mal causado a la persona del mismo o a sus derechos o facultades, como por ejemplo los gastos realizados para la curación de lesiones corporales, o ganancias frustradas a raíz de una incapacidad laborativa resultante de un daño a la salud o a la integridad corporal. (36) Pero este entendimiento queda descartado en lo que atañe al art. 40 bis de la “Ley de Defensa del Consumidor”, atento que en el mismo, por el contrario, se alude específicamente a todo daño o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, “*ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona*”.

Tratándose de daños causados por hechos ilícitos, también se llama daño directo al que ha sufrido la misma víctima, y daño indirecto al que perjudica a otra u otras personas distintas, como podrían ser los parientes próximos de aquélla (arts. 1079 y 1080 Código Civil); es decir al experimentado de rebote o “*dommage par ricochet*” de los franceses. Empero, la normativa que nos ocupa sólo favorece a quien el obrar dañoso ha damnificado directamente, el consumidor o usuario; o sea que para nada comprende a los eventuales damnificados indirectos.

Por último se ha dicho igualmente, que *daño directo* es el que tiene por exclusiva causa la inejecución del contrato o la comisión de un hecho ilícito dañoso, como por ejemplo en la venta de un animal enfermo, los gastos de curación del mismo que hubiesen debido pagar sus compradores; o sea daños que sólo fuesen consecuencia “inmediata” y necesaria de aquel proceder, las que acostumbran acaecer “*según el curso natural y ordinario de las cosas*” o de los acontecimientos; y no cuando aquéllas resultan de la conexión del hecho con un evento distinto (art. 901 Código Civil). En tanto que *daño indirecto o mediato* es el que resulta de la conjunción del incumplimiento o la comisión del hecho dañoso con otra circunstancia extraña e independiente; o sea el que no resulta del curso natural y ordinario de las cosas. (37) Tratándose por lo tanto, en suma, de una cuestión de concatenación causal.

(36) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1987, t. I, ps. 396 y ss., n° 251.

(37) BUSSO, Eduardo B., “Código Civil anotado”, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, p. 404, n° 5; CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones” cit., t. I, p. 396, n° 251; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Buenos Aires, Perrot, 1967, t. I, p. 264, n° 37; LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones”, trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, 1958, Ed. Revista de Derecho Privado, t. I, p. 194; SALVAT, Raymundo M. - GALLI, Enrique V., “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, 6ª ed., Buenos Aires, TEA, 1952, t. I, p. 99, n° 83-e).

Siendo este último, precisamente, el concepto de daño directo tenido en cuenta en el citado art. 40 bis; el que además lo ratifica cuando expresa que se trata del daño “*ocasionado* (al consumidor o usuario) *de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona*”.

Tal indemnización tiene además un tope: hasta un valor máximo de cinco (5) Canastas Básicas total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC); siendo las sumas que así pudiese pagar el proveedor, “*deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial*” (citado art. 40 bis ley 26.361).

Pero de todas maneras, lo más cuestionable de esta norma es que asigna a la Administración Pública —la Secretaría de Comercio Interior—, facultades que son propias de los órganos jurisdiccionales; en pugna con los principios básicos de la división de los poderes que consagra la Constitución Nacional —arts. 18, 109, 116 y concordantes—, y en abierta contradicción con la jurisprudencia en ese sentido sentada por la Corte Suprema Nacional ya en el *leading case* “*Fernández Arias c. Poggio, José (suc.)*”, (38) en el cual resolviera “que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos... para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares *implica un doble quebrantamiento constitucional*, ya que si por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 Constitución Nacional), por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a las personas y a sus derechos (art. 18 Constitución Nacional)”. (39)

Criterio éste luego reiterado más recientemente en los autos “*Angel Estrada y Cía. c. Secretaría de Energía y Puertos*”, en el cual resolviera que: “*Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trata de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados, pues de lo contrario la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 CN define como propias*

(38) Fallo del 19 de septiembre de 1960, en Fallos 247:652.

(39) CASSAGNE, Juan Carlos, “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (A propósito del caso 'Angel Estrada')” en LA LEY, 2005-C, 741, n° III.

y exclusivas del Poder Judicial de la Nación”; (40) fallo éste que en definitiva, *no reconoce competencia a la Administración, “para resolver en su instancia una indemnización de daños y perjuicios en el marco de las disposiciones del derecho común. Es decir que tal materia, es extraña a su competencia administrativa”*. (41)

Todo lo cual sin duda tiñe de inconstitucionalidad, en este punto, a la ley 26.361. (42)

9. Viabilidad de la aplicación de “daños punitivos”

El art. 52 bis, agregado a la ley 24.240 por la reforma de la 26.361, dispone que se puede condenar al o los responsables al pago de una “multa civil a favor del consumidor”, que puede llegar hasta un máximo de pesos cinco millones —\$ 5.000.000— (art. 47 inc. b), modificado por ley 26.361).

Acá el problema es que la norma sanciona, lisa y llanamente, “*Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor*”, sin exigir ningún otro requisito.

Siendo el consenso dominante sobre la materia, en el derecho comparado y en nuestra doctrina autoral, el de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

Los “*punitive damages*” constituyen una figura del *Common Law* anglosajón, también conocida como: “*exemplary damages*”, “*non compensatory damages*”, “*penal damages*”, “*aggravated damages*”, “*additional da-*

(40) Fallo de 5 de Abril de 2005, LA LEY, 2005-C, 740 y JA, 2005-III-143. Conforme: BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, 2ª ed., Buenos Aires, LA LEY, 2006, t. II, ps. 1749 y ss., n° 588.

(41) MERTEHIKIAN, Eduardo, “Breves acotaciones sobre los límites de la ‘competencia’ de los entes reguladores en la solución de conflictos, en la jurisprudencia del caso ‘Angel Estrada’”, en JA, 2005-III-160, n° II-b).

(42) STIGLITZ – PIZARRO, “Reformas a la ley de defensa del consumidor” cit. en LA LEY, 2009-B, 960, n° IV.

gages”, “*smart money*”, etc. (43) La traducción literal al español de aquella primer expresión sería efectivamente la de “daños punitivos”, aunque, como bien se ha señalado, tal denominación “resulta objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo”. (44)

Dos de los casos más famosos de daños punitivos que registra la jurisprudencia estadounidense, presentan notorios puntos de contacto entre ellos. En efecto: ambos fueron dictados contra fábricas de automotores, como consecuencia de daños provocados por incendios sucedidos en vehículos por defectos de construcción, los que además habían sido advertidos, pero no subsanados, con anterioridad al evento; y en los dos se trató de veredictos multimillonarios de daños punitivos, aplicados a grandes compañías acusadas de realizar cínicos análisis de costos y beneficios, con total prescindencia del más elemental sentido de respeto, prudencia y cuidado, para “no dañar a los demás (*alterun non laedere o neminen laedere*)”, el que constituye el primer y fundamental precepto jurídico y moral, propio de toda sociedad civilizada.

El primero de ellos fue el caso “Grimshaw vs. Ford Motors Co.” del año 1981. Se trataba del accidente sufrido por un modelo de automóvil producido por la firma demandada, el “Ford Pinto”, que al incendiarse provocó severas quemaduras a una niña que se encontraba en su interior; habiéndose comprobado luego que dicho vehículo tenía una grave deficiencia constructiva en la ubicación de su tanque de combustible, que lo tornaba propenso a explotar e incendiarse al ser chocado desde atrás a una cierta velocidad. Siendo lo más grave, que al parecer la fábrica había tenido conocimiento de ello después de lanzado el producto al mercado, pero que no obstante había decidido no rescatar las miles de unidades vendidas por razones de economía, estimando que le saldría más barato indemnizar a las dos o tres víctimas posibles por año, que realizar las reparaciones pertinentes en los vehículos ya en circulación. En este supuesto el tribunal atribuyó al fabricante haber incurrido en un consciente menosprecio por la seguri-

(43) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?”, en el Tº 31, Segunda Epoca, de “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 1993, p. 71, nº I; PIZARRO, “Daños punitivos” en “Derecho de daños. Segunda Parte. Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas”, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1993, p. 287 y siguientes.

(44) PIZARRO, Ramón, “Daños punitivos”, cit. en “Derecho de daños. Segunda Parte. Homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas”, p. 291, nota 7.

dad pública y lo condenó a pagar U\$S 2.800.000 por daños compensatorios y más de U\$S 125.000.000 en concepto de daños punitivos. (45)

El restante es el caso “Anderson vs. General Motors” de 1999, en el cual un jurado californiano aplicara daños punitivos por la suma de 4.900 millones de dólares estadounidenses, contra la “General Motors”; algo absolutamente desproporcionado con la indemnización compensatoria concedida, que fuera de solo 107 millones de dólares. El caso que diera origen a tal pena fue el de las lesiones sufridas en la nochebuena de 1993 por Patricia Anderson y dos familiares suyos, que sufrieron horribles quemaduras en más del 60% de sus cuerpos, al colisionar e incendiarse su Chevrolet Malibu, cuyo depósito de gasolina estaba situado muy próximo al paragolpe trasero; habiendo sido el fundamento racional y emotivo del jurado para semejante condena, un estudio de costo-beneficios que antes había sido llevado a cabo por un ingeniero de General Motors, en el que se asignaba un valor de 200.000 dólares a cada vida humana perdida en accidentes viales, llegándose a la conclusión de que resultaría mucho más económico transigir los casos de accidentes que seguramente se habrían de producir, que modificar el diseño y ubicación del depósito de gasolina considerado peligroso en dicho informe. (46)

El instituto en cuestión parte, en efecto, de la premisa de que la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña a otro infringiendo el ordenamiento jurídico, lo hace deliberadamente, con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder, o al menos con grave menosprecio por los derechos de los demás, o en todo caso con una negligencia o descuido craso. (47)

(45) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?” cit., en el T° 31, Segunda Epoca, de “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 1993, p. 98 y sitge., n° 5-e); PIZARRO, “Daños punitivos” cit. en “Derecho de daños. Segunda parte” cit., p. 327 y ss., n° 2.3.II; PONZANELI, Giulio, “I 'punitive damages' nell'esperienza northamericana”, en “Rivista di Diritto Civile”, Padova, Cedam, año XXIX, 1983, 1ª parte, p. 435 y siguientes.

(46) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LOPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Buenos Aires, LA LEY, 2004, t. I, p. 561, n° 4.6.c).

(47) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?”, en el t. 31, Segunda Epoca, de “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 1993, p. 78 y ss., n° III-2 y pp. 84 y ss., n° III-4.2.; Pizarro “Daños punitivos” cit. en “Derecho de daños. Segunda parte” cit., p. 302 y ss., n° 1-g) y p. 333 y ss., n° 3; VINEY, Geneviève - JOURDAIN, Patrice, “Les effets de la responsabilité”, 2ª ed., en el “Traité de Droit Civil” dirigido por Jacques Ghestin, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 6 y ss., n° 5.

Sucede que, en rigor, este instituto cumple a la vez una tríada de funciones: (48)

a) *Sancionar al causante de un daño inadmisibile*, puesto que el objetivo de la punición se basa, en la lesión al interés comunitario por una conducta intolerablemente nociva, ante la cual el Derecho debe expresar una desaprobación contundente. En efecto, el resarcimiento restituye a la víctima a la situación *ex ante*, pero si al dañador le quedan beneficios del ilícito, este hecho antijurídico continuaría produciendo efectos.

La indemnización punitiva opera entonces como una pena civil cuyo importe debe destinarse a la víctima, a semejanza de las astreintes y de los intereses sancionatorios. Porque resulta írrito que "el crimen pague"... cuando se trata de hechos ilícitos (tipificados o no por el derecho penal) que persiguen mejoras económicas a costa de damnificados inocentes". (49)

En este sentido ha expresado Reglero Campos, que los daños punitivos estarán justificados cuando la conducta del dañante fuese particularmente intolerable, atendiendo a las circunstancias bajo las que acaeció el hecho dañoso, fundamentalmente cuando se trate de conductas dolosas o de imprudencias temerarias, activas u omisivas, o con manifiesto desprecio a los bienes y derechos ajenos; o también por falta de adopción de medidas elementales de seguridad. (50) Y parecidamente se ha sostenido entre nosotros por Pizarro, que las indemnizaciones punitivas "solo deberían proceder en caso de dolo o culpa grave del responsable o de sus dependientes, administradores o representantes". (51)

(48) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde y GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín, "Indemnización punitiva" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 189, letra B).

(49) ZAVALA DE GONZALEZ y GONZALEZ ZAVALA, "Indemnización punitiva" cit. en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini", p. 189, letra B).1.

(50) REGLERO CAMPOS, Fernando, "Lecciones de responsabilidad civil", Navarra, Ed. Aranzadi, 2002, p. 37, n° 3.3.

(51) PIZARRO, Ramón Daniel, "Daño moral", Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 484. En similar sentido Salvador Coderch apunta que en el derecho anglosajón por lo general no se conceden punitive damages en casos de simples negligencias ("Punitive damages" en "Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid", N° 4, p. 245).

b) *Hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa.* Puesto que ningún sistema preventivo habrá de ser eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que supera al peso de la indemnización. (52)

Es claro que toda pena inflige un mal al sujeto pasivo; pero la particularidad de los daños punitivos, a diferencia de otras condenaciones, reside en que el mal es equivalente o aproximado a la mejora indeseablemente lograda por el responsable. (53) Siendo simple el razonamiento que fundamenta esta finalidad: si el resarcimiento persigue volver la situación de la víctima al momento anterior al hecho lesivo, eliminando el perjuicio injusto (art. 1083 Código Civil); debe del mismo modo retrotraer la situación fáctica del responsable, quitándole el beneficio que obtuviera indebidamente. De otra manera se alentaría la especulación nociva, al medrar el dañador con las ganancias que le podría deparar el daño injusto que va a ocasionar.

c) *Prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición.* Las condenaciones punitivas crean un impacto psíquico, como amenaza disuasoria que constriñe a desplegar precauciones impeditivas de lesiones análogas o a abstenerse de conductas desaprensivas. (54)

Siendo esta última la función primordial de estos “daños” para algunos ordenamientos que los reconocen, como el Código Civil de Québec, cuyo art. 1.621 ha receptado una versión liviana o suave de los mismos, al disponer que: “*Cuando la ley prevea la atribución de daños punitivos, ellos no podrán exceder, en valor, lo que sea suficiente para asegurar su función preventiva*”. (55)

(52) ZAVALA DE GONZALEZ y GONZALEZ ZAVALA, “Indemnización punitiva” en “Responsabilidad por daños en el Tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini” cit., p. 189, letra b), n° 2.

(53) ZAVALA DE GONZALEZ y GONZALEZ ZAVALA, “Indemnización punitiva” en “Responsabilidad por daños en el Tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini” cit., p. 189.

(54) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Daños punitivos” en “La responsabilidad. Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 285.

(55) LE TOURNEAU, Phillippe – CADIET, Laïc, “Droit de la responsabilité», Paris, Dalloz, 1998, p. 14, n° 35.

O sea que el empleo del instituto de los “daños punitivos” a un caso, debe tener por fin evitar que tal perjuicio se pueda volver a repetir en otros supuestos, por medio de la disuasión (*deterrence*) de eventuales similares comportamientos ilícitos futuros; (56) lo cual ha de comprender tanto a las conductas dolosas como a las gravemente negligentes. (57)

Así puede entonces la responsabilidad civil, llegar a cumplir adecuadamente con la función preventiva que hoy le asigna buena parte de la doctrina más moderna. (58) Habiéndose postulado en línea con ello, que “ningún sistema preventivo es eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que excede el peso de la indemnización”. (59)

En tales casos entonces, la condena judicial tiene una doble finalidad. Ante todo, la de sancionar al sujeto dañador por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable; y además, muy especialmente, la de procurar evitar, mediante disuasión, la eventual repetición de similares proceder ilícitos; o sea que se procura desanimar al agente del daño,

(56) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?”, en el T° 31, Segunda Epoca, de “Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, 1993, cit., p. 78, n° 2; TUNC, André, “La pena privata nel diritto francese” en “La pene privata”, Milano, Giuffrè, 1985, p. 349, con cita de Huguency.

(57) REGLERO CAMPOS, “Lecciones de responsabilidad civil” cit., p. 37, n° 3.3.; ídem “Tratado de responsabilidad civil”, Navarra, Ed. Aranzadi, 2002, p. 71, n° 53.

(58) AGUIAR, Henocho D., “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley” Bs. As., Tea, 1951, T° IV, ps. 172 y ss., n° 27; DE CUPIS, Adriano “El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil” trad. de la 2a. ed. italiana de Angel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975, ps. 572 y ss., nros. 99-100; ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, “Derecho Civil. Obligaciones”, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1947, t. II, ps. 714 y ss., § 242; KRAUT, Alfredo Jorge “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, en JA, 1989-III, ps. 908 y ss., n° III-c); MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Buenos Aires, Ediar, 1979, t. I, ps. 231 y ss., n° 93; STIGLITZ, Gabriel A., “La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas”, Buenos Aires, La Ley, 1984, ps. 91 y ss.; ídem “Daños y perjuicios”, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1987, p. 50, n° 1-a), ps. 62 y ss., n° 5-c) y p. 113, n° XII; VON TUHR, Andreas, “Derecho civil. Teoría general del Derecho Civil Alemán”, trad. de Tito Ravà, Buenos Aires, Depalma, 1946, t. III-2 (6), ps. 164 y ss., § 88, n° VI-6.

(59) ZAVALA DE GONZALEZ – GONZALEZ ZAVALA, “Indemnización punitiva” en “Responsabilidad por daños en el Tercer milenio. Homenaje al Prof. Dr. Atilio A. Alterini” cit., p. 189.

para que no vuelva a incurrir en la misma conducta lesiva contraria a derecho (*deterrence*). (60)

Por ello ya Kraut había precisado entre nosotros, que el “daño punitivo” del derecho norteamericano “*tiene efectos disuasivos (deterrence) respecto de los fabricantes... El daño punitivo (smart money) que también se otorga en los casos de responsabilidad extracontractual (torts, negligence), ha funcionado adecuadamente como advertencia para quienes están en condiciones de tomar precauciones para evitar dañosidades*”; por lo que, concluía, “puede ser de utilidad en ciertos casos que, además de la reparación integral, se incluya en la indemnización un plus sancionatorio conforme al modelo del daño punitivo norteamericano... Se trata de un mecanismo eficaz que apunta a proteger la vida, la salud, etc., de los consumidores...”. (61)

Por todo lo cual, resulta “*poco serio —y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación— abrirle las puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito paracontractual*”. (62)

Asimismo, la propia ley establece en el *in fine* del igualmente nuevo art. 8 bis, la posibilidad de hacer pasibles de las mismas multas civiles del art. 52 bis, a conductas deshonestas de los proveedores, que: coloquen a los consumidores “*en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias*”; o importen “*ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación... sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que se comercialicen*”; como también a la utilización en reclamos extrajudiciales de deudas, de “*cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial*”. Lo cual puede *a priori* aceptarse, por cuanto de trata en todos los

(60) KEMELMAJER DE CARLUCCI, “¿Conviene la introducción de los llamados 'daños punitivos' en el derecho argentino?” cit. en el t. 31, Segunda Epoca de los Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 88, n° V-1; Pizarro, Ramón Daniel “Daños punitivos” en “Derecho de daños. Segunda Parte. Homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas” cit. pp. 291 y ss., n° I-c) y 302 y ss., letra g); VINEY – JOURDAIN “Les effets de la responsabilité” cit. en el «Traité de Droit Civil» dirigido por Jacques Ghestin cit., ps. 6 y sigte., n° 5.

(61) KRAUT “Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva” cit., en JA, 1989-III-909, n° III-d)-1.

(62) STIGLITZ – PIZARRO “Reformas a la ley de defensa del consumidor” cit. en LA LEY, 2009-B, 957 y ss., n° III-a) y b); COLOMBRES, Fernando Matías “Ley de defensa del consumidor”, en LA LEY, 2008-E, 1165 y ss., n° 6; RUA, María Isabel “El daño punitivo en la reforma de la ley de defensa del consumidor”, en diario LA LEY del 31/07/2009, p. 2, n° 2.

casos de inconductas de los proveedores, que aparecen teñidas de dolo o culpa grave; aunque algunos de esos supuestos no parezcan revestir tanta gravedad, como para justificar en su caso la imposición de “daños punitivos”.

Por último, desde otro punto de vista, el art. 52 bis también establece la solidaridad para el pago del daño punitivo, “*Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento...*”. No obstante esta solidaridad ha de ser, sin duda, distinta de la del art. 40 de la ley 24.240, que se dispara automáticamente a todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización, ante cualquier daño causado al consumidor o usuario.

En efecto, en el caso de los daños punitivos, la regla de la solidaridad aparece en pugna con la naturaleza y esencia misma de tal figura. Debe hacer falta algo más para que pueda existir solidaridad entre los co-responsables: será necesario que se configuren individualmente con relación a cada sujeto, las exigencias básicas para la procedencia de tal punición; vale decir, que hayan existido conductas descalificantes de todo punto de vista, por parte de cada uno de quienes sean sancionados al pago de la multa civil de “daños punitivos”. (63)

De lo contrario se le estaría aplicando un severo castigo, a alguien que no habría sido causante desaprensivo de un daño intolerable; lo cual implicaría, sin lugar a dudas, una tremenda injusticia.

(63) COLOMBRES, “Ley de defensa del consumidor” en LA LEY, 2008-E, ps. 1166 y sigte., n° 8; STIGLITZ – PIZARRO, “Reformas a la ley de defensa del consumidor” cit. en LA LEY, 2009-B, 958, n° III-d).

RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DERECHO COMERCIAL

POR HÉCTOR ALEGRIA (*)

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. A MODO DE PROPEDÉUTICA. 1. El “derecho común” y la LDC: algunas valoraciones iniciales. 1.1. La “soberanía del consumidor” y su crisis. 1.2. Opiniones extremas que obran como preconcep- tos. 1.3. La expansión del derecho del consumo o de protección del consumidor. 1.4. Algunos caracteres básicos del sistema legal de protección de los consumidores. 1.4.1. Objetivos y medios de protección. 1.4.2. Las personas ante la LDC. 1.4.3. Excepciones. 1.4.4. Visiones críticas respecto del régimen. III. RELACIONES ENTRE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO COMÚN, EN ESPECIAL EL DERECHO COMERCIAL. 1. Integración normativa y preeminencia: el texto legal. 2. Interpretación. 2.1. Integración normativa. 2.1.1. Integración expresa. 2.1.2. Integración implícita. 2.1.3. La integración con otras relaciones jurídicas y campos del derecho. 2.2. Preeminencia normativa. 2.3. Referencia gráfica. IV. EL MODELO NORMATIVO DE ECONOMÍA DE MERCADO. 1. La “tensión” inicial. 2. El diálogo de las fuentes y la extensión del microsistema. 3. Generalización de las normas sobre consumo. El “doble tránsito”. V. EL ACTO DE COMERCIO Y EL ACTO DE CONSU-

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 12 de noviembre de 2009.

MO. 1. Relaciones. 1.1. Actos de comercio que no son actos de consumo. 1.2. Actos de consumo que no son actos de comercio. 2. La situación especial de los actos mixtos. VI. EL ACTO DE CONSUMO Y LA CALIDAD DE COMERCIANTE. 1. El acto de comercio y la “calidad comercial del sujeto” (comerciante individual o sociedad comercial). 2. El buen hombre de negocios y el régimen de consumo. 2.1. Identificación del precepto legal. 2.1.1. Responsabilidad frente a la sociedad. 2.1.2. Posición de los terceros. VII. CONCLUSIONES.

I. PRESENTACIÓN

1. Objetivos del trabajo

La finalidad principal de esta comunicación consiste en analizar la interrelación entre el régimen legal de protección del consumidor y el derecho comercial.

Con tal objeto expondremos a modo de propedéutica algunos conceptos sobre los cuales se apoyará el núcleo central de las conclusiones, con el análisis de ciertas posiciones extremas que hoy aparecen como preconceptos; y la sucesión de leyes y códigos de defensa del consumidor, con sus caracteres básicos (Capítulo II). Posteriormente, trataremos las relaciones entre el derecho de protección del consumidor y el derecho comercial, partiendo de la regla del art. 3 de la ley 24.240, modificado por la ley 26.361 (en lo sucesivo esta ley será referida como LDC) (Capítulo III).

Después pasaremos a analizar la inserción de la LDC en el “modelo normativo de economía de mercado” (Capítulo IV), para más adelante entrar en el núcleo de las soluciones propuestas, considerando el acto de comercio y su relación con el “acto de consumo” teniendo en cuenta los “actos mixtos” frente a la disposición del artículo 7 del Código de Comercio (Capítulo V), contemplando enseguida la incidencia de este “acto de consumo” sobre la calidad de comerciante de una o ambas partes; y los efectos del régimen instaurado por la LDC frente a las obligaciones comunes del comerciante y de los administradores societarios (Capítulo VI). Finalmente, estableceremos nuestras conclusiones (Capítulo VII).

2. Movilidad del sistema e influencia sobre las conclusiones

Como todo derecho nuevo, el de protección a los consumidores registra un vértigo legislativo notable, (1) seguido de una producción doctrinal progresivamente creciente. Por esa razón, al decir del recordado Académico Augusto Mario Morello, la investigación se presenta como un “blanco móvil”, que obliga a advertir sobre la consecuente mutabilidad de los desarrollos doctrinarios que aquí efectuaremos. No será tampoco extraña a esa movilidad la propia del derecho comercial, característica ésta destacada desde antiguo respecto de esta materia. (2) No escapa a esta cualidad el derecho civil, al menos en materia contractual, al sufrir mutaciones que se aceleran históricamente. (3) Todo lo dicho muestra la necesidad de ir adecuando y actualizando nuestras conclusiones a medida que aparezcan nuevos acontecimientos. (4)

(1) Savatier le llamó “inflación legislativa”, que produciría sensación de “indigestión”, mientras que Calais-Auloy remarcó que “una ley reservada a los especialistas no está lejos de ser una sociedad sin derecho” (ambos citados en RZEPECKI, Nathalie, “Droit de la consommation et théorie générale du contrat”, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 2002, p. 391 y sus notas 1519 a 1522). En el derecho en general se expresan estas y otras críticas a lo que se ha dado en llamar legislación “muy farragosa” y “aluvional”: véase COTTINO, Gastone, “Trattato di diritto commerciale”, volumen primero, Cedam, Padua, 2001, p. 386, quien cita a MINERVINI en ese mismo sentido. La crítica es compartible, pero ella no impide que nuevas zonas del derecho adopten una regulación sistemática. Ello exigirá cierta técnica para armonizar el todo dentro de un universo, precisamente, sistemático. Vid., CROVI, Luis Daniel, “El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 443.

(2) SATANOWSKY, Marcos, “Tratado de Derecho Comercial”, Tomo I, TEA, Buenos Aires, 1957, p. 145 y ss.; GARO, Francisco, “Derecho Comercial. Parte General”, Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 44. ASCARELLI, Tulio, “Naturaleza y posición del derecho comercial”, en “Doctrinas Esenciales. Parte General”, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 33 y ss.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., “Esquema de una teoría sistémica del contrato”, reproducido en “Doctrinas Esenciales. Derecho Comercial”, Tomo II, p. 455 y ss., especialmente en el Capítulo 4 que se titula “El desmontaje institucional: todo lo sólido se desvanece en el aire”, p. 482 y ss.; en igual sentido LORENZETTI, en LORENZETTI, Ricardo L. - LIMA MARQUÉS, Cláudia, “Contratos de servicios a los consumidores”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2006, Cap. I, p. 13 y ss. ALTERINI, Atilio A., en “Los pilares del contrato moderno”, en LA LEY, 2008-C, 1084, dice “No es dudoso que en la teoría general del contrato, “los cambios revolucionarios en la ley o el pensamiento legal son obvios para cualquiera”, citando en su nota 175 a J. T. MOLOT.

(4) Las novedades no sólo responden a modificaciones legislativas concretas sino también a la percepción de la comunidad respecto de sus necesidades y su reflejo en la interpretación de la ley.

3. Unificación de la legislación civil y comercial

Antes de comenzar el desarrollo concreto del tema creemos pertinente recordar que desde hace tiempo venimos expresando nuestra opinión en el sentido de la conveniencia de la unificación de la legislación civil y comercial. (5) Por tanto, omitiremos en lo sucesivo referirnos al derecho civil y comercial como parcelas diferentes para abordar nuestras reflexiones sobre el tema principal de nuestro estudio, (6) tomando como base el derecho comercial, tal como surge —en nuestro país— del Código de Comercio y legislación complementaria.

II. A MODO DE PROPEDEÚTICA

Para afrontar el núcleo de esta comunicación conviene realizar algunas reflexiones —siquiera indiciarias— sobre aspectos que después nos permitirán asentar el razonamiento.

1. El “derecho común” y la LDC: algunas valoraciones iniciales

Ciertas afirmaciones doctrinarias acerca de las relaciones entre estos ámbitos (el “derecho común” y la LDC) pueden ser recordadas ahora para advertir los extremos sobre los cuales han pivotado inicialmente los autores, dando paso a la corriente actual de mayor equilibrio e integración.

(5) En la cátedra universitaria, y en conferencias y fundamentalmente con mi participación en los Proyectos de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1987 y 1992 y en el Proyecto de Código Civil (unificado con el comercial) de 1998. Esta Academia ha emitido dictámenes o declaraciones sobre el punto: en 1987 (Anales, N° 25, p. 929 y ss.), pidiendo profundizar el estudio de un proyecto sancionado y elevando observaciones y propuestas; en 1990, en respuesta a consulta del Honorable Senado, sobre ciertos puntos (Anales, Segunda Época, N° 27, p. 401 y ss.); en 1991, manifestando no conformidad ante la sanción de un texto de unificación (Anales, Segunda Época, N° 29, p. 663/664); en 1999 (Anales, Segunda Época, N° 37) oponiéndose a la aprobación del Proyecto de Código Civil de 1998 a libro cerrado.

(6) La unificación legislativa ha tenido opiniones divergentes en nuestro derecho: Véase ANAYA, Jaime L., “Orientación de la doctrina argentina en torno a la codificación del derecho mercantil. Los proyectos de reforma”, Rev. Asoc. de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año II, N° 3, Febrero 1989, p. 17/44, y del mismo autor, “La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, Anticipo de Anales, año XXXV, segunda época, n° 28, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. BUTTY en, HALPERIN, Isaac-BUTTY, Enrique M., “Curso de Derecho Comercial”, Depalma, Buenos Aires, 2000, especialmente p. 33, donde dice: “Por nuestra parte, no creo que resulte conducente exagerar el entusiasmo frente a este proceso: el derecho privado no comercial o, más concretamente, el derecho civil, concierne a las gentes consideradas en sí mismas, es decir, con abstracción de toda manifestación profesional o de categoría, mientras que la legislación mercantil concierne a sujetos profesionales del tráfico, o bien a negocios cuya trama está

1.1. La “soberanía del consumidor” y su crisis

Se ha dicho que en los comienzos de la explosión del mercado, después de la era industrial, debía reconocerse la “soberanía del consumidor”, (7) en el sentido de considerarlo como el centro del desarrollo económico y de la atención de los operadores. Desde hace varios decenios se viene resaltando cómo la acentuación de las diferencias económicas y de información de los consumidores respecto de los factores de producción y distribución, fue restando posibilidades a los primeros frente a los últimos. (8) De aquella pretendida soberanía se ha pasado a considerar al

fuertemente impregnada de tal profesionalidad. Por cuanto generalizar en el derecho privado soluciones propias del específico ámbito comercial puede resultar -y de seguro resultará- disfuncional o inconveniente”. Entre otros, ALTERINI, Atilio, en diversos trabajos ha sostenido la conveniencia de la codificación y de la unificación sustancial del derecho privado: ver “Tendencias de la contratación moderna”, LL-1999-B, 1229; “Sobre las disidencias con el Proyecto de Código Civil de 1998”, LA LEY, 1999-D, p. 964, también en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 1493; “Sobre algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad”, LA LEY, 1999-D, 1059; también en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 1501; “Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998”, LA LEY, 1999-A, 783, también en Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 1433. Véase también un antiguo trabajo en SATANOWSKY, Marcos, “Unificación del derecho de las obligaciones y contratos civiles y comerciales”, en “Estudios de Derecho Comercial”, tomo I, TEA, Buenos Aires, 1968, p. 181 y ss., con amplias referencias del derecho local y comparado de esa época, y otro de MALAGARRIGA, Carlos, “Tratado elemental de Derecho Comercial”, 3° edición, TEA, Buenos Aires, 1963, p. 28 y ss.; este autor publicó un trabajo separado sobre el tema. En esos antecedentes pueden verse las distintas opiniones vertidas en nuestro derecho, antes y después de los proyectos legislativos.

(7) LIBERTINI, Mario, “Il Mercato: i modelli di organizzazione”, en “Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economía”, dir. por Francesco GALGANO, Tomo III, Cedam, Padua, 1979, p. 337 y ss.; también el trabajo de GALBRAITH, John Kenneth, “El nuevo estado industrial”, Ariel Editores, 1984.

(8) BOCCHINI, Mario, en “Tutela del consumatore e del mercato”, en “Le nuove leggi civile commentata”, dirigido por C. Massimo BIANCA y Francesco Donato BUSNELLI, tomo titulado “Commentario al capo XIVbis del Codice Civile: dei contratti del consumatore”, Cedam, Padua, 1999, en p. 59 cita la obra de FORTE “Manuale de política económica” (Turín, 1975, tomo II, p. 413), quien afirma: “Existen serias dudas que el consumidor haya reinado verdaderamente: hoy es evidente que no sólo no reina, sino que apenas logra defenderse de los ‘imperios’ de las grandes empresas industriales, y también de los pequeños y sin embargo fastidiosísimos ‘ducados’ y ‘condados’ que colman las redes de distribución”. FONT GALÁN, Juan Ignacio, “¿Hacia un sistema jurídico mercantil de ‘faz completamente nueva’?” La Ley 26/1984, de 19 de Julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un derecho mercantil del estado social”, en Revista de Derecho Mercantil, N° 177, Julio-Septiembre 1985, Madrid, p. 381 y ss, citando a GALGANO, afirma que la LDC no restituye a los consumidores “la tantas veces cantada pero nunca detenida soberanía” en el mercado. Compárese MOSSET ITURRASPE quien dice: “Raymond Aron, en sus Lecciones sobre la sociedad industrial, nos enseña que para la economía clásica no tiene sentido aludir a la protección del consumidor. Para el liberalismo del siglo XIX el consumidor era

consumidor como “la parte débil” de la relación y acentuar su protección con fines de equidad y de equilibrio en las vinculaciones contractuales. Este es el fenómeno que afrontamos hoy, habiendo transitado ya un interesante desarrollo para el logro de estos fines de equidad y equilibrio, después de haber recorrido en las últimas décadas los efectos de la globalización y el formidable impacto de la publicidad, con su influencia sobre las decisiones de los consumidores y la conformación del mercado.

1.2. Opiniones extremas que obran como preconceptos

Ante la aparición de nuevos fenómenos económicos y sus impactos jurídicos, inicialmente suele haber posiciones extremas. En este sentido, en uno de sus límites se ha considerado al derecho comercial calificándolo de “insolidario y antisocial”, (9) acusando a su codificación “de haber sumido a la categoría o clase consumerista en un abandono institucional y en un desamparo colectivo y secular, ajeno e insensible como legislador del Estado”.

Entre nosotros, el maestro Mosset Iturraspe se ha referido a una diferenciación entre *la moral de la sociedad civil y la ética del mercado*, señalando que en esa contraposición el derecho de protección al *consumidor* se alienta hacia la primera y se aleja de la segunda. (10) También se ha afirmado que el

considerado la fuente última de todo poder e iniciativa en materia económica. Los bienes por él adquiridos resultaban de sus necesidades internas o de aquéllas que provenían de su ambiente. La afirmación acerca de la ‘soberanía del consumidor’ implicaba la existencia de un ciclo unidireccional de mensajes, que se iniciaba en el consumidor, pasaba por el mercado y llegaba al productor, indicándole qué debía producir y qué no debía incorporar al mercado”, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Introducción al derecho del consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 19.

(9) FONT GALÁN, op. cit, en nota anterior, p. 387, donde dice: “Afrancesado y liberal en lo ideológico, preindustrial en lo económico, rudimentario en lo comercial, individualista e insolidario en lo social, preempresarial en su sistema legislativo y desconecedor del fenómeno de la masificación industrial, social y contractual y de lo tecnológico, es un Código que no ha podido responder a los profundos cambios socioeconómicos, políticos y jurídicos -y, desde luego, también, tecnológicos- que se han producido en el último siglo (Menéndez)”. En su largo trabajo, entre otras afirmaciones, el autor, con referencia al Código de Comercio español, lo califica de “inhibido e inoperante (...) nacido ya viejo”. Para concluir en p. 394: “Sólo queda ahora, tras la anunciada ‘necrológica’ del sistema jurídico del Código de Comercio, dedicar un momento de sincero recogimiento intelectual para honrar a éste con un justo epitafio: ‘Aquí yace, víctima de la Revolución industrial y tecnológica, la Sociedad de consumo y el Estado social, un noble y predilecto Hijo jurídico de la Revolución burguesa y del Racionalismo jurídico (1885-1984)’.”

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos en general en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998 (estudio comparativo con la ley 24.240 de Tutela al consumidor)”, JA 2000-II-786, dice que “El derecho del consumo es el nuevo rostro del derecho civil, preocupado

derecho del *consumidor* es más civil porque mira al consumidor como persona y parte débil, y no al *proveedor* como agente del mercado. (11)

En el extremo contrario han surgido voces, cada vez más apagadas, criticando este “nuevo derecho”. Como botón de muestra puede recordarse que un autor de la talla de VICENT CHULLÁ llegó a afirmar que el derecho del consumidor era un “derecho marxista”.

La contemplación de algunas de estas opiniones nos hace reflexionar que las extremas ya representan preconceptos, propios de los primeros pasos de este nuevo ámbito jurídico, pero superados en el actual estado del derecho del consumidor.

1.3. La expansión del derecho del consumo o de protección del consumidor

Es compartible la afirmación de Jean-Pierre MARTY, quien ya en 1981 señalaba que “aunque reciente, la necesidad de proteger a los consumidores está suficientemente admitida como principio, por lo que su demostración no será más necesaria”. (12)

por los débiles o necesitados. (...) Su traslación al código civil es poco menos que forzosa”. Del mismo autor ver también: “Introducción al derecho del consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario -RDPC-, N° 5, 1994, p. 9. Sin entrar en la polémica en la que anticipamos no ingresaríamos, debe recordarse, por ejemplo, que FONT GALAN, op.cit., p. 410, expresa que la LDC no llega a formar una disciplina jurídica propia, “...su presencia imperativa en el tráfico y en el mercado, condiciona decididamente la misión hoy atribuible al derecho mercantil”; así como MARTY, Jean Pierre, “La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine”, en Revue de Droit Commercial et de Droit Économique, en adelante RTDCom, Paris, 1981, titula el capítulo II “La superación de la distinción entre el derecho civil y el derecho comercial: el desarrollo de la noción de profesional” (p. 694 y ss.). Véase también MORELLO, Augusto - STIGLITZ, Rubén, “El denominado ‘seguro de perfil’. Cuando la lógica del mercado desaloja a la lógica del derecho”, LA LEY, 2002-F, 130. Ya SIBURU, Juan B., el ilustre y recordado magistrado rosarino, en “Comentario del Código de Comercio argentino”, tomo primero, Valerio Abeledo-Librería Jurídica, Buenos Aires, 1923, p. 14 y ss., había previsto al “derecho de consumo” dentro de una “legislación del derecho económico”.

(11) Como se ve una disociación teórica entre dos mundos diferentes que, en la realidad, operan al mismo tiempo y que el legislador debe contemplar y regular con sincronía y equilibrio. Véase al respecto: ALPA, Guido, “La culture delle regole. Storia del diritto civile italiano”, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 401 y ss.; LIBONATI, Berardino, “Corso di diritto commerciale”, Giuffrè, Milán, 2009, p. 45, donde razona que “la última fase del ciclo económico es el momento en que la empresa se relaciona con los destinatarios de su actividad, esto es, con los consumidores”.

(12) MARTY, Jean Pierre, “La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine”, en Revue de Droit Commercial et de Droit Économique, en adelante RTDCom, Paris, 1981, p. 681 y ss., en especial p. 694, lugar en que cita en igual sentido las opiniones de Malinvaud y Nguyen Thanh-Bourgeois.

Agrega que “la voluntad de proteger al consumidor es ya antigua. Sin embargo, es sólo desde una fecha reciente que el legislador lo distingue expresamente del profesional”. (13) En esta última saga, el punto inicial parece haber sido la ley de Québec de 1971, (14) seguida por numerosas leyes en la casi totalidad de los países. (15) Incluso, el tema fue tratado ya desde 1973 en la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), para luego ser incorporado a los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, (16) regulándose en numerosas directivas y resoluciones en el ámbito comunitario. (17) En las Naciones Unidas también se adoptaron iniciativas sobre el tema. (18)

(13) MARTY, J. P., op. cit., p. 695. Es interesante señalar que un libro de Luc BIHL, se llame “Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes”, Aubier, París, 1984.

(14) Loi sur la protection du consommateur (LRQ, c. P.-40.1). Ver BOURGOIGNIE, Thierry, “Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation”, Editions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 2006, p. 8 y su nota 10 y MASSE Claude, “Fondement historique de l’évolution du droit québécois de la consommation”, en Pierre-Claude LA-FOND, *Mélanges en l’honneur de Claude Masse. Enquete de justice et d’équité*. Yvon Blais, Cowansville, 2003, p. 37 a 118.

(15) Vid: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - TAVANO, María Josefina, “La protección al consumidor en el Derecho Comparado”, en Revista Derecho del Consumidor N° 1, Juris, Santa Fe, 1991, p. 11 y ss. Pueden verse antecedentes en la legislación española y latinoamericana en “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, Fundación BBV-Civitas, Madrid, 1996, Coordinadores: CLAVERO AREVALO, Manuel-GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo-DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis-SÁNCHEZ CALERO, Fernando-SEGIMÓN ESCOBERO, José Luis. Una visión sobre la recepción de la Directiva CEE del 5 de abril de 1993, en países que componían esa Comunidad puede verse en BIANCA, C. Massimo y ALPA, Guido (dir.), “Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993”, Cedam, Padua, 1996, y en SMORTO, Guido, “Clausole abusive e diritti dei consumatori. Raffronti comparatistici”, Cedam, Padua, 2001. Un panorama a la época de la edición de la obra, se encuentra en LÓPEZ CABANA, Roberto, “Contratos especiales en el siglo XXI”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 461 y ss. Para los países del MERCOSUR, véase LORENZETTI, Ricardo Luis, “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur”, LA LEY, 1996-E, 1303 y PIRIS, Cristian, “Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el MERCOSUR”, disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/international_law/revista_4/9.pdf.

(16) El Tratado de Maastricht, instituyendo la Unión Europea (UE), fue firmado el 7 de febrero de 1992. El Tratado de Ámsterdam fue aprobado el 16 y 17 de junio de 1997 y firmado el 2 de octubre de 1997.

(17) Un resumen de las mismas puede verse en TAORMINA, Gilles, “Théorie et pratique du droit de la consommation. Aspects généraux et contrats spéciaux”, Librairie de l’Université d’Aix-en-Provence-Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004, p. 23 y ss, y sus citas 29 a 50.

(18) Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 9 de abril de 1985, sobre “Protección del consumidor”.

Si bien se ha dicho que esta orientación es de menor significación en los países anglosajones, es frecuente destacar la acción de una persona individual (el abogado Ralph Nader) como el iniciador de estas inquietudes en los Estados Unidos de América, las que pasaron posteriormente a reflejarse en la doctrina y jurisprudencia de ese país y, de alguna manera, a trasladarse fuera de él. (19)

Finalmente, el derecho de protección del consumidor se ha “constitucionalizado”, pues pasó a ser adoptado en las constituciones políticas de distintos países (España, Portugal, Filipinas, Brasil, Argentina, etc.).

1.4. Algunos caracteres básicos del sistema legal de protección de los consumidores

1.4.1. Objetivos y medios de protección

Los *objetivos* de los sistemas legales de protección de los consumidores tienen su origen en la necesidad de corregir los desequilibrios del mercado, entre los consumidores y sus proveedores. Este objetivo se cumple a través de una serie de medidas, generalmente contenidas en la LDC. Enumeraremos algunas para patentizar el tronco del sistema, que ha sido desarrollado ya por una importante doctrina y jurisprudencia.

A) PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

A los fines de permitir la correcta formación del proceso decisorio que solidifique la expresión de la voluntad contractual del consumidor, (20) las distintas leyes han exigido una ampliación de los *deberes informati-*

(19) NADER, Ralph, “Unsafe at Any Speed: the Designed-in Dangers of the American Automobile”, Grussman Publishers, Nueva York, 1965; dos años después de su publicación, Estados Unidos de América aprobaba la Automobile Security Act. Ver TAORMINA, G., op. cit., p. 17 y también TOMMASI, Fabio y MELE, Viviana, “La legislazione per status. Tramonta la chimera della strutturale parità dei contraenti”, en TOMMASI, Fabio (dir.), “Contratti e tutela dei consumatori”, UTET Giuridica, Torino, 2007, p. 2; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto - BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, “Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores”, Tecnos, Madrid, 1987, p. 23, se refiere a la ley inglesa denominada Consumer Protection Act de 1961, al Molony Report de 1962 y las reformas legales posteriores.

(20) RZEPECKI, op. cit., p. 48 y ss., con cita de abundante doctrina.

vos pre-contractuales y contractuales de los proveedores. A su vez, se instrumentan una serie de *formalidades* para la comunicación de esas informaciones en algunos casos, para la expresión de las intenciones y grados de conocimiento real, y, a veces, hacer constar condiciones económicas del adquirente. (21)

B) SUPERACIÓN DE DESIGUALDADES CONTRACTUALES

Además de la información, los distintos derechos contienen una cantidad importante de normas obligatorias respecto del *contenido* de los contratos (por ejemplo, en la descripción de los bienes, la expresión clara de las formas y épocas de pago y sus intereses, reglas atributivas de competencia, etc.) y también prohibiciones de cláusulas, especialmente las llamadas *cláusulas abusivas o vejatorias*. (22)

En este campo resaltan el derecho de arrepentimiento del consumidor dentro de un plazo legal irrenunciable (23) y la opción de nulidad del contrato para el supuesto en que los deberes básicos que hemos mencio-

(21) El aumento del formalismo y del caudal informativo de los consumidores ha llevado a parte de la doctrina a observar que el cumplimiento de esos requisitos puede desterrar casi totalmente la posibilidad de invocación de vicios de la voluntad. En ROUHETTE, Georges, "Droit de la consommation et théorie générale du contrat", en "Études offertes à René Rodière", Dalloz, París, 1992, el autor señala que los fines protectorios del derecho del consumo, incluyen la tutela del deudor contra sí mismo (p. 255). Véase STIGLITZ, Rubén, "Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión de los contratos paritarios y de consumo", LA LEY, 2009-B, 1085.

(22) REZZÓNICO, Juan Carlos, en "Contratos con cláusulas predispuestas", Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 73, realizó, antes de la sanción de la ley 24.240, un análisis exhaustivo y de gran nivel sobre el tema, indicando su aplicabilidad al derecho argentino. Véase, entre otros: LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor". Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 5, Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1994, p. 171; también, en derecho comparado: RIEG, Alfred, "La lutte contre les clauses abusives des contrats. Esquisse comparative des solutions allemande et française", en "Études offertes de René Rodière", Dalloz, París, 1982, p. 221 y ss. En el derecho de la hoy UE, desde la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial n° L 095 de 21/04/1993 p. 0029 - 0034) se han venido generando reglas sobre el punto.

(23) Si bien parte de la doctrina afirma esta posibilidad resta economicidad al contrato e impide otorgarle fuerza obligatoria, pues lo defiere a la voluntad de una de las partes; la mayoría de los autores coincide que se trata de reconocer la formación sucesiva por etapas de la voluntad del consumidor que, en el fondo, refirman el rol de la voluntad en la formación del contrato. Véase su tratamiento en RZEPECKI, op. cit. p. 98 y ss.; CHARDIN, Nicole, "Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté", LGDJ, París, 1988.

nado no se hayan cumplido. (24) La venta domiciliaria y por correspondencia también recibe una especial atención. (25)

C) PROTECCIÓN EN ETAPA DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Colindante con las obligaciones impuestas al proveedor, se encuentran aquellas que proyectan su efecto sobre la etapa de *cumplimiento* del contrato.

En ese sentido tiene especial relevancia el deber de seguridad, (26) la garantía de calidad y funcionamiento, la obligación de atender los pedidos de reparación, etc. Frente a estas obligaciones surgen ciertos derechos que, según las legislaciones, se otorgan a los consumidores: en algunos casos en requerir la nulidad del contrato, en otros la posibilidad de lograr la sustitución del bien, la suspensión o liberación de los pagos de capital o intereses, las condenas resarcitorias y algunas veces los daños punitivos. (27)

(24) Esta nulidad puede oponerse, incluso, en ciertas legislaciones, respecto de los financistas de la obligación del consumidor: DANA, Adrien-Charles, “La sanction de l’interdépendance”, en FADLALLAH, Ibrahim, “Le droit du crédit au consommateur”, Litec, París, 1982, p. 455 y ss.; RZEPECKI, Nathalie, op. cit., p. 197 y ss.; SAUPHANOR, Nathalie, “L’influence du droit de la consommation sur le système juridique”, LGDJ, París, 2000, p. 234 y ss.; CONTI, Roberto, “Il credito al consumo”, en “I contratti dei consumatori” (dir) CARINGELLA, F. y DE MARZO, G., UTET, Torino, 2007, p. 13 y ss.; TAORMINA, op. cit., p. 109 y ss., y específicamente 163 y ss.; GAVIDIA SANCHEZ, Julio V., “El crédito al consumo (Cesión y contratos vinculados)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

(25) En el derecho argentino, art. 32 a 35 de la LDC; ESBORRAZ, David - HERNÁNDEZ, Carlos, “La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, JA 1997-III-662. En el derecho extranjero, MEADEL, Juliette, “L’avenir des règles de marché: le problème de la détermination de leur nature”, en “Quel Code de Commerce pour demain?”, Litec, 2007, p. 27 y ss., se refiere a los contratos celebrados por Euronext y a las normas que rigen este ‘mercado’, analizando su carácter (¿público, privado ?) ; vid. también SCHÖTZ, Gustavo Juan, “El consumidor en Internet”, en LORENZETTI- SCHÖTZ, op. cit., p 443 y ss.

(26) Véase el trabajo de RINESSI, Antonio Juan, “Protección al consumidor. Dignidad, obligación de seguridad, riesgos”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2009-1, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 311 y ss.; en la misma obra, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La garantía legal en la Ley de Defensa del consumidor”, p. 133 y ss. También, PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Derechos del consumidor”, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 120 y ss.

(27) Una clara exposición del tema puede verse en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los daños punitivos”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. También: ALTERINI, Atilio, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LA LEY, 2008-B, 1239-Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008, Abril, p. 17 y

D) MEDIOS ESPECIALES DE TUTELA JURISDICCIONAL

Las leyes de protección del consumidor incrementan los medios de protección en favor del consumidor o usuario, ampliando su acción a través de una tutela amplia, (28) la facilitación de la acción de las asociaciones de consumidores, el establecimiento de procedimientos de reclamos extrajudiciales y la facilitación de acciones judiciales, (29) incluyendo el arbitraje. (30)

E) LA EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR Y LAS AGRUPACIONES DE CONSUMIDORES

Las normas legales no se detienen ante la regulación referida a vínculos contractuales, sino que prevén y facilitan medios para la educación del consumidor para mejorar su tutela e, incluso, otorgan legitimación y *status* jurídico a las asociaciones de consumidores, concediéndoles no sólo derechos de representación de los intereses de éstos sino también la de proponer reglas legales, brindar asesoramiento e intervenir en los reclamos extrajudiciales y judiciales, (31) entre otras facultades.

1.4.2. Las personas ante la LDC

Si bien no podemos abordar aquí el extenso e interesante debate sobre la configuración de los conceptos de “proveedor” y “consumidor” en la

ss.; PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, en LA LEY, 2008-B, 1239-Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008, Abril, p. 128 y ss.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Derecho de Consumo”, Advocatus, Córdoba, 2008, p. 65 y ss.; ELÍAS, Ana Inés, “Daño punitivo: derecho y economía en la defensa del consumidor”, en “La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 143 y ss.

(28) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Derechos del consumidor”, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 175 y ss. y p. 206 y ss.

(29) Al respecto, véase SÁENZ, Luis - SILVA, Rodrigo, “Capítulo XIII: De las acciones”, en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Tomo I, dir. por Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 583 y ss. y p. 641 y ss..

(30) En Argentina, el art. 59 de la LDC. Sobre el tema, SANTARELLI, Fulvio, “Capítulo XV: Arbitraje”, en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Tomo I, dir. por Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 709 y ss.; PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Derechos ...”, op. cit. en nota 28, p. 255 y ss.

(31) En los litigios con motivo de la LDC se prevé la actuación del Agente Fiscal en tutela de los objetivos de la ley (incluso ante el desistimiento del accionante, art. 52, LDC, reformado por ley 26.361).

ley nacional y en otras del derecho comparado, en necesario, como un anticipo de lo que más adelante trataremos, afirmar que surge con claridad que el *proveedor* (32) no necesariamente debe ser un *comerciante*. (33) Incluso, puede tratarse de una entidad pública. (34). También puede tratarse de sociedades o entidades civiles, fundaciones y otras personas sin fines de lucro (ONG), (35) siempre cuando su actividad pueda ser comprendida en el carácter *profesional*, aunque sea ocasional, que prevé el art. 1 de la LDC, y la relación de consumo puede haber sido entablada en forma *gratuita* u *onerosa*, art. 1, LDC.

La noción de *consumidor* ha sido considerada de distinta manera en las legislaciones. La LDC admite que consumidor o usuario puede ser cual-

(32) Según lo califica la LDC en su art. 2°. En otras legislaciones, como la francesa, se lo identifica como *professionnel*.

(33) Porque no siempre los “actos de comercio” son actos de consumo, también porque el acto de consumo puede ser un acto civil (sobre inmuebles o un servicio civil o la venta de productos de la tierra, etc.), cuya habitualidad no otorga la calidad de comerciante al que lo hace; y porque, aún siendo un acto de comercio, puede no ser de la “profesión habitual” del que lo efectúa, ya sea porque el “proveedor” es un civil, ya sea porque es ajeno a esa “profesión habitual”, si es u comerciante. La doctrina ha estudiado la eventual comercialidad de los actos que llama “por conexión”, por estar vinculados a la actividad del comerciante sin ser los propios que tipifican esa actividad, como los referidos a la instalación de su fondo de comercio y aún los de venta o liquidación (FONTANARROSA, Rodolfo O., “Derecho Comercial Argentino”, Zavalía, Buenos Aires, 1997; GUYON, Yves, “Droit des affaires”, tomo 1, 9ª ed., Economica, París, 1996, p. 79 y ss.; SAUPHANOR, op. cit., en p. 85 y ss. desarrolla un capítulo titulado “L’absorption des actes de commerce par accessoire par le droit de la consommation”. Véase también RZEPECKI, op. cit., p. 288 y ss., donde trata extensamente el tema de la relación entre comerciante y profesional, sobre la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en: RIVERA, Julio César, “Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor. Dos aportes del derecho comunitario”, en LA LEY, 1998-C, 518.

(34) Art. 1 Ley 24.240, según la redacción de la ley 26.361.

(35) La doctrina se ha ocupado especialmente de las mutuales y cooperativas, llegando a conclusiones relativas a las actividades concretas de esas entidades: véase FARINA, Juan M. “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 56-57; y ORGAZ, Gustavo, “Aplicación de las normas de defensa del consumidor en las cooperativas y las mutualidades”, en LLC, 2008-133; SANTARELLI, Fulvio G., “Ley 24.240 Comentada. Título I”, en “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, dir. por PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 46 y 47, donde remite al fallo “Presenza, Rubén S. c. Cooperativa de Electricidad y Serv. Anexos Ltda. de Zárate”, de la Cámara Civil, Comercial y Correccional de Zárate del 20 de abril de 1995, publicado en LLBA, 1995-1020, en el que se consideró comprendida en la LDC a una cooperativa de servicio eléctrico respecto de la provisión a un asociado.

quier “persona física o jurídica”, e incluso los llamados *bystanders*, (36) es decir, terceros que sin participar de la relación de consumo adquieren o utilizar “bienes o servicios como destinatarios finales”, agregando también “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. (37)

Sobre este tema es interesante destacar el debate doctrinario y jurisprudencial que se ha producido sobre el caso en que un empresario (persona física o jurídica) adquiere bienes que no son los ordinarios de su tráfico.

Así, en el caso “*AGF Argentina Cía. de Seguros c. Detect Argentina S.A.*”, (38) por voto de la doctora Piaggi, al que adhirieron los doctores Gómez Alonso de Díaz Cordero y Butty, se dijo: “La asegurada es una empresa dedicada a la comercialización de computadoras que contrató un servicio de seguridad y vigilancia dirigido a atender sus necesidades de protección, este servicio no integra —de manera alguna— el proceso de comercialización de sus productos y servicios. El asegurado fue aquí un ‘consumidor final’, usuario que adquirió servicios sin intención de lucrar con su enajenación o ampliar un proceso de producción o comercialización destinado al mercado”. (39)

En el fallo “*Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro*”, (40) la doctora Míguez expresó: “No resulta extremo controvertido, que la actora ad-

(36) El art. 2 de la LDC establece, en su segundo párrafo: “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Es interesante la distinción entre consumidor y cliente que desarrolla GOZAINI, Osvaldo, “¿Quién es consumidor, a los fines de la protección procesal?”, LA LEY, 2003-C, 1054.

(37) Véase al respecto: RUSCONI, Dante, “La noción de consumidor en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, JA, 2008-II, fasc. 9, 28/05/2008, p. 21/22; ALTERINI, Atilio, “Las reformas ...”, op. cit., p. 6/7. Un panorama antes de la reforma argentina puede verse en PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Derecho Social de Consumo”, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 19 y ss. y en STIGLITZ - STIGLITZ, op. cit., p. 111 y ss.

(38) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (en adelante CNCom), Sala B, 30 de abril de 1999, eIDial.com AA10FD.

(39) La jueza preopinante -Dra. PIAGGI- cita a FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 38-39, 46-47; STRATTA, Alicia, “Apuntes sobre responsabilidad frente al consumidor”, ED, 152-905; BERGEL, Salvador Darío y PAOLANTONIO, Martín, “Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor”, ED, 155-496; ALTERINI, Atilio, “Contratos civiles, comerciales, de consumo”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 151 y ss.

(40) CNCom., Sala A, 21 de noviembre de 2000, LA LEY, 2001-B, 839.

quirió a título oneroso un automotor 0 km con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de la empresa comercial; en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras en ejecución. Es decir, como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de éste, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Este es el alcance protector que emana de los arts. 1° y 2°, párr. 2°, de la Ley 24.240, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta Artemis S.A., por esencia, el consumidor”. (41)

Seguidamente, en otro fallo del año 2003, “*AMAN, Juan C. c. Príncipe Automotores y otro s/ordinario*”, (42) la doctora Míguez sostuvo que: “A partir de lo expuesto bien puede concluirse en que el actor reviste condición de empresario, en tanto su intención al adquirir el bien de marras —claramente— fue que continuara su vida económica en un proceso productivo que recién habría de culminar con una ulterior comercialización a terceros del servicio de transporte. De modo que la compraventa del rodado fue un acto profesional; y éste resulta incompatible con el acto de consumo, pues la figura del consumidor se halla consustanciada con el agotamiento del bien o del servicio”. (43)

La Cámara I Civil y Comercial de La Plata, Sala 3°, en el caso “*Hernández, Daniel O. c. Ancona S.A. y otro*”, (44) resolvió que la adquisición de un automotor por un taxista quedaba comprendida dentro de la LDC, habiéndose reflexionado por el señor juez doctor Lavié (h.), entre otras consideraciones: “Cabe entonces preguntarse, si en el caso resulta justo, que tratándose de una persona física, que adquiere un automóvil, que es utilizado como único medio de ingresos tanto de él como de su grupo familiar, pierda la calidad de consumidor como lo edicta la ley y por ende, los beneficios de la misma, cuando queda claro, al menos no está demostrado lo contrario, que su actividad laboral no reúne los presupuestos de

(41) La jueza -Dra. MÍGUEZ- cita a STIGLITZ, Rubén S.-STIGLITZ, Gabriel, “Derechos y defensa del consumidor”, Capítulo IV, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

(42) CNCom., Sala A, 3 de julio de 2003, disponible en elDial.com AA1A04.

(43) En esta oportunidad la jueza cita como fundamento de sus dichos a STIGLITZ-STIGLITZ, “Derechos ...”, op. cit. en nota anterior, p. 111 y ss.; y también a GOZAINI, Osvaldo, “¿Quién es consumidor a los fines de la protección procesal?”, en LA LEY, 2003-C, 1054.

(44) Del 29 de marzo de 2007, publicado en Jurisprudencia Argentina-Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007-9-1067.

aquéllos frente a los cuales se pretende la protección legislativa y que lo colocaría en una situación de paridad y equilibrio (arts. 34, inc. 4, 163, inc. 6, 260, 261, 375 y 384, CPCC), sino que por el contrario, su situación es la de quien adquiere en beneficio propio y de su grupo familiar en el marco de una actividad que bien puede considerarse de subsistencia y donde el hecho de la prestación a terceros, no reviste una entidad tal que conlleve a su exclusión del ámbito protector de la ley”. (45)

En conclusión, la calificación de las personas como *consumidor o proveedor*, tiene influencia en el sistema de protección del consumidor. Esta calificación puede ser definida *in abstracto*, tal como lo hace la ley y se delimita conceptualmente por la doctrina y jurisprudencia, pero debe hacerse en cada caso *in concreto*, pues, como se repite con frecuencia “todos somos consumidores”, (46) pero su consideración como tales surge de la contemplación del caso particular (pues quien en un caso es consumidor, en otro puede ser proveedor).

De allí que la LDC no sea un *estatuto personal*, (47) pues éstos generalmente abrazan a parte de la población, excluyendo a otra (calidad de comerciante, trabajador, etc.).

A pesar de opiniones doctrinarias que propugnan extender la protección de la LDC a las medianas y pequeñas empresas (PYMES), (48) considerándolas en todo caso consumidoras, nuestra ley no ha extendido su área de tutela a todos estos casos.

(45) SCHVARTZ, Liliana, en “Haciendo balance. Algunos fallos trascendentes en materia de consumidor”, publicado en elDial-DC351, www.eldial.com, Sección Doctrina, menciona un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, de Mar del Plata, con una solución similar, en la causa “T y C SRL c. Fiat Auto Arg. S.A. s. Daños y perjuicios”.

(46) ALTERINI, Atilio A., “Estudios de Derecho Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 279 y ss.

(47) LORENZETTI, Ricardo Luis, “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur”, LA LEY, 1996-E, 1303.

(48) GHERSI, Carlos, WEINGARTEN, Celia, “Visión integral de la nueva ley del consumidor”, La Ley, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), 57; BOCCHINI, Fernando, “Tutela del consumatore e mercato”, en “Comentario al capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore” dirigido por C. Massimo BIANCA y Francesco Donato BUSNELLI, Cedam, Milán, 1999, p. 29, quien se refiere también al caso del vendedor débil que no estaría tutelado sino por vía indirecta y no por la LDC.

Sin embargo, la calidad de *comerciante o sociedad comercial* del adquirente de bienes o servicios, no excluye que *para esos actos concretos*, se los pueda considerar consumidores, siempre que utilicen el bien o servicio como destinatario final, como hemos señalado y surge de la jurisprudencia citada.

Finalmente, es útil reflexionar que, si bien se propicia la sustitución el concepto de *favor debitoris* por el de *favor debilis* (49) y sin perjuicio que muchas de los institutos de tutela del consumidor han permeado a la legislación general (o ya estaban desarrollándose en ella), no necesariamente la LDC comprende todos los casos en que resulta necesaria la contemplación de la parte débil. (50)

Finalmente, al haber extendido nuestra ley el concepto de *consumidor* a personas físicas y *jurídicas*, permite que éstas (incluso las comerciales), puedan llegar a serlo, en relaciones de consumo. (51)

1.4.3. Excepciones

La LDC exceptúa de su régimen a los servicios prestados en ejercicio de profesiones liberales que requieran título universitario y matrícula. (52)

(49) X^{as}. JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Comisión 2: “La regla *favor debitoris* es un procedimiento residual, que debe ser entendido en el sentido de la protección de la parte más débil de un contrato”; véase también XVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Comisión 3, que estableció: “La ley debe profundizar la protección de los consumidores, de los contratantes débiles y, en general, evitar todo aquello que tiende a una negociación impuesta y vejatoria”; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto “Del *favor debitoris* al favor del más débil”, ED 116-848; SANTARELLI, Fulvio, “La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil”, La Ley 2007-C, 1044 y LORENZETTI, Ricardo Luis, “La relación ...”, op. cit., p. 1303.

(50) Como ha pasado con las llamadas cláusulas vejatorias, ver *supra*, nota 22.

(51) Como es sabido, en la Unión Europea se ha mantenido la reserva del carácter de consumidor a las personas físicas: PERCHIUNNO, Remigio, “I singoli contratti. Profili generali”, en LIPARI, Nicoló (dir.) “Diritto privato europeo”, vol. segundo, Cedam, Padua, 1997, p. 795 y ss.; y en la misma obra: CHINÉ, Giuseppe, “Il consumatore”, en el tomo primero, páginas 164 y ss. donde finalmente analiza “La creazione de un status del consumatore”, p. 177 y ss.

(52) El art. 2 de la LDC, segunda parte, dice: “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

En su momento, ante la redacción original del art. 36 de la ley 24.240, llegó a dudarse sobre el grado de aplicación de la LDC respecto de las operaciones financieras vinculadas al consumo. (53) La modificación por la ley 26.361 amplió notablemente el campo de aplicación respecto de operaciones financieras para consumo y crédito para el consumo. (54) Si bien la norma sigue encomendando al Banco Central que adopte las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan con lo indicado en la ley, la ampliación del contenido y atribución exclusiva de competencia territorial al tribunal competente del domicilio real del consumidor, indican que

(53) Ley 24.240. Artículo 36: "Requisitos. En las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios deberá consignarse, bajo pena de nulidad: El precio al contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, otros gastos si los hubiere, cantidad de pago a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiere y monto total financiado a pagar. El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley". Sobre la interpretación del texto del artículo pueden verse FARINA, Juan M., "Defensa...", op. cit., p. 265 y ss.; JAPAZE, Belén, "Financiación para el consumo", en LORENZETTI, Ricardo Luis - SCHÖTZ, Gustavo Juan, "Defensa del Consumidor", Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 229 y ss.; y en la misma obra: BARREIRA DELFINO, Eduardo, "La contratación bancaria", p. 179 y ss., especialmente p. 197 y ss.

(54) Ley 26.361, que reforma el Artículo 36: "Requisitos. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad: a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios. b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios. c) El importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado. d) La tasa de interés efectiva anual. e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total. f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses. g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar. h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere. Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario. En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato. La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado. El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley. Será competente, para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, siendo nulo cualquier pacto en contrario, el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor."

se ha extendido el marco de aplicación de la ley en el ámbito de las entidades financieras, en cuanto a los créditos vinculados al consumo. (55)

La ley también contemplaba expresamente la exclusión de los contratos realizados entre consumidores o usuarios cuyo objeto fueren cosas usadas (art. 2, 2° párr., ley 24.240) y no consideraba consumidores o usuarios a quienes “adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. (56)

La reforma por la ley 26.361 no contempló estas excepciones. Con respecto de la primera, si el consumidor enajena una cosa usada, sin desarrollar una actividad *profesional* (57) referida a ese acto, éste quedaría excluido, por no encuadrar en la definición de *proveedor* de la primera parte del art. 2° de la LDC, tal como fue reformado por la ley 26.361. El segundo caso, al resultar omitida la frase que lo consideraba excluido en el texto original de la ley 24.240, ha hecho notar a la doctrina que esa diferencia ahora permitiría abrazar las operaciones *en tanto el adquirente resulte su “destinatario final”* (art. 1, de la LDC en su reforma por la ley 26.361). (58)

(55) Véanse al respecto: PELLEJERO, Rodrigo, “La financiación al consumo en la reforma a la ley de defensa del consumidor”, en “La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 69 y ss.; SAUX, Edgardo Ignacio, “Tutela del consumidor en las operaciones de venta a crédito”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2009-1, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 153 y ss.; STIGLITZ, Rubén, “Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros”, LA LEY, 1998-C, 1035. Se dijo que “la actividad financiera constituye una relación de consumo” en “Compañía Financiera Argentina S.A. c. Castruccio, Juan Carlos”, CNCom., Sala E, 26/08/2009, en voto del Dr. CAVIGLIONE FRAGA.

(56) Pueden verse, entre otros: FARINA, Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 35 y ss.; SANTARELLI, Fulvio, “Capítulo I: Disposiciones Generales”, en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Tomo I, dir. por Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 26 y ss.; WAJNTRAUB, Javier, “La noción de consumidor tras la reforma de la ley 24.240”, en LA LEY, 2008-B, 1239-Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, Abril 2008, p. 153 y ss. y con relación a la ley antes de la reforma: WAJNTRAUB, Javier H., “Protección jurídica del consumidor”, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 35 y ss.

(57) La doctrina francesa ha estudiado con detenimiento el concepto de profesional: RZEPECKI, op. cit., p. 280 y ss.; SAUPHANOR, op. cit., p. 5, con cita de CALAIS AULOY, Jean-STEINMETZ, Frank, “Droit de la consommation”, 4ª ed., Dalloz, París, 1996 (hay ediciones posteriores).

(58) ARIZA, Ariel, “Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado”, p. 53/54, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”, Buenos Aires, Suplemento Especial La Ley, abril 2008, interpreta que sigue excluido de la protección el empresario que adquiere bienes para integrarlos en procesos de producción o comercialización, ampliando sus fundamentos en la nota 13.

Con relación al *transporte aéreo*, el texto de la ley 26.361 sancionado por el Congreso, disponía la derogación del art. 63 original de la ley 24.240. (59) Sin embargo, el decreto de promulgación n° 565/2008 observó esa derogación, con efecto de veto, basándose en tratados internacionales. Por lo tanto, respecto de esas operaciones, la LDC se aplica sólo supletoriamente respecto de las normas del Código Aeronáutico y de los tratados internacionales.

Con referencia al régimen de *tarjetas de crédito*, la ley 25.065 establece en su art. 3 la aplicación supletoria de la LDC. (60) Por tanto, en ese campo tienen preeminencia las reglas de la ley específica por sobre las de la LDC. (61) La ley 26.361, en su art. 34 modificó las disposiciones sobre la autoridad de aplicación del régimen de tarjeta de crédito, tarea que se distribuirá entre el Banco Central de la República Argentina en las cuestiones sobre aspectos financieros y la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía en los aspectos comerciales, sin perjuicio de la intervención de las autoridades locales de aplicación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias, actuación esta última concurrente con la autoridad de aplicación nacional. De todo ello surge la aplicación supletoria de la LDC respecto de la tarjeta de crédito y la actuación de autoridades de aplicación específicas.

Naturalmente, quedan excluidas las operaciones que resulten de la *sucesión universal* del anterior titular, lo que comprende, a nuestro juicio, no sólo la adquisición por los herederos (*ab intestato* o testamentarios) sino también por los legatarios (de cuota o de bienes particulares) aun cuando fueren objeto de cargas. (62)

(59) Art. 63, ley 24.240, dice: "Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley".

(60) El artículo citado dice: "Ley aplicable. Las relaciones por operaciones de tarjeta de crédito quedan sujetas a la presente ley y supletoriamente se aplicarán las normas de los códigos Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240)",

(61) PAOLANTONIO, Martín E., "Régimen legal de la tarjeta de crédito", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 26/28; MUGUILLO, Roberto, "Régimen de tarjetas de crédito. Ley 25.065", Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 40; MARINO LÓPEZ, Andrés, "Protección del titular de tarjeta de crédito", en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo II, p. 344 y ss.

(62) Art. 3774 del Código Civil, sin perjuicio de aplicación del art. 3780 del mismo Código, que dice: "El legatario de cosa cierta no tiene derecho a la garantía de la evicción; pero si el legado fuese de cosa indeterminada en su especie, o de dos cosas legadas bajo alternativa, sucedida la evicción puede demandar la otra cosa de la especie indicada, o la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa".

1.4.4. Visiones críticas respecto del régimen

Además de algunas de las remisiones que hemos efectuado en el Capítulo II, punto 1.2., a través del tiempo fueron desarrollándose algunas opiniones divergentes, sobre todo aspectos puntuales del régimen de defensa del consumidor en los distintos países, cierto es que cada vez con menor intensidad.

Como muestra de tales posturas podemos recordar el trabajo de LE CALVEZ, quien en un libro colectivo tituló una colaboración “Milagros y maleficios de la protección”, (63) cuya lectura es de mucho interés. Resumidamente, el autor enumera críticas que se han levantado, entre ellas, cómo la ley exige el sacrificio de uno de los contratantes, (64) señalando que se ha llegado a afectar, incluso por vía de la nulidad del contrato o la suspensión o eliminación del pago de capital o intereses, la economicidad de la relación en su conjunto. Sobre esto destaca que el efecto indirecto puede ser un aumento de costos, que en definitiva perjudica a la totalidad de los consumidores, máxime cuando en el derecho francés la aplicación del art. 1244 del Código Civil genera el debate sobre el “derecho de no pagar las deudas”. (65) En un capítulo titulado “La adoración del consumidor” advierte opiniones en el sentido que la ley puede llevar a su protección aun en casos abusivos o de mala fe, concluyendo que hay una modificación sustancial del derecho contractual común e incluso el relativo a los títulos de crédito, en especial los de los efectos de comercio. (66) También señala el sistema de nulidades y la superposición de regímenes sobre el punto. Sin embargo, concluye comentando que “La apuesta consiste en precisar el alcance de las intervenciones del legislador en el dominio contractual: a este respecto es poco operativo constatar que el contrato está desestabilizado: sólo se encuentra en realidad desestabilizada *cierta concepción del contrato* (...). El futuro de las relaciones del derecho común y los derechos protectores debe ser apreciado en una perspectiva mucho más vasta (...). La multiplicación de los estatutos protectores tendrá por simple resultado conferir un nuevo desarrollo

(63) LE CALVEZ, Jacques, “Mirages et maléfices de la protection”, en FADLALLAH, Ibrahim (dir.), “Le droit du crédit au consommateur”, Litec, París, 1982. El autor hace foco en el crédito al consumidor, pero algunos puntos tienen vigencia más amplia.

(64) Se refiere fundamentalmente al caso del crédito vinculado a una operación de consumo cuando el prestamista sufre las consecuencias de la anulación o suspensión de efectos de la operación de base garantizada.

(65) LE CALVEZ, op. cit., p. 517 y ss., y cita de RIPERT, y también p. 520/523.

(66) LE CALVEZ, op. cit., p. 535, con cita de diversos autores franceses y las soluciones particulares de otras legislaciones.

de las reglas del Código Civil. El contrato volverá a ser una relación entre dos voluntades”. (67) Finalmente considera que se ha reafirmado el principio de la autonomía de la voluntad, (68) sólo que encuadrándolo dentro de los marcos de la ley y que no puede hablarse de desestabilización del contrato sino de la restitución de su nobleza. (69)

Como decimos, la mayor parte de las críticas se han ido acallando con el paso del tiempo, con la modificación de las normas legales y las soluciones jurisprudenciales. Restan objeciones puntuales sobre temas o disposiciones legales específicas. Como muestra también podemos decir que un autor nacional, al referirse a la financiación al consumo, (70) critica lo relativo al pacto comisorio en los contratos de consumo con financiación, tal como se objeta también en la legislación comparada, estimando no resuelto el problema de la financiación mediante títulos de crédito o cheques. (71)

Atilio ALTERINI, si bien se muestra partidario de la noción de la *pena civil*, crítica la regulación del art. 52 bis de la LDC, introducida por la ley 26.361: lo

(67) LE CALVEZ, op. cit., p. 545. En igual sentido ROUHETTE, op. cit., p. 256, habla de “reestablecer la integridad y la libertad de la voluntad”, pues el derecho del consumo pretende lograr que el consumidor exprese consentimiento libre y claro (p. 257).

(68) LE CALVEZ, op. cit., p. 547: Que algunos creían ver amenazado o condenado, citando al respecto las opiniones de Armand-Prévot y Richard y Jean Stoufflet. Vid. ROUHETTE, op. cit., p. 372 concluye que “...el deudor no está siempre ligado a su simple palabra, pues el derecho le da el tiempo de perfeccionar sus juicios. Así se purificará del pecado contra el espíritu que imputa Descartes” (p.272 en cuya nota 149 cita un párrafo del filósofo indicado).

(69) LE CALVEZ, op. cit., p. 547, donde afirma que la cuestión es saber si la crisis afecta al contrato o sólo al análisis contractual, concluyendo con una cita de TERRÉ: “¿De la crisis se podrá salir? Algunos están inclinados a hablar de una crisis de vejez. Sin paradoja, otros deben discernir sobre la existencia de una crisis de crecimiento”.

(70) PELLEJERO, Rodrigo, “La financiación al consumo en la reforma a la ley de defensa del consumidor”, p. 69-80, en ARIZA, Ariel (coord.), “La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

(71) PELLEJERO, Rodrigo, op. cit., p. 78-79. Algunas legislaciones han prohibido la creación de títulos de crédito en la financiación de operaciones de consumo; otras permiten su emisión pero con la carga de dejar constancia de su origen en los títulos, para poder oponer las normas de defensa del consumidor a su portador (lo que sin duda desnaturaliza la función de los títulos de crédito). Alguna jurisprudencia ya se ha pronunciado entre nosotros sobre este problema, en particular con relación a la cláusula atributiva de competencia frente a la regla del art. 36 de la LDC., véase CNCom., Sala B, “*HSBC Bank Argentina S.A. c. Domínguez Juan Federico s/Ejecutivo*”, del 27/08/2009, comentado por GAMEN, Sebastián, “*La prórroga de jurisdicción pactada en operaciones financieras para consumo*” (La Ley 25/11/2009, 10) y también con nota de ALVAREZ LARRONDO, Federico, “*Juicio ejecutivo de consumo y las últimas resistencias del ‘Ancien*

hace en cuanto al destino de la multa, que no debió ser fijada a favor del consumidor, no se previó la posibilidad de producción de un caso de “carioquinesis” de la multa al reproducirse por pedido de varios consumidores, lo que podría llevarla a sumas excesivas pues debería sancionarse una sola vez con una suma global. (72)

Se escuchan voces críticas sobre la técnica legislativa, como las de STIGLITZ (R.) y PIZARRO, quienes prevén la posibilidad de problemas de aplicación e, incluso, que algunas normas de la reforma de la ley 23.361 terminen siendo letra muerta. (73)

En conclusión, puede afirmarse que el derecho de protección del consumidor (o derecho del consumo o de la relación de consumo) ha adquirido carta de ciudadanía innegable en el derecho moderno, fruto de situaciones económicas, sociales y políticas vinculadas con premisas esenciales del derecho, como la tutela de la igualdad y, genéricamente, de la dignidad de la persona. Esta moderna parcela no está exenta de las siempre existentes posiciones doctrinales, que pueden ser disímiles en aspectos parciales o en cuestiones de técnica legislativa, como tampoco puede suscribirse a la denuncia de excesos y defectos, a los cuales ha de hallarse

Régime” (La Ley 25/11/2009, 6); CNCom. Sala D, “*Compañía Financiera Argentina c/ Heredia, Rodolfo Martín*” del 26/05/2009 (LL 2009-D, 610); CNCom., Sala E, en “*Compañía Financiera Argentina c/ Castruccio, Juan Carlos*”, del 26/08/2009, CNCom., Sala B, “*Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Leguizamo, Mariana s/ ejecutivo*”, del 16/09/2009 y CNCom., Sala B, “*Banco de la Ciudad de Buenos Aires c/ Silva, Héctor Darío*” del 13/08/2009.

(72) ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LA LEY, 2008-B, 1239-Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008, Abril, número 31, p. 17 y ss. de la publicación del Suplemento Especial. En sentido contrario: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, “Incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino”, JA, 28 de Mayo de 2008 (Suplemento especial), p. 34 y ss., especialmente, p. 48 sobre el “non bis in idem”.

(73) STIGLITZ, Rubén - PIZARRO, Ramón, “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2009-B, 949, donde dicen que: “La ley plasma un esquema marcadamente sobreprotector para el consumidor que, más allá de sus buenas intenciones, puede verse malogrado por algunos excesos que podrían haberse evitado, si se hubiese consultado, a la hora de su elaboración, los muchos y buenos antecedentes que se registran en la doctrina nacional y comparada. La reforma carece de los equilibrios prudentes y necesarios que toda buena legislación debe contener. Algunas de sus normas, particularmente las que analizaremos infra (daño directo, daño punitivo, etcétera) han sido tan mal elaboradas que pueden terminar convirtiéndose en letra muerta a raíz de esa falencia. Las leyes que pierden de vista los equilibrios sensatos que deben tutelarse, con relación a los intereses comprometidos, tienden a ser superadas por la realidad y, lo que es peor, a generar reacciones perniciosas por las notorias injusticias a las que muchas veces pueden conducir”.

remedio mediante la profundización de su estudio y el mejoramiento de aquellas técnicas, todo contemporáneamente y mediante una interpretación coherente e integradora.

III. RELACIONES ENTRE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO COMUN, EN ESPECIAL EL DERECHO COMERCIAL

Ha sido motivo de largo análisis en el derecho comparado la recíproca influencia de las normas de protección al consumidor con relación a la teoría general del contrato, comprendiendo también sus vínculos con el derecho comercial. (74) Nos concentraremos en la integración y preeminencia de la ley de defensa del consumidor con relación a otras normas jurídicas y su influencia en el derecho común, sin olvidar que en el régimen de protección del consumidor aparecen vinculadas otras amplias áreas del derecho en función interdisciplinaria. (75)

1. Integración normativa y preeminencia: el texto legal

El título de este apartado refleja el del art. 3 de la ley 24.240 en su redacción por la ley 26.361. Dada su importancia transcribimos este artículo:

(74) RZEPECKI, Nathalie, op. cit., con un tratamiento completo al que nos remitimos, al igual que sus numerosas e importantes citas; SAUPHANOR, Nathalie, "L'influence du droit de la consommation sur le système juridique", L.G.D.J., París, 2000, quien extiende su análisis a las distintas ramas del derecho, en particular el derecho civil, el derecho comercial, el derecho público, el derecho penal y en general respecto de su impacto sobre las fuentes del derecho. También puede verse: BOCCHINI, Fernando, "Tutela del consumatore e mercato", en "Comentario al capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore" dirigido por C. Massimo BIANCA y Francesco Donato BUSNELLI, Cedam, Milán, 1999; CROVI, Luis Daniel, "El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, "Consumidores", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 423 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos, "Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (el diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)", en Edición Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL, Santa Fe, 2005, p. 197 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Derechos de los consumidores y Derecho de la Libre Competencia", Separata Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Abril 2001; PIZZIO, Jean-Pierre, "La protection des consommateurs par le droit commun des obligations", en RTDcom. 51, Enero-Marzo 1998, p. 53 y ss.; ULHOA COELHO, Fabio, "O empresário e os direitos do Consumidor", Saraiva, San Pablo, 1994; CALAIS-AULOY, Jean, "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", RTDCiv., 1994, París, p. 239 a 245; ROUHETTE, Georges, "Droit de la consommation at théorie générale du contrat", en "Études offertes à René Rodière", Dalloz, París, 1992, p. 247 y ss.; DOMONT NAERT, Françoise - FALLON, Marc, "Le droit de la consommation et le droit des contrats", en "Droit des consommateurs", dirigida por Thierry BOURGOIGNIE y Jean GILLARDIN, Saint-Louis, Bruselas, 1982, p. 85 y ss.

(75) Así el derecho constitucional, el administrativo, el penal, el procesal, el fiscal y financiero, por ejemplo. Ver infra punto 2.1.3.

“Artículo 3°: Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

2. Interpretación

La norma transcrita prevé su integración con otros regímenes y la preeminencia de la LDC por sobre otras reglas legales eventualmente aplicables. (76) Consideramos separadamente cada uno de esos aspectos.

2.1. Integración normativa

La integración normativa es expresa respecto de ciertos cuerpos legales, y es implícita respecto de un plexo normativo más amplio, por aplicación de principios generales del derecho.

2.1.1. Integración expresa

El precepto que hemos transcrito dispone expresamente la integración de esta ley con relación a la Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156 y de la Ley de Lealtad Comercial n° 22.802.

La Académica doctora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI ha sostenido con autoridad lo que ella tituló “*Simbiosis normativa*”, destacando que si bien en principio los intereses de los consumidores fueron protegidos de modo indirecto por las leyes de libre competencia, sólo posteriormente lo fueron por las normas relativas a la tutela de los consumidores. Señala a este respecto que la simbiosis que propicia tiene en cuenta aspectos de tipo *fáctico*, desde que es imposible negar al consumidor su carácter de

(76) Salvo los casos -que ya hemos mencionado- en que no se aplica la LDC, así como los supuestos legales en los que la aplicación es solamente subsidiaria. Ver Capítulo II.1.4.3. *supra*.

actor del mercado, por lo que su libertad de elección constituye “un componente esencial del modelo de economía de mercado”, (77) agregando fundamentos de orden *económico* pues la competencia no es un fin en sí misma y tiene significación sólo en la medida que mejore la relación calidad-precio de los productos y servicios puestos en el mercado, en beneficio de los consumidores, y finalmente razones de orden *jurídico* pues las leyes relativas a la libre competencia hacen mención a los consumidores. Por tanto estima que “los intereses de la libre competencia, de los consumidores y del bien general están interrelacionados y, por ello, es poco sensato separarlos y dedicarles leyes que se ignoren unas a otras. Una relación satisfactoria de los procesos del mercado sólo se puede conseguir si se tienen en cuenta los intereses de todos los participantes. En suma, el correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos, exige como recaudo complementario, pero condicionante, la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores, que garantice a éstos la completa y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios en las relaciones de consumo”. (78)

La autora, después de un amplio desarrollo en el que también contempla las leyes de competencia desleal y publicidad, (79) concluye diciendo “La normativa y la jurisprudencia citada es suficiente para adherir a la

(77) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derechos de los consumidores y Derecho de la Libre Competencia”, Separata Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Abril 2001, p. 29. Véase también PIZZIO, Jean-Pierre, “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations”, en RDTcom. 51, Enero-Marzo 1998, p. 53 y ss., donde afirma que el derecho del consumidor se separa del derecho civil “para devenir en componente del derecho del mercado” (p. 65). BERCOVITZ, Alberto - BERCOVITZ, Rodrigo, “Estudios...”, op. cit., p. 35 y ss., propician ir “hacia un derecho privado del tráfico económico”.

(78) Op. cit. en nota anterior, p. 29/30, citando un trabajo de la misma autora (Dra. KEMELMAJER de CARLUCCI), en conjunto con TAVANO, María J., “La protección al consumidor en el derecho comparado”, Rev. Derecho del Consumidor, Rosario, Ed. Juris, 1991, y en Jornadas de protección al consumidor, Departamento de disciplinas jurídicas, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo, 21 de agosto de 1990, p. 19 y ss.; véase también: STIGLITZ, Gabriel, “La función del Estado para la protección del consumidor”, en “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, libro de autores varios bajo la dirección de Gabriel STIGLITZ, p. 113, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994; del mismo autor, “La protección del consumidor y las prácticas abusivas. Realidad y perspectivas en la Argentina”, en Derecho del Consumidor, N° 3, p. 45, Ed. Juris, Rosario, 1993.

(79) Op. cit. en nota anterior, p. 35 y ss.

doctrina que reconoce que aunque el bien jurídico protegido por la ley 25.156 es la competencia, es decir, el libre juego de la oferta y la demanda, el beneficiario indirecto (y a veces directo) es el público consumidor". (80)

En sentido análogo, se ha afirmado que la integración normativa es un pilar de un derecho del mercado, (81) recordándose que la nota de elevación del proyecto de ley 22.802 (Ley de Lealtad Comercial) se estableció claramente que el ordenamiento "pretende proteger al consumidor a la vez que facilita al comerciante el conocimiento de la legislación a que debe adecuarse". (82)

El art. 42 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994, prevé como manera de tutelar el derecho de los consumidores que "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...*" (el destacado es agregado). Esta redacción refirma lo que llevamos dicho hasta ahora, en el sentido de la necesaria complementariedad, reconocida expresamente por la LDC en su art. 3.

2.1.2. Integración implícita

Es reconocido que la LDC no contiene un cuerpo relativamente completo de las normas que regulan las operaciones concretas sobre las que recae la protección del consumidor. Por lo tanto, hay una recíproca influencia de la

(80) Op. cit. en nota anterior, p. 70 y sus remisiones a obras de Jorge OTAMENDI y Juan M. FARINA. En "Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore del risparmiatore del utendi", Cedam, Padua, 1996, bajo la dirección de Paolo ZATTI, se estudian fuentes de regulación "privada" de los consumidores, como Códigos de conducta, de autodisciplina y algunos casos concretos (Código Anasf, Código Assoreti, etc.), p. 3/90.

(81) SANTARELLI, Fulvio G, en PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., Tomo I, p. 57 y ss., en la que el autor concluye: "Sintetizados los elementos centrales de las normas mencionadas, en lo que hace a la conformación del estatuto de defensa del consumidor, se aprecia que la ley de defensa de la competencia intenta regular lo concerniente al punto de partida en el juego por la conquista de la preferencia del consumidor, intentando recrear situaciones de igualdad para cada concurrente; por su parte, la ley de lealtad comercial, propugna establecer las reglas del ejercicio y desarrollo de aquel juego; en este contexto, el régimen del consumidor, también importa establecer reglas a las cuales los concurrentes se deben ceñir, conformando condiciones de competencia leal, de tal manera se conforma un proceso virtuoso de transparencia del mercado y protección al consumidor", p. 59.

(82) MOLINA SANDOVAL, Carlos A, "Apostillas a la reforma de la ley de lealtad comercial", en ADLA, 2005-B, 2673.

legislación que ordinariamente rige esas relaciones con el sistema de protección al consumidor. (83) Podríamos describir al sistema de la LDC, en cuanto a su relación con la totalidad del derecho que rige las operaciones concretas identificadas como relaciones de consumo, como *parcelaria*.

Por ello, es común el tratamiento en la doctrina de las relaciones entre el derecho común (derecho civil y derecho comercial, generalmente) y el del régimen de protección al consumidor. (84)

Puede afirmarse que el derecho relativo a la protección del consumidor se integra naturalmente con esas ramas jurídicas, ya sea cuando introduce nuevas normas aplicables a los actos o contratos que éstas regulan, ya imponiendo soluciones que impiden, total o parcialmente, la aplicación del derecho común. (85) A su vez, los objetivos de equilibrio y de tutela de la parte débil que se incorporan en la LDC permean hacia el derecho común, como veremos *infra*.

(83) Véanse los trabajos citados en nota 74. En STIGLITZ - STIGLITZ, op. cit., p. 31 se analiza la integración del derecho del consumidor en otras leyes generales.

(84) La doctrina, en general, afirma la integración del derecho de protección del consumidor con el derecho privado patrimonial: MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis; "Defensa del consumidor", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 70, y entre otros, WAJNTRAUB, Javier H., "Protección jurídica del consumidor", Lexis-Nexis/Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 44. En el derecho francés, por ejemplo, se estima que esa integración importa una "complementariedad obligada": PIZZIO, op. cit., p. 57 y ss., quien cita una frase de CARBONNIER, quien se refiere a que ambos derechos deben integrarse "sans dépaysement" (literalmente: sin despistarse), opinión que dice compartida por TERRE, SIMLER y LAQUETTE; también se integra, en su caso, con el derecho que regula actos y contratos administrativos que sean considerados como generando una relación de consumo; más adelante cita otros autores, dentro del Capítulo "La complementariedad amenazada" (p. 64 y ss.), en sentidos diversos. ALTERINI, Atilio, "Los contratos de consumo", op. cit., p. 283, lo califica como un "sistema autónomo, que, en cuanto Derecho Privado, sin ser Derecho Comercial ni Derecho Civil, forma lugar entre ambos".

(85) La Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo ha interpretado en "Retamar, María E. c. Moño Azul SA", del 31/3/99, ED 183-469, donde dijo, entre otras afirmaciones: "...La normativa emanada de la ley 24.240 está integrada con el plexo jurídico general y especial que regula las relaciones que se establecen a partir de las personas físicas o ideales... Tal integración sucede porque ambas legislaciones regulan la actividad de dichas personas aunque en diferentes actos y consecuencias". PAOLANTONIO, Martín, "Régimen legal...", op. cit., quien con referencia a la ley 25.065, cuyo artículo 3 remite supletoriamente a "las normas de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", dice: "en cualquier caso, insistimos, las remisiones al Código Civil y al Código de Comercio no requerían una norma expresa" (p. 26/27): ratifica, así, que esa remisión es implícita en casos similares. Vid. LÓPEZ CABANA, Roberto, "Contratos...", op. cit., p. 451.

Mosset Iturraspe, reiteradamente se refiere al “diálogo de las fuentes” (86) y destaca la relevancia de instituciones “de incorporación relativamente reciente en el derecho civil...” (87)

2.1.3. *La integración con otras relaciones jurídicas y campos del derecho*

Se ha dicho que el sistema de protección del consumidor consagra, como muchas otras parcelas del derecho nuevo, una verdadera “policromía” normativa, pues alcanza no sólo a la regulación ordinaria de las relaciones contractuales sino a otras figuras y otros campos del derecho que integran una cosmovisión del fenómeno del consumo.

Así se ha debatido sobre la posibilidad de que actos *unilaterales* resulten alcanzados por esa normativa específica. (88) También aparece comprometido el derecho penal, (89) el de daños e ilícitos civiles, (90) el dere-

(86) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del ‘micro’ al ‘macro’ sistema y viceversa. El “diálogo de las fuentes”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1, “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 7 y ss., especialmente p. 15y 21. En la nota 29 de este trabajo el autor relata que la expresión “diálogo de las fuentes”, se origina en Alemania y se ha repetido en Latinoamérica a partir de su adopción por Cláudia LIMA MARQUES, eximia jurista de Brasil, en “Contratos no código de defesa do consumidor”; después destaca que otros juristas brasileños -que menciona- se refieren al diálogo también con la Constitución Nacional. Véase también HERNÁNDEZ, Carlos, “Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (el diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)”, en Edición Homenaje al Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE, UNL, Santa Fe, 2005, p. 197 y ss.

(87) Op. cit. en nota anterior, p. 20.

(88) LORENZETTI, Ricardo Luis, “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur”, *LA LEY*, 1996-E, 1303, quien dice: “Actos jurídicos unilaterales: los comportamientos unilaterales que crean una expectativa razonable sobre la calidad o precio de un bien o servicio destinado a ser consumido caen dentro de la relación de consumo. En general se los incluye dentro del período contractual. Pueden ser actos unilaterales dirigidos a la otra parte o bien ofertas a sujetos indeterminados realizadas por intermedio de la publicidad, que en el supuesto de ser aceptada, obliga al oferente”.

(89) SANTOIANI, Juan Pablo y VARACALLI, Daniel C., “Tutela penal del consumidor”, p. 907 y ss., en PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (directores), “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009.

(90) LORENZETTI, Ricardo Luis, “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur”, *LA LEY*, 1996-E, 1303, quien dice: “Hechos ilícitos. Responsabilidad por daños: los hechos ilícitos dañinos derivados de los productos y servicios introducidos por los proveedores en el mercado y que producen lesiones a consumidores determinados. En el caso de la legislación brasileña puede haber lesión a grupos de consumidores como sujetos colectivos. Se supera el distingo entre responsabilidad contractual y extracontractual, siendo el elemento calificante el acto dañoso. Este puede afec-

cho administrativo y el derecho procesal, (91) sin olvidar la impronta constitucional de la tutela del consumidor incorporada en la reforma de 1994, como art. 42 de la Constitución Nacional.

2.2. *Preeminencia normativa*

Si analizamos el art. 3 de la LDC que hemos transcripto más arriba y lo coordinamos con la primera frase del art. 65 de la LDC (“la presente ley es de orden público”) se llega a ver con claridad la extensión interpretativa que se debe otorgar a la *preeminencia* a la que se refiere el primero de esos preceptos.

En consecuencia, en una interpretación legal, si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Por lo tanto, el régimen de derecho que surge de la LDC importará no sólo *complementar* sino también *modificar* o *derogar*, siquiera parcialmente, las normas de otras ramas jurídicas que se apliquen a la relación de consumo que concretamente se considere.

Incluso la ley establece que en caso de duda sobre la interpretación de “los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor”.

2.3. *Referencia gráfica*

Para generar una apelación gráfica de lo que hemos dicho hasta aquí en este capítulo, podríamos imaginar plasmadas como dibujo sobre un papel de base, la legislación civil y comercial que se aplique, por ejemplo, a un contrato. (92) Posteriormente, se aplicaría sobre ese dibujo otro en papel transparente con las normas de la LDC relativas al caso. Allí tendríamos:

tar al consumidor o al usuario no contratante”; BUERES, Alberto J. y PICASSO, Sebastián, “La responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, p. 31 y ss., en RDPC, “Consumidores 2009-1”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; SOZZO, Gonzalo, “El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo (Dimensiones reparatoria preventiva y precautoria”, p. 367 y ss., en RDPC, “Consumidores 2009-1”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

(91) BARBADO, Patricia B, “La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo”, p. 203 y ss., en RDPC, “Consumidores 2009-1”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; HERNÁNDEZ, Carlos Alfredo, “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, p. 257 y ss., en RDPC, “Consumidores 2009-1”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; WAJNTRAUB, Javier, “La protección...”, op. cit., dice que: “Evidentemente el avance más trascendente se da en el campo procesal” (p. 268).

(92) Como es sabido a una relación comercial también se le puede aplicar una regla civil, por disposición del art. I, del título preliminar y del art. 207, ambos del Código de Comercio.

a) Espacios superpuestos

En este caso estaríamos detectando una contradicción entre el derecho común y el derecho del consumidor. Las normas de integración y preeminencia que hemos estudiado harían prevalecer las reglas de la LDC.

b) Espacios no superpuestos

Estos pueden ser: b.1) aquéllos en los cuales la LDC no contiene normas (ni derogatorias, ni sustitutivas) de la legislación común. b.2) también puede ocurrir que en un espacio no contemplado por la legislación común aparezcan normas de la LDC.

En estos casos no aparece contradicción normativa, por lo que en principio en el supuesto b.1) se aplicará el derecho común y en el supuesto b.2) la regla de la LDC; integrándolas todas al derecho común subsistente y al de la LDC preeminente (punto a).

c) Espacios abiertos

Como en toda situación legal, en un caso dado pueden existir espacios abiertos no alcanzados por reglas expresas. Sin entrar en el debate sobre la cuestión de las lagunas del derecho, lo cierto es que esos espacios deberán ser motivo de interpretación legal y contractual. (93)

En la búsqueda de la solución, el jurista apelará a los métodos de interpretación para integrar esos espacios abiertos que signifiquen, de un lado, preferir la solución más conveniente para el consumidor (94) y, a la vez, adecuarse a los *principios básicos que no desnaturalicen el contrato* dentro de los parámetros del art. 37 de la LDC.

(93) Nos remitimos a nuestro trabajo: “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”, en “Reglas y principios del derecho comercial”, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 71 y ss. y también en SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (dir.) “Tratado de la interpretación del contrato en América Latina”, Grijley, Rubinzal-Culzoni y Universidad del Externado, Lima, 2007, p. 54/130, y a los enjundiosos trabajos sobre el mismo tema en ese Tratado, de Ricardo Luis LORENZETTI; Jorge MOSSET ITURRASPE; Alejandro BORDA; Julio César RIVERA; Aída KEMELMAJER de CARLUCCI; María Laura ESTIGARRIBIA BIEBER; Luis MOISSET DE ESPANÉS-Benjamín MOISÁ; Noemí Lidia NICOLAU y Luis O. ANDORNO.

(94) MOISSET DE ESPANÉS, Luis y TINTI, Guillermo P., “El consumo, el derecho del consumidor y la regla ‘favor debitoris’”, p. 99 y ss., en LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coord.), “Defensa del consumidor”, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

Ante estos temas, comprobamos que el jurista tendrá que obrar con la misma precisión que la de un orfebre. Pero, ciertamente, siempre la realidad supera a la previsión de las leyes y aún a la de los tratados de la ciencia, por lo que esa tarea es inherente a su actividad.

IV. EL MODELO NORMATIVO DE ECONOMÍA DE MERCADO

1. La “tensión” inicial

La reciente, y por tanto moderna, aparición del derecho de protección del consumidor (95) provocó una zona de tensión inicial, sobre todo en la doctrina, ante la formulación de principios que podrían trastocar los tradicionales del derecho entonces vigente. (96)

(95) La denominación ha merecido diversos debates: algunos sostienen que se trata de un subsistema protectorio, donde el “derecho del consumo” pasa formar parte del derecho privado patrimonial: LORENZETTI, Ricardo Luis - SCHÖTZ, Gustavo Juan, “Defensa del Consumidor”, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 60 y ss.; otros, que es un estatuto de derecho común, es decir, un “microsistema” con normativa específica: véanse ALTERINI, Atilio A., “Estudios de Derecho Civil”, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 244 y p. 282 y ss., MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Del ‘micro’ al ‘macro’ sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 7 y ss.; al respecto hay autores que utilizan el término “estatuto”, pero puede interpretarse que lo hacen por comodidad verbal (Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis: “La noción de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en LORENZETTI- SCHÖTZ, op. cit., p. 63 y ss.; RUSCONI, Daniel D., “La noción del consumidor en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, en JA del 28 de mayo de 2008 (Número especial), cit., p. 15 y ss.), aunque WAJNTRAUB, op. cit., p. 44, prefiere llamar a la normativa del consumo “Estatuto del consumidor”; se inclina en este último sentido MARTY, op. cit., p. 699, en un capítulo titulado “L’ébauche du statut des professionnelles”; algunos lo consideran un derecho de excepción dentro del derecho privado patrimonial: SANTARELLI, Fulvio G., “Ley 24.240 Comentada. Título I”, en “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, dir. por PICASSO-VAZQUEZ FERREYRA, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 22 y ss.; por último, hay exponentes de la “autonomía del derecho del consumidor”, como ARIZA, Ariel, “La reforma del régimen de defensa del consumidor por Ley 26.361”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 14 y ss. y PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “Derechos del consumidor”, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 2 y ss.; GOZAINI, Osvaldo, “¿Quién es consumidor, a los fines de la protección procesal?”, LA LEY, 2003-C, 1054. En el derecho comparado se debate sobre la autonomía del derecho del consumidor: RZEPECKI, op. cit. especialmente p. 256 y ss.; quien llega a la conclusión negativa diciendo: “... el derecho del consumo no es apto para pretender la calidad de rama del derecho”, después de un amplio desarrollo; véase también SAUPHANOR, op. cit., p. 224 y ss. Véase, en general, PLAIA, Armando (dir.), “Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore”, Giuffrè, Milán, 2008, con colaboración de distintos autores.

(96) MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo Luis, “Defensa del consumidor”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1993, p. 17 y ss.

2. El diálogo de las fuentes y la extensión del microsistema

Ya nos hemos referido a ambos conceptos, (97) por lo que sólo nos queda señalar que la labor del jurista de hoy es comprender tanto la realidad factual como la del plexo normativo, integrándolas en una interpretación que permita, en ambas direcciones y en ambos campos, la mayor armonía en aras al servicio de la comunidad.

En este sentido surge de la ley que la aplicación del derecho común no puede llegar a desvirtuar la efectividad de las normas fundamentales tuitivas del régimen especial. (98) A la inversa ya hemos anotado que la aplicación del sistema legal de protección del consumidor no puede llevarse al extremo de *desnaturalizar* las instituciones del derecho común sobre las que se aplica. (99)

3. Generalización de las normas sobre consumo. El “doble tránsito”

Aun cuando existen países en los cuales se han sancionado “códigos” del consumo (100) o estatutos del consumidor (101) (y en otros, leyes específicas sobre el tema) en todos los casos la doctrina ha mantenido incólume la interpretación integradora de las reglas particulares con el derecho común.

En realidad, hay un traspaso recíproco continuo, pues muchos códigos o leyes de fondo fueron receptando cláusulas tuitivas, ya sean abrevadas

(97) *Supra*, punto 2.1.2 y sus notas al pie.

(98) LORENZETTI, en LORENZETTI, Ricardo Luis - SCHÖTZ, Gustavo Juan, “Defensa del Consumidor”, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 64, expresa: “El derecho del consumidor es un subsistema protectorio, lo que no quiere decir que otros sujetos que no son consumidores no tengan acciones tuitivas, que existen en el derecho privado, como la buena fe, el abuso del derecho, la lesión, y otras de amplio desarrollo. El consumidor es un sujeto de derechos, pero no es el fundamento de la disciplina. El fundamento es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo”.

(99) Criterio del art. 37 de la LDC.

(100) En Francia, por la ley 92/60, sancionada a partir de una iniciativa de Jean CALAIS-AULOY, receptada en principio por la ministro de Justicia, Mme. Lalumière: RZEPECKI, Nathalie, op. cit., p. 391 y ss.; en Brasil por ley 8078 de 1990, y ULHOA COELHO, Fabio, “O empresario e os Directos do Consumidor”, Saraiva, San Pablo, 1994, p. 25 y ss.; vid. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos y otros, “Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anterprojeto”, Río de Janeiro, Forense, 1991, p. 14 y ss.

(101) Colombia, decreto 3466 de 1982.

de las leyes específicas sobre consumo del país, u originales de la codificación. Así, por ejemplo, ha ocurrido con las reglas de los contratos de adhesión, las cláusulas predispuestas, las cláusulas abusivas, el deber de información, la responsabilidad precontractual y, entre otros, el equilibrio contractual amparado por las figuras de la lesión, imprevisión y onerosidad sobreviniente. (102)

Se ha destacado que el derecho alemán ha incorporado al Código Civil normas originadas en el derecho al consumo (103) y que igual incorporación se aprecia en el nuevo Código Civil de Brasil y en el Code Civil de Québec. (104)

(102) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Del "micro" al "macro" sistema y viceversa. El "diálogo de las fuentes", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 15 y ss., donde titula el punto 4 "Del macro sistema al micro sistema y a la inversa". Es interesante compulsar el trabajo de MAZEAUD, Denis, "L'attraction du droit de la consommation", RTDCom. 51(1), junio-marzo 1998, p. 95 y ss., con una diversidad de ángulos de enfoque de la relación del derecho común (sobre todo el de obligaciones) respecto del derecho del consumo. Entre sus reflexiones, pueden transcribirse algunas. Por ejemplo: "¿Qué resta del derecho común de las obligaciones? Ésta es una lacerante cuestión, teñida de una pizca de resignación y un tufillo de nostalgia, que tienta a poner detrás un primer y rápido panorama. A primera vista, en efecto, el derecho común de las obligaciones, está hoy confrontado a una grave crisis de identidad después de ser objeto de de una "empresa de desmantelamiento", orquestada por ese "derecho militante" y conquistador, que es el derecho del consumo". Habla después de la regresión constante del derecho común, del "expansionismo" del derecho del consumo, de la colonización del derecho de obligaciones por el derecho especial del consumo, más efectivo (citando a CARBONNIER) . Después de recordar posiciones como la marginación, banalización, secesión e incluso desaparición del derecho común, expresa que esas calificaciones ofrecen una visión abusivamente negativa y polémica. Afirma, a su turno, "...Más que entonar un réquiem para el derecho común, parece más realista admitir su cohabitación con el derecho especial del consumo y reflexionar sobre la fuerza de atracción de este último, como invita el título de nuestro trabajo", (p.97). Después de alertar sobre que cierta doctrina consumerista parece hoy animada de cierta ideología paradójica, analiza en sendos capítulos, al derecho del consumo como aguijón del derecho común (p.106 y ss.) y como perturbador del derecho común (p. 111 y ss.), concluyendo en que la cohabitación no está definitivamente excluida (p.114) (los resaltados son nuestros). Véase también: STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, "Contrato con cláusulas predispuestas: su naturaleza contractual. (prevalencia de las normas relativamente imperativas, sobre las condiciones generales de los contratos por adhesión)", LA LEY, 1988-E, 14; STIGLITZ, Gabriel (dir.), "Defensa de los consumidores de productos y servicios", La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 65 y ss.; CONTE GRAND, Julio, "Perspectiva económica y jurídica. Necesidad de una apreciación integral", en LORENZETTI, Ricardo Luis - SCHÖTZ, Gustavo Juan, "Defensa del Consumidor", Ábaco, Buenos Aires, 2003. p. 26 y ss., especialmente, p. 61.

(103) MOSSET ITURRASPE, op. cit. en nota anterior, p. 21 y ss.

(104) Así, sin perjuicio de la vigencia de la ley específica, el Código Civil de Québec recoge preceptos referidos al contrato de consumo y la tutela del consumidor, en sus arts. 1432, 1435 a 1437, 1378, 1384, 1746, 3119 y 3149. MOORE, Benoit, "La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle", en "Pour une réforme du droit de la consommation en Québec",

Puede afirmarse sin más que las normas sobre consumo tienen una vocación expansiva que las lleva a generalizarse. (105) En ese sentido, el francés CADIET reflexiona sobre la *ósmosis* o *convergencia* de los campos jurídicos, de manera que podemos “descubrir lo general de mañana en lo particular de hoy”. (106)

V. EL ACTO DE COMERCIO Y EL ACTO DE CONSUMO

1. Relaciones

Que un acto sea calificado como un *acto de consumo* no excluye que, a la vez, pueda ser identificado (o no) como *acto de comercio* y, a la inversa, que un acto sea calificado como acto de comercio no necesariamente lo identifica como un *acto o relación de consumo*. Veremos ahora sus vinculaciones.

1.1. Actos de comercio que no son actos de consumo

El art. 8 del Código de Comercio enumera los que llama “actos de comercio”. (107) La doctrina ha devanado muchas elucubraciones sobre la

Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Fondation Claude-Masse, Yvon Blais, Cowansville, 2006, p. 113 y ss., especialmente p. 116, quien dice: “En este sentido, es innegable que la ley de 1978 (de protección del consumidor) ha influenciado en la reforma del Código Civil; éste puede influenciar en la reforma de la ley sobre la protección del consumidor, sin que por ello ésta corra riesgo, si no ha ocurrido ya, de ser pasada por su izquierda por el derecho común. Más que nunca el derecho del consumo tiene interés en acercarse al derecho común”. En la cita 18 cita a Claude MASSE y Pierre-Claude LAFOND, señalando que éste destaca la idea de la complementariedad del derecho común y el derecho del consumo. Véase también p. 125 sobre aspectos concretos de la recepción del derecho del consumidor en el Código Civil y, del mismo autor: “Autonomie ou dépendance: réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun”, en la obra dirigida por Pierre-Claude LAFOND, “Droit de la consommation: sous influences”, Yvon Blais, Cowarsville, 2007, p. 1 y ss.

(105) HERNÁNDEZ, Carlos, “Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (el diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del consumidor)”, en Edición Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL, Santa Fe, 2005, p. 198/199; ARIZA, Ariel, “Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado”, La Ley, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), p. 49 y ss..

(106) CADIET, Loïc, “Interrogations sur le droit contemporain des contrats”, en “Le droit contemporain des contrats, travaux cordonnés par L. CADIET”, Economica, París, 1987, p. 7.

(107) Art. 8°. La ley declara actos de comercio en general:

1° Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor;

interpretación de esta norma, en particular preguntándose si existe un hilo conductor común de los distintos casos, y respecto del carácter *enunciativo* o *taxativo* del elenco legal (por consiguiente, acerca de la posibilidad de extenderlo analógicamente a otras situaciones). (108) Nos remitimos a esos antecedentes para una estimación de estos temas.

De la lectura de la norma parece concluirse que hay una *primera categoría* de actos que, en principio, pueden identificarse como actos de comer-

2° La transmisión a que se refiere el inciso anterior;

3° Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate;

4° Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador;

5° Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra;

6° Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto;

7° Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo;

8° Las operaciones de los factores tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen;

9° Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes;

10. Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial;

11. Los demás actos especialmente legislados en este Código.

(108) Una enumeración exhaustiva de los autores que se han referido a estos temas excedería de esta Comunicación. Al solo efecto de orientación podemos citar a los siguientes: FERNÁNDEZ, Raymundo - GÓMEZ LEO, Osvaldo, "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", Tomo I, Depalma, 1984, p. 212 y ss.; FERNÁNDEZ, Raymundo, "Código de Comercio Comentado", Tomo I, Buenos Aires, 1967, p. 71 y ss.; FONTANARROSA, Rodolfo, "Derecho Comercial Argentino. Parte General", Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 95 y ss.; GARO, Francisco, "Derecho Comercial. Parte General", Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 69 y ss.; HALPERÍN, Isaac - BUTTY, Enrique, "Curso de Derecho Comercial", Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 41 y ss.; SIBURU, Juan B., "Comentario del Código de Comercio Argentino", Tomo II, Abeledo, Buenos Aires, 1923, p. 65 y ss.; TÉVEZ, Alejandra, "Artículo 8° - Acto de Comercio", en ETCHEVERRY, Raúl A. (dir.) - CHOMER, Héctor O. (coord.), "Código de Comercio", Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 755 y ss.; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, "Código de Comercio y Leyes complementarias", Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 36 y ss.; MALAGARRIGA, Carlos, "Tratado elemental de Derecho Comercial", Tomo I, Tipográfica Editora, Buenos Aires, 1963, p. 50 y ss.; SATANOWSKY, Marcos, "Estudios...", op. cit., p. 188 y ss. Es también relevante la doctrina de los países que han seguido en su legislación la impronta del Código de Comercio francés de 1807.

cio y que teóricamente no consienten su calificación como actos de consumo, por ejemplo, el inciso 5 (empresas), el inciso 6, en cuanto a las sociedades anónimas, (109) y el inciso 9, sobre las convenciones de los salarios de los dependientes y empleados. (110)

Una *segunda categoría* estaría vinculada a los actos de comercio que *potencialmente también* pueden ser actos de consumo (cuando sean realizados con un *consumidor* según el art. 3, primera parte, de la LDC y su interpretación, conforme los arts. 1 y 2 de la misma). Sin embargo, en casos particulares concretos, si no son efectuados con un consumidor en los términos legales indicados, el acto de comercio no será a la vez acto de consumo.

1.2. Actos de consumo que no son actos de comercio

La calidad de *proveedor* es más amplia que la de *comerciante*, como hemos visto.

Un acto calificado como un *acto de consumo* puede no ser, en consecuencia, un acto de comercio. Así, por ejemplo, los referidos a operaciones sobre inmuebles, (111) las compraventas excluidas de la comercialidad

(109) Nos referimos a las reglas que rigen la organización institucional de la sociedad anónima como persona jurídica y sus relaciones internas (con socios, administradores, órganos de control interno, etc.). Los actos de la sociedad con terceros pueden estar alcanzados por el derecho del consumidor, como hemos analizado.

(110) Estas relaciones están comprendidas en el derecho del trabajo, cuya autonomía también se proclama: VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Derecho del trabajo y seguridad social", Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 65.; comp. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Ley de contrato de trabajo. Comentada y anotada", La Ley, Buenos Aires., 2009, p. 14/15.

(111) Ajenas al Derecho Comercial: HALPERÍN, Isaac - BUTTY, Enrique, "Curso ...", op. cit., p. 49/54; FONTANARROSA, Rodolfo, "Derecho ...", op. cit., p. 108/115; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, "Código...", op. cit., p. 40/41; TÉVEZ, Alejandra, "Artículo 8° - Acto de Comercio", op. cit., p. 784/786 y ss. En cuanto a operaciones de bienes inmuebles en el Derecho de Consumo, puede verse una referencia de la reforma en: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Derecho ...", op. cit., p. 16/17; en ARIZA, Ariel, "Contratación inmobiliaria y defensa del consumidor", en "La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 41 y ss. y en FRUSTAGLI, Sandra - HERNÁNDEZ, Carlos, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", JA, 2008-II-1212, p. 4, quienes relatan los antecedentes parlamentarios y se inclinan por la inclusión de las operaciones inmobiliarias en la LDC, con cita conforme de Atilio ALTERINI, en número especial de la LA LEY, del 10 de abril de 2008.

según el art. 452 del Código de Comercio (112) y las prestaciones de naturaleza no comercial, como los servicios profesionales; las actividades puramente civiles, como las de labranza, de crianza de animales o extractivas. (113).

Los actos de comercio, realizados como profesión habitual y por cuenta propia califican al sujeto como comerciante (art. 1 del Código de Comercio). Sin embargo, una persona que no es comerciante o sociedad comercial puede realizar actos de comercio esporádicos, sin carácter de habitualidad y, no obstante, tales actos pueden ser calificados como de consumo (art. 2, primer párrafo, de la LDC), en tanto sean celebrados con un consumidor (art. 1, LDC).

Las *personas* de naturaleza pública que puedan ser calificadas como *proveedores* (art. 2, primer párrafo, de la LDC) que realicen actos de comercio, sin embargo, al hacerlo habitualmente no serán calificadas como *comerciantes* o de *carácter comercial*. (114) Los *actos* que se califiquen como actos de comercio quedarán regidos por la ley comercial, sin perjui-

(112) Art. 452. No se consideran mercantiles:

1° Las compras de bienes raíces y muebles accesorios. Sin embargo, serán comerciales las compras de cosas accesorias al comercio, para prepararlo o facilitarlo, aunque sean accesorias a un bien raíz;

2° Los de objetos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición;

3° Las ventas que hacen los labradores y hacendados de los frutos de sus cosechas y ganados;

4° Las que hacen los propietarios y cualquier clase de persona, de los frutos y efectos que perciban por razón de renta, donación, salario, emolumento u otro cualquier título remuneratorio o gratuito;

5° La reventa que hace cualquiera persona del resto de los acopios que hizo para su consumo particular.

Sin embargo, si fuere mayor cantidad la que vende que la que hubiese consumido, se presume que obró en la compra con ánimo de vender y se reputan mercantiles la compra y la venta.

(113) Estas labores pueden ser realizadas por sociedades comerciales calificadas así por su forma (Sociedad de Responsabilidad Limitada y Anónima), aun cuando tengan por objeto o realicen actividades civiles; sin embargo, los actos civiles seguirán siendo tales y no se transforman en actos de comercio por la calidad del sujeto, en estos casos. MARTY, Jean Pierre, "La distinción...", op. cit., p. 696, señala que la noción de "profesional" en el derecho francés "...es independiente del estatuto que puede tener el profesional, de carácter civil o comercial".

(114) La doctrina ha debatido si las personas públicas (el Estado o sociedades públicas), adquieren calidad comercial por el desarrollo de actividades económicas habituales. Ver

cio de la aplicación de disposiciones públicas especiales (por ejemplo, entidades financieras y de seguros), y la primacía de la LDC (art. 3).

2. La situación especial de los actos mixtos (unilateralmente comerciales)

El art. 7 del Código de Comercio establece que “Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial”. Sobre esta base la doctrina ha elaborado la teoría de los “actos mixtos”.

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, (115) en la nuestra el artículo precitado atrae al acto mixto a la legislación comercial. (116) Esta cualidad no impide que, dadas las condiciones previstas por la LDC, ese “acto mixto” sea regido por el Código de Comercio y por la LDC, con el rango de prioridad que ya hemos establecido. Tampoco significará que la persona para quien el acto es civil quede sometida al estatuto de comerciante o a las reglas profesionales aplicables a éste (art. 7, parte final del Código de Comercio y su coordinación con el art. 3, parte final, de la LDC).

3. Los llamados actos mixtos “de consumo”

VÁZQUEZ FERREYRA y PEYRANO, en el Tratado de BUERES-HIGHTON, estudian el caso de lo que denominan “acto mixto de consumo”, que sería aquél amparado en parte por la LDC y en parte excluido de su régimen.

FONTANARROSA, Rodolfo O. op. cit., p. 301 y ss.; ZAVALA RODRÍGUEZ, op. cit., p. 28; FERNÁNDEZ-GÓMEZ LEO, p. 197 y ss.; HALPERIN-BUTTY, op. cit., p. 139 y ss.

(115) Por ejemplo, la francesa, en la que la regla general es la de la “aplicación distributiva”: GUYON, Yves, “Droit des affaires”, 9ª edición, Tomo I: “Droit commercial général et Sociétés”, Economica, París, 1996, p. 78/79; SAUPHANOR, Nathalie, “L’influence du droit de la consommation sur le système juridique”, L.G.D.J., París, 2000, p. 72 y ss.

(116) La doctrina sobre este tema también es abundante; FONTANARROSA, Rodolfo, “Derecho Comercial Argentino”, Zavallá, Buenos Aires, 1997, p. 13 y ss.; HALPERÍN, Isaac - BUTTY, Enrique, “Curso de Derecho Comercial”, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 46 y ss.; SIBURU, Juan B., “Comentario del Código de Comercio Argentino”, Tomo II, Abeledo, Buenos Aires, 1923, p. 62 y ss.; FERNÁNDEZ, Raymundo - GÓMEZ LEO, Osvaldo, “Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial”, Tomo I, Depalma, 1984, p. 216 y ss.; ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, “Código de Comercio y Leyes complementarias”, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 33 y ss.; ETCHEVERRY, Raúl A. (dir.) - CHOMER, Héctor O. (coord.), “Código de Comercio”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 749 y ss.; MALAGARRIGA, Carlos, “Código de Comercio comentado”, Tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 1922, p. 33 y ss.; y del mismo autor, “Tratado elemental de Derecho Comercial”, TEA, Buenos Aires, 1963, p. 54 y ss.

Exponen el caso de un comerciante que realizara una gran compra, la mayor parte para la reventa y otra parte para su consumo personal.

Estiman que en cuanto a la porción destinada al consumo propio, resultan aplicables las normas de la LDC. Después comentan un supuesto de tarjeta de crédito, utilizada promiscuamente para uso de un estudio jurídico y para consumo personal. Finalizan diciendo: “Por nuestra parte, creemos que estamos ante una típica operatoria mixta, que como tal queda amparada por la Ley de Defensa del Consumidor. En el peor de los casos, y de existir alguna duda al respecto, la misma debe resolverse conforme el principio general establecido en el art. 3° de la ley”. (117)

El tema merece algunas reflexiones. Una norma legal, el art. 452 del Código de Comercio, que ya hemos reproducido (ver nota 112), establece en su inciso 5° que la reventa del resto de acopios que se hicieron para consumo particular, no es comercial. Pero después dispone que si fuere mayor la cantidad que se vende que la que se hubiere consumido, se presume que obró en la compra con el ánimo de vender y se reputan mercantiles la compra y la venta. La doctrina es divergente sobre si esta presunción debe interpretarse como *iuris et de iure* o solamente *iuris tantum*.

Podría afirmarse la posibilidad de aplicación analógica o supletoria de esta norma mercantil para el caso del acto de consumo llamado por VÁZQUEZ FERREYRA y PEIRANO “acto mixto de consumo”.

Sin embargo, si bien puede utilizarse esta medida “proporcional cuantitativa” como elemento de juicio, creemos que debe estarse a las condiciones y circunstancias en las que se realizó el acto, para estimar la aplicación o inaplicación de las normas de la LDC.

En efecto, un primer caso sería el del empresario dueño de una carnicería, por ejemplo, que compra varias medias reses para su comercio y lleva una parte de la carne para el consumo de su familia. No podemos aplicar extensivamente el derecho de protección del consumidor a esta operación, pues es claro que el empresario adquirió la mercadería para su comercio y así seguramente lo entendió no sólo el mismo empresario sino su proveedor. Por tanto, que una pequeña parte sea destinada al consumo final, no necesariamente tiñe como operación de consumo a su totalidad.

(117) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PEYRANO, Marcos, “Análisis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor”, en “Código Civil”, dirigido por Alberto BUERES y coordinado por Elena HIGHTON, Tomo 3B, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 227 y ss.

A la inversa, puede ocurrir que una persona adquiera provisiones (por ejemplo, bebidas) para una fiesta familiar (por caso, un casamiento). Si este evento no se realiza, es posible que venda la mayor parte de lo adquirido. No parece que si el fin original era el consumo, la reventa posterior impida que la operación inicial fuera un acto de consumo mutando su calidad por la frustración ulterior.

VI. EL ACTO DE CONSUMO Y LA CALIDAD DE COMERCIANTE

1. El acto de comercio y la “calidad comercial del sujeto” (comerciante individual o sociedad comercial)

Como hemos visto, la calidad de comerciante se adquiere por el ejercicio habitual, a nombre propio, de actos de comercio (art. 1, Código de Comercio).

Por consiguiente, la reiteración de actos de consumo que no sean actos de comercio, aun habitualmente, no conferirá la calidad de comerciante al *proveedor*.

A su vez, las sociedades comerciales que son tales por su *objeto* (sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de capital e industria), cuando realizan actos de su actividad específica, quedarán sometidas a la LDC y a la legislación común (civil o comercial) de base, en caso que tales actos puedan también calificarse como *actos de consumo*. Por tanto, no necesariamente serán actos de consumo los realizados por tales sociedades, aun cuando pudieran calificarse como acto de comercio, si no se dan las condiciones de los arts. 1 a 3 de la LDC.

Las sociedades comerciales *por su forma*, podrán realizar actos de comercio o actos civiles en cumplimiento de su objeto; tales actos no serán necesariamente *actos de comercio* sólo por haber sido realizados por una sociedad comercial y podrán ser calificados como *actos de consumo* en la medida que se den las condiciones de los arts. 1 a 3 de la LDC.

2. El buen hombre de negocios y el régimen de consumo

2.1. Identificación del precepto legal

El art. 59 de la “Ley de Sociedades Comerciales” (Ley 19.550 t.o., en adelante LSC), dice: “Diligencia del administrador: responsabilidad. Los ad-

ministradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

También en este punto la doctrina es muy abundante y presenta interesantes matices. (118)

En cuanto nos interesa, debemos considerar si el cumplimiento de las normas legales de la LDC forma parte del concepto de “diligencia de un buen hombre de negocios” y, eventualmente, si la LDC está abrazada por la identificación genérica de “ley” en el art. 274 de la LSC.

Brevemente, podemos responder que, en general y como concepto, puede afirmarse que el cumplimiento de las obligaciones de la LDC está comprendido dentro de las obligaciones de diligencia de un buen hombre de negocios. Por lo tanto, su incumplimiento puede dar lugar a su responsabilidad *frente a la sociedad* siempre que se trate de una acción u omisión de la que se puede imputar por dolo, abuso de facultades o culpa grave del administrador.

2.1.1. Responsabilidad frente a la sociedad

El administrador responde ante la sociedad en los términos de los arts. 59, 157 y 274. Así se ha resuelto jurisprudencialmente, con apoyo general de la

(118) GAGLIARDO, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Abeledo Perrot - Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 908 y ss., y del mismo autor “El directorio en la sociedad anónima”, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 257; BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales”, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 18 y ss. y “Responsabilidad concursal de los administradores de la persona fallida”, *La Ley*, Colección de análisis jurisprudencial 1/01/2006, 312; ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades comerciales. Comentada y Anotada”, tomo I, *La Ley*, Buenos Aires, 2006, p. 880 y ss.; NISSEN, Ricardo A., “Curso de derecho societario”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 478 y ss.; LUCHINSKY, Rodrigo, “El sistema de gobierno societario. Corporate Governance en el derecho argentino”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 68 y ss.; VANASCO, Carlos A., “Sociedades Comerciales”, 2, parte especial, *Astrea*, Buenos Aires, 2006, p. 664; HALPERÍN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, vol. II, Parte especial, sociedades, *Depalma*, Buenos Aires, 1977, p. 117 y ss., y 329 y ss.; MUGUILLO, Roberto A., “Administradores societarios. Principios que gobiernan la administración”, en “La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos”, IADC-Legis, Buenos Aires, 2009, p. 204 y ss.; VÍTOLO, Daniel Roque, “La responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales”, *Legis*, Buenos Aires, 2007, p. 5 y ss.

doctrina. (119) Esta responsabilidad también puede ser requerida en caso de quiebra de la sociedad, según el art. 278 de la LSC. (120) Además, este precepto debe coordinarse con el art. 175 de la Ley de Concursos y Quiebras (n° 24.522) (121)

2.1.2. Posición de los terceros

Fuera de los casos de insolvencia societaria los terceros no tienen legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad. (122)

VII. CONCLUSIONES

1) La LDC se integra en el plexo de la ley comercial (y de la ley civil) en forma sistemática y de conformidad con sus fines explícitos e implícitos;

2) Buena parte de las operaciones mercantiles serán relativas a consumidores, por lo que el derecho mercantil —en su gran espectro de origen obligacional y contractual— abarcará actos de consumo. A su vez, la mayor parte de los *actos de consumo*, por la calidad profesional del proveedor serán, a la vez, *actos de comercio* y regidos por la ley comercial. Todo ello sin perjuicio de la integración y preeminencia de la LDC.

3) La legislación mercantil y la LDC forman un componente esencial del modelo normativo de economía de mercado.

(119) “Eledar S.A. c. Serer, Jorge A.”, 08/10/1997, LA LEY, 1999-B, 123, comentado por RANGUGNI, Diego Emilio, “Algunos aspectos de la responsabilidad de los directores en la sociedad anónima”. Véase con amplio desarrollo a GAGLIARDO, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, en especial p. 731 y ss.

(120) Ley 19.550, art. 278: “Acción de responsabilidad. Quiebra. En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, y, en su defecto, se ejercerá por los acreedores individualmente”.

(121) Ley 24.522, art. 175: “El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico”. Por todos, véase GAGLIARDO, op. cit., p. 757 y ss., quien también considera el caso del art. 173 de la Ley de Concursos y Quiebras, cuya aplicación al supuesto de violación de la LDC aparece indirecto o remoto.

(122) Así lo ha resuelto la jurisprudencia en CNCom., Sala C, 11/12/1989, “Legaspi, Alberto c. Danicar S.R.L. s/Ord” (Citar Lexis N° 11/9884 y 11/9886 y www.laleyonline.com área Sumarios); CNCom., Sala C, 11/12/1976, “Raitman, Mario c. Feller, Marcos” (Citar Lexis N° 11/5470 y www.laleyonline.com área Sumarios). Los terceros podrán ejercer, eventualmente, la acción individual de responsabilidad que prevé el art. 279 de la LSC, si fuere del caso.

4) La LDC irradia sus consecuencias sobre variados aspectos de la vida del mercado y sobre la actuación de las personas físicas o jurídicas que actúan en él —en general *comerciantes*— y forma parte de obligaciones éstos como una regla de conducta comprendida en la pauta del *buen hombre de negocios*. En este último sentido al administrador societario responde ante *la sociedad* y sus socios. Frente a terceros, *la sociedad* es parte del negocio y sólo cabrá reproche a los administradores en caso de *quiebra* de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

1. AA.VV., “*Responsabilidad y obligaciones de directivos y administradores*”, Ediciones Gestión 2000 S.A., Barcelona, 1996, p. 47 y ss.
2. AA.VV., “*Consumidores*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2009-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009.
3. AA.VV., “*Consumidores*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 5, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1994.
4. AA.VV., “*Atilio Aníbal Alterini. Testimonio de una vocación*”, Libro homenaje del Instituto de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 2009.
5. AA.VV., “*Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*”, Coloquio del 6 y 7 de noviembre de 1986, dirigido por Jacques GHESTIN, Universidad de París I Panthéon-Sorbonne.
6. AA.VV., “*Le clause abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*”, dirigido por C. Massimo BIANCA y Guido ALPA, Cedam Biblioteca Jurídica, Padua, 1996.
7. ABDALA, Martín, “*Los administradores ante las obligaciones sociales*”, LA LEY, 28/08/2009, 1.
8. AFTALIÓN, Enrique - VILANOVA, José - RAFFO, Julio, “*Introducción al Derecho*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
9. ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, “*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*”, Astrea, Buenos Aires, 2002.
10. ALEGRIA, Héctor, “*La interpretación de los contratos en el derecho argentino*”, LA LEY, 2005-E, 952 y en “*Reglas y Principios del Derecho Comercial*”, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 71 y ss.

11. ALPA, Guido, *“La cultura delle regole”*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
12. ALTERINI, Atilio A., *“Estudios de Derecho Civil”*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

“Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LA LEY, 2008-B, 1239-Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008, Abril, p. 3 y ss.

“Contratos. Civiles y Comerciales. Teoría General.”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

“Como desbaratar la protección del consumidor”, LA LEY, 1999-A, 783.

“Los pilares del contrato moderno”, LA LEY, 2008-C, 1084.

“Tendencia de la contratación moderna”, LA LEY, 1999-B, 1229.

“Sobre las disidencias con el Proyecto de Código Civil de 1998”, LA LEY, 1999-D, 964.

“Sobre algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad”, LA LEY, 1999-D, 1059.

“Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto de Código de 1998”, LA LEY, 1999-A, 783.
13. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, *“El deber de seguridad objetivo en las relaciones de consumo”*, JA, 2009-II, fasc. 3, abril 2009, p. 30 y ss.
14. ANAYA, Jaime L., *“Orientación de la doctrina argentina en torno a la codificación del derecho mercantil. Los proyectos de reforma”*, Rev. Asoc. de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año II, N° III, febrero 1989, p. 17/44.

“La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario”, Anticipo de Anales, año XXXV, segunda época, n° 28, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.
15. ARAYA, Miguel - BERGIA, Marcelo, *“Derecho de la empresa y del mercado”*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008.
16. ARIZA, Ariel (coord.), *“La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

“Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado”, La Ley, Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008, abril, p. 49 y ss.

17. ASCARELLI, Tulio, "*Naturaleza y posición del derecho comercial*", en "Derecho Comercial. Doctrinas esenciales. Parte general", Tomo I, dir. por Jaime ANAYA y Héctor ALEGRIA, La Ley, 2009, p. 33.

18. AYERRA, Eduardo, "*La reforma a la ley 24.240 y el consumidor bancario*", en "Protección jurídica del consumidor bancario", dirigido por BARREIRA DELFINO, Eduardo y CAMERINI, Marcelo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 427 y ss.

19. ASOREY, Rubén - AMATUCCI, Andrea - PLAZAS VEGA, Mauricio, "*La autonomía del derecho de Hacienda Pública y del Derecho Tributario*", Universidad del Rosario, Colombia, 2008.

20. BADENI, Gregorio, "*Tratado de Derecho constitucional*", Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006.

21. BARBADO, Patricia, "*La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo*", RDPC 2009-I, "Consumidores", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 203 y ss.

22. BARREIRA DELFINO, Eduardo A., "*La contratación bancaria*", en LORENZETTI-SCHÖTZ, "Defensa del Consumidor", Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 179 y ss.

23. BARREIRA DELFINO, Eduardo A., CAMERINI, Marcelo (dir.), "*Protección jurídica del consumidor bancario*", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

24. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, "*La unificación del derecho privado*", Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.

25. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos y otros, "*Código brasileiro de defesa del consumidor comentado pelos autores do Anteproyecto*", Forense, Río de Janeiro, 1991, p. 14 y ss.

26. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto - BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, "*Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*", Tecnos, Madrid, 1987.

27. BERGEL, Salvador Darío, PAOLANTONIO, Martín, "*Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor*", ED, 155-496.

28. BOBBIO, Norberto, "*Teoría General del Derecho*", 3º Edición, Temis, Bogotá. 2007.

29. BOCCHINI, Mario, "*Tutela del consumatore e del mercato*", en "Le nuove leggi Civile Commentata. Comentario al capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore" dirigido por C. Massimo BIANCA y Francesco Donato BUSNELLI, Cedam, Padua, 1999.

30. BOLAFFIO, León, "*Derecho Comercial*", Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1947.
31. BONFANTE, Guido, COTTINO, Gastone, "*L'imprenditore*", en "*Trattato di Diritto Commerciale*", dirigido por Gastone COTTINO, vol. I, Cap. VIII: "Il diritto del capitalismo", Cedam, Padua, 2001, p. 383 y ss.
32. BORETTO, Mauricio, "*Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales*", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- "*Responsabilidad concursal de los administradores de la persona fallida*", La Ley, Colección de análisis jurisprudencial 01/01/2006, 312.
33. BOURGOIGNIE, Thierry - GILLARDIN, Jean (dir.), "*Droit des Consommateurs*", Publicación de la Universidad de Saint-Louis, Bruselas, 1982.
34. BOURGOIGNIE, T., "*Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*", Editions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 2006.
35. BROSETA PONT, Manuel, "*Manual de Derecho Mercantil*", Tecnos, Madrid, 1994.
36. BUERES, Alberto y PICASSO, Sebastián, "*La responsabilidad por daños y la protección del consumidor*", RDPC 2009-I, "Consumidores", Rubinzal Culzoni, Santa Fe Buenos Aires, p. 31 y ss.
37. CABALLERO DE AGUIAR, María Rosa, "*Relaciones de consumo y contrato de seguro*", LLNOA 2006, 13.
38. CADIET, Loïc, "*Interrogations sur le droit contemporain des contrats*", en "*Le droit contemporain des contrats, travaux codonnés par L. CADIET*", Economica, París, 1987, p. 7.
39. CALAIS AULOY, Jean, "*L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*", RTDCiv., París, 1994, p. 239 y ss.
40. CALAIS AULOY, Jean, STEINMETZ, Frank, "*Droit de la consommation*", 4ª edición, Dalloz, París, 1996.
41. CALDERÓN, Maximiliano Rafael, MÁRQUEZ, José Fernando, "*El arrepentimiento en el derecho del consumo*", La Ley 20/04/2009, 1.
42. CARINGELLA, Francesco - DE MARZO, Giuseppe, "*I contratti dei consumatori*", Utet, Torino, 2007.
43. CATENACCI, Imerio Jorge, "*Introducción al derecho*", Astrea, Buenos Aires, 2001.

44. CHINÉ, Giuseppe, “Il consumatore”, en LIPARI, Nicoló (dir), “*Diritto Privato Europeo*”, vol. I, Cedam, Padua, 1997, p. 164 y ss.

45. CICERO, Nidia (coord.) - TUZIO, Alejandro (dir.), “*Régimen de defensa del consumidor. Análisis de la reforma*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, Mayo 2008.

46. CLARÍA, José Octavio, “*La actualidad del derecho deportivo*”, disponible en www.eldial.com/suplementos/deportivo/doctrina/de050705-b.asp

47. CLAVERO ARÉVALO, Manuel y otros (coord.), “*Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*”, Fundación BBV-Civitas, Madrid, 1996.

48. COMISIÓN EUROPEA, Dirección General Sanidad y Protección de los Consumidores, “*La protección de los consumidores en la Unión Europea: Diez principios básicos*”, disponible en http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/index_en.htm.

49. COOTER, Robert y otros, “*Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. II. Applicazioni*”, Il Mulino, Bologna, 2006.

50. COPPOLA, Marcelo - LACAMBRA, Jorge, “*Análisis de la reforma de la ley de defensa del consumidor*”, ED 227-854.

51. CORRERA, Carlo, “*La defensa del consumatore dalle frodi in commercio*”, Giuffrè, Milán, 1982.

52. CROVI, Luis Daniel, “*El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 423 y ss.

53. CHARDIN, Nicole, “*Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*”, LGDJ, París, 1988.

54. DALLA VIA, Alberto, “*Derecho constitucional económico*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

55. DELLI PRISCOLI, Lorenzo - DI BRINA, Leonardo - RUSSO, Claudio, “*I contratti delle imprese*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

56. DE LORENZO, Miguel Federico, “*Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento*”, LA LEY, 2004-A, 790.

57. DEL ROSARIO, Cristian, “*El deber de informarse del inversor financiero*”, LA LEY, 2009-A, 66.

“*La ley de defensa del consumidor y el Banco Central de la República Argentina como autoridad de aplicación*”, LA LEY, 2006-A, 635.

58. DI CATALDO, Vincenzo - SANFILIPPO, Pierpaolo M., “*Le fonti private del diritto commerciale*”, Giuffrè, Milán, 2008.

59. DICHTER, Ernest, “*Las motivaciones del consumidor*”, Sudamericana, Buenos Aires, 1970.

60. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (dir.), “*Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*”, Civitas, Madrid, 1998.

61. DOMONT NAERT, Françoise - FALLON, Marc, “*Le droit de la consommation et le droit des contrats*”, en “*Droit des consommateurs*”, dirigida por Thierry BOURGOIGNIE y Jean GUILLARDIN, Saint-Louis, Bruselas, 1982, p. 85 y ss.

62. DUVERGER, Maurice, “*Métodos de las ciencias sociales*”, Ariel, Barcelona-Caracas, 1962.

63. ELÍAS, Ana Inés, “*Daño Punitivo: derecho y economía en la defensa del consumidor*”, en ARIZA, Ariel (coord.), “*La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 143 y ss.

64. ESBORRAZ, David, HERNÁNDEZ, Carlos A., “*La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales*”, JA, 1997-III-662.

65. ETCHEVERRY, Raúl A., “*Derecho Comercial y Económico. Obligaciones y Contratos. Parte General*”, Astrea, Buenos Aires, 1988.

66. ETCHEVERRY, Raúl A. (dir.) CHOMER, Héctor O. (coord.), “*Código de Comercio*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

67. FADLALLAH, Ibrahim (dir.), “*Le droit du credit au consommateur*”, LITEC, París, 1982.

68. FARINA, Juan M., “*Contratos Comerciales Modernos*”, Astrea, Buenos Aires, 2005.

“*Defensa del consumidor y del usuario*”, Astrea, Buenos Aires, 1995.

69. FAVIER DUBOIS, Eduardo (h.) - PÉREZ LOZANO, Néstor, “*Contrataciones empresarias modernas*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

70. FERNÁNDEZ, Raymundo, “*Código de Comercio Comentado*”, Tomo I, Buenos Aires, 1967.

71. FERNÁNDEZ, Raymundo - GÓMEZ LEO, Osvaldo, “*Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*”, Tomo I, Depalma, 1984.

72. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, “*Ley de Contrato de Trabajo*”, tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009.

73. FERRER ARELLANO, Joaquín, “*Propuesta de una epistemología jurídica (los cinco tipos de conocimiento jurídico: distinción y nexos)*”, disponible en <http://www.joaquinferrer.es/ArchisWrd/18.doc>.

74. FONTANARROSA, Rodolfo O., “*Derecho Comercial Argentino*”, 9na. edición (reimpresión), Zavalía, Buenos Aires, 1997.

75. FONT GALÁN, Juan Ignacio, “*¿Hacia un sistema jurídico mercantil de “faz completamente nueva?”*”, La Ley, 26/1984, de 19 de Julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un derecho mercantil del estado social”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 177, Julio-Septiembre 1985, Madrid, p. 381 y ss.

76. FRUSTAGLI, Sandra - HERNÁNDEZ, Carlos, “*Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual*”, JA, 2008-II-1212.

77. GALGANO, Francesco, “*Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*”, Vol. XVI, Cedam, Padua, 1991.

78. GAGLIARDO, Mariano, “*El directorio en la sociedad anónima*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 257.

“*Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*”, 3ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

79. GALBRAITH, John Kenneth, “*El nuevo estado industrial*”, Ariel Editores, Barcelona, 1984.

80. GAMEN, Sebastián, “*La prórroga de jurisdicción pactada en operaciones financieras para consumo*”, LA LEY, 25/11/2009, 10.

81. GARCÍA BELSUNCE (dir.), Horacio, “*Tratado de Tributación*”, Volumen 1, Astrea, Buenos Aires, 2003.

82. GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, “*Derecho Mercantil de Obligaciones*”, Parte General, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

83. GARO, Francisco, “*Derecho Comercial. Parte General*”, Depalma, Buenos Aires, 1955.

84. GAVIDIA SANCHEZ, Julio, “*El crédito al consumo (Cesión y contratos vinculados)*”, Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia, 1996.

85. GHERSI, Carlos, WEINGARTEN, Celia, “*Visión integral de la nueva ley del consumidor*”, La Ley, Suplemento Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), 57.

86. GIULIANI FONROUGE, Carlos, “*Derecho financiero*”, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1997.

87. GÓMEZ LEO, Osvaldo R. - GÓMEZ BUQUERÍN, Gastón, “*Código de Comercio*”, Depalma, Buenos Aires, 1993.

88. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Manuel, “*Autonomía del derecho financiero y tributario*”, disponible en www.dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/299/442.

89. GOZAÍNI, Osvaldo, “*¿Quién es consumidor, a los fines de la protección procesal?*”, LA LEY, 2003-C, 1054.

90. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, “*El seguro y la relación de consumo*”, Diario La Ley 04/02/2009, p. 1 y ss.

“*Derecho de los contratos*”, 2 Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

91. GUYON, Yves, “*Droit des affaires*”, 9° edición, Tomo 1: “*Droit commercial général et Sociétés*”, Económica, París, 1996, p. 78/79.

92. HALPERÍN, Isaac, “*Curso de Derecho Comercial*”, Vol. II, Parte Especial: Sociedades, Depalma, Buenos Aires, 1977.

93. HALPERÍN, Isaac - BUTTY, Enrique, “*Curso de Derecho Comercial*”, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 2000.

94. HERNÁNDEZ, Carlos, “*Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (el diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)*”, en Edición Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL, Santa Fe, 2005, p. 197 y ss.

“*La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar*”, RDPC 2009-I, “*Consumidores*”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 257 y ss.

95. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “*Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1976.

96. HERNÁNDEZ, Carlos A., FRUSTAGLI, Sandra A., “*A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama jurisprudencial*”, JA, 2003-IV-1541.

97. JANNARELLI, Antonio, “*La disciplina dell’ato e dell’attivita: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*”, en “*Diritto Privato Europeo*”, dirigido por Nicoló LIPARI, Volumen II, Cedam, Padua, 1997, p. 489 y ss.

98. JAPAZE, Belén, “*Financiación para el consumo*”, en LORENZETTI-SCHÖTZ, “*Defensa del consumidor*”, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 229 y ss.

99. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “*Derechos de los consumidores y Derecho de la Libre Competencia*”, Separata Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, abril 2001.

100. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - TAVANO, María Josefina, “*La protección al consumidor en el Derecho Comparado*”, en “*Revista del Consumidor*” N° 1, Juris, Santa Fé, 1991, p. 11 y ss.

101. LE CALVEZ, Jacques, “*Mirages et maléfices de la protection*”, en FADLALLAH, Ibrahim (dir.), “*Le droit du crédit au consommateur*”, Litec, París, 1982.

102. LIBERTINI, Mario, “*Il Mercato: i modelli di organizzazione*”, en “*Trattato de Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’economia*”, dir. Por Francesco GALGANO, tomo III, Cedam, Padua, 1979, p. 337 y ss.

103. LIBONATI, Bernardino, “*Corso di Diritto Commerciale*”, Giuffrè, Milán, 2009.

104. LIPARI, Nicoló, “*Diritto Privato Europeo*”, vol. I y II, Cedam, Padua, 1997.

105. LÓPEZ CABANA, Roberto M. (dir.), “*Contratos especiales en el siglo XXI*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

106. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “*Los daños punitivos*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

107. LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo, “*El contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor*”, LA LEY, 2003-E, 1320.

108. LORENZETTI, Ricardo Luis - LIMA MARQUES, Cláudia, “*Contratos de servicios a los consumidores*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

109. LORENZETTI, Ricardo Luis - SCHÖTZ, Gustavo Juan, “*Defensa del Consumidor*”, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

110. LORENZETTI, Ricardo Luis, “*La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Mercosur*”, LA LEY, 1996-E, 1303.

“*Tratado de los contratos*”, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999.

“*Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2006.

“*Esquema de una teoría sistémica del contrato*”, en “*Doctrinas Esenciales. Derecho Comercial*”, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 455 y ss.

“*Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 1996, p. 171.

111. LOUSSOUARN, Yvon - BREDIN, Jean-Denis, “*Droit du commerce international*”, Sirey, Paris, 1969.

112. LUCHINSKY, Rodrigo, “*El sistema de gobierno societario. Corporate Governance en el derecho argentino*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

113. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil. Parte General*”, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

114. MALAGARRIGA, Carlos, “*Código de Comercio comentado*”, Tomo I, Lajouane, Buenos Aires, 1922.

“*Tratado elemental de Derecho Comercial*”, 3° edición, TEA, Buenos Aires, 1963.

115. MARIÑO LÓPEZ, Andrés, “*Protección del titular de tarjeta de crédito*”, en PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), “*Ley de defensa del consumidor. Comentada y Anotada*”, tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 344 y ss.

116. MARTORELL, Ernesto, “*Los directores de sociedades anónimas*”, Depalma, Buenos Aires, 1994.

“*Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad. (Si no se encuentran sus bienes ni el producto de su venta, los administradores de la compañía deben satisfacer de su peculio el valor de los mismos)*”, LA LEY, 1993-B, 279.

117. MARTY, Jean Pierre, “*La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*”, RTDCom, Francia, 1981, p. 681 y ss.

118. MASSE Claude, “*Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation*”, en P.C. LAFOND, “*Mélanges en l'honneur de Claude Masse. En quete de justice et d'équité*”, Yvon Blais, Cowansville, 2003.

119. MAZEAUD, Denis, "*L'attraction du droit de la consommation*", RTDCom. 51 (1), enero-marzo, 1998, p. 95 y ss.

120. MÉADEL, Juliette, "*L'avenir des règles de marché: le problème de la détermination de leur nature*", en "Quel Code de Commerce pour demain?", Litec, 2007.

121. MOISSET DES ESPANÉS, Luis, TINTI, Guillermo, "*El consumo, el derecho del consumidor y la regla 'favor debitoris'*", en LORENZETTI, Ricardo Luis - SCHÖTZ, Gustavo Juan, "Defensa del Consumidor", Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 99 y ss.

122. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "*Derecho de Consumo*", Advocatus, Córdoba, 2008.

"*Apostillas a la reforma de la ley de lealtad comercial*", Adla, LXV-B, 2673.

123. MONTOYA MANFREDI, Ulises, "*Derecho Comercial*", Tomo I, Grijley, Perú, 1999.

124. MOORE, Benoit, "*La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle*", en la obra dirigida por François MANIET, "Pour une réforme du droit de la consommation au Québec", Yvon Blais, Cowansville, 2005, 113-130.

125. MORELLO, Augusto M., STIGLITZ, Rubén S., "*El denominado 'seguro de perfil'. Cuando la lógica del mercado desaloja a la lógica del derecho*", LA LEY, 2002-F, 1130.

126. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "*Del 'micro' al 'macro' sistema y viceversa. El 'diálogo de las fuentes'*", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 7 y ss.

"*Contratos en general en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998 (estudio comparativo con la ley 24.240 de Tutela al consumidor)*", JA, 2000-II-786.

"*Introducción al derecho del consumidor*", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1994, p. 7 y ss.

127. MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo Luis, "*Defensa del consumidor*", Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1993.

128. MOYA JIMÉNEZ, Antonio, "*La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*", Bosch, Barcelona, 2004.

129. MUGUILLO, Roberto, “*Régimen de tarjetas de crédito. Ley 25.065*”, Astrea, Buenos Aires, 1999.

“*Administradores societarios. Principios que gobiernan la administración*”, en “La responsabilidad de los administradores en las sociedades y los concursos”, IADC-Legis, Buenos Aires, 2009, p. 204 y ss.

130. NADER, Ralph, “*Unsafe at Any Speed: the Designed-in Dangers of the American Automobile*”, Grussman Publishers, Nueva York, 1965.

131. NEILA NEILA, José María, “*La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*”, Edersa, Madrid, 1995.

132. NISSEN, Ricardo A., “*Curso de derecho societario*”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

133. OBARRIO, Manuel, “*Curso de Derecho Comercial*”, Tomo I, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1900.

134. NOVELLI, Mariano, “*Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica. Consideraciones sobre epistemología y derecho*”, disponible en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent299.pdf>.

135. OPPETIT, Bruno, “*La décodification du droit commercial français*”, en “*Études offertes à René Rodière*”, Dalloz, París, 1982, p. 197 y ss.

136. ORGAZ, Gustavo, “*Aplicación de las normas de defensa del consumidor en las cooperativas y las mutualidades*”, en LLC, 2008, marzo.

137. PAOLANTONIO, Martín E., “*Régimen legal de la tarjeta de crédito*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999.

138. PELLEJERO, Rodrigo, “*La financiación al consumo en la reforma a la ley de defensa del consumidor*”, en “*La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 69 y ss.

139. PERCHIUNNO, Remigio, “*I singoli contratti. Profili generali*”, en LI-PARI, Nicolás (dir.), “*Diritto Privato Europeo*”, vol. II, Cedam, Padua, 1997, p. 795 y ss.

140. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “*Derecho Social de Consumo*”, La Ley, Buenos Aires, 2004.

“*Derechos del consumidor*”, Astrea, Buenos Aires, 2004.

141. PICASSO, Sebastián, “*Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor*”, LA LEY, 2008-B, 1239, Sup. Especial Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008, Abril, p. 128 y ss.

142. PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), “*Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*”, La Ley, Buenos Aires, 2009.

143. PIRIS, Cristian Ricardo, “*Los conceptos fundamentales del derecho del consumidor en el MERCOSUR*”, Revista International Law N° 4, Bogotá, Dic.-2004.

144. PIZZIO, Jean-Pierre, “*La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*”, en RDTcom. 51, Enero-Marzo 1998, p. 53 y ss.

145. PLAIA, Armando (dir.), “*Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia de la normativa di settore*”, Giuffrè, Milán, 2008.

146. QUAGLIA, Marcelo, “*La empresa posmoderna ante el derecho*”, Diario La Ley, 05/03/2009, p. 1 y ss.

“*La relación de consumo: su incidencia en los principios contractuales*”, LA LEY, 2006-C, 903.

147. RANGUGNI, Diego E., “*Algunos aspectos de la responsabilidad de los directores en la sociedad anónima*”, LA LEY, 1999-B, 123.

148. REZZÓNICO, Juan Carlos, “*Principios fundamentales de los contratos*”, Astrea, Buenos Aires, 1999.

“*Contratos con cláusulas predispuestas*”, Astrea, Buenos Aires, 1987.

149. RICHARD, Efraín Hugo, “*Responsabilidad de administradores societarios. Nueva perspectiva a través de un fallo laboral*”, disponible en www.abeledoperrot.com.

150. RIEG, Alfred, “*La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française)*”, en “*Études offertes à René Rodière*”, Dalloz, París, 1982, p. 221 y ss.

151. RINESSI, Antonio Juan, “*Protección al consumidor. Dignidad, obligación de seguridad, riesgos*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-I, “*Consumidores*”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2009, p. 311.

152. RIVAROLA, Mario, “*Tratado de Derecho Comercial Argentino*”, Tomo I, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1938.

153. RIVERA, Julio C., “*Interpretación del derecho comunitario y noción de consumidor - Dos aportes de la Corte de Luxemburgo*”, LA LEY, 1998-C, 518.

154. ROBLES, Gregorio, *“Epistemología y derecho”*, Pirámide, Madrid, 1982.
155. RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri, *“Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas”*, Editorial Letras, Montevideo, 1973.
156. ROMERO DEL PRADO, Víctor, *“Tratado de Derecho Civil Argentino”*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958.
157. ROITMAN, Horacio, *“Ley de sociedades comerciales. Comentada y Anotada”*, Tomo I. La Ley, Buenos Aires, 2006.
158. ROSS, Alf, *“Hacia una ciencia realista del derecho”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
159. ROSSI, Jorge Oscar, *“Derecho del consumidor: Ámbito de aplicación, documento de venta y garantía legal, a la luz de la reforma de la Ley 26.361”*, en Ariza, Ariel (coord.), *“La Reforma del Régimen de Defensa de la Competencia”*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 19 y ss.
160. ROULLION, Adolfo (dir.) - ALONSO, Daniel (coord.), *“Código de Comercio”*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
161. ROUHETTE, Georges, *“Droit de la consommation et théorie générale du contrat”*, en *“Études offertes à René Rodière”*, Dalloz, París, 1982, p. 247 y ss.
162. RUSCONI, Dante, *“La noción de consumidor en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”*, JA, 2008-II, fasc. 9, 28/05/2008, p. 15 y ss.
163. RZEPECKI, Nathalie, *“Droit de la consommation et theorie generale du contrat”*, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Marseille, 2002.
164. SALERNO, Marcelo, *“El derecho de la empresa en el siglo XXI: obligaciones y contratos”*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
165. SALVAT, Raymundo M., *“Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General”*, vol. I, TEA, Buenos Aires, 1958.
166. SANTARELLI, Fulvio G., *“Ley 24.240 Comentada. Título I”*, en *“Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”*, dir. por PICASSO - VAZQUEZ FERREYRA, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 22 y ss.; y *“Capítulo XV: Arbitraje”*, p. 709 y ss.
- “La regulación del mercado a través del contrato. Una propuesta para la protección del empresario débil”*, LA LEY, 2007-C, 1044.

167. SANTOIANNI, Juan Pablo y VARACALLI, Daniel C., “*Tutela penal del consumidor*”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), “*Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada*”, La Ley, Buenos Aires, 2009.

168. SATANOWSKY, Marcos, “*Tratado de Derecho Comercial*”, TEA, Buenos Aires, 1957.

“*Estudios de derecho comercial*”, tomo I, TEA, Buenos Aires, 1968.

169. SAUPHANOR, Nathalie, “*L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*”, L.G.D.J., París, 2000.

170. SAUX, Edgardo Ignacio, “*Tutela del consumidor en las operaciones de venta de crédito*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-I, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 153 y ss.

171. SCHVARTZ, Liliana, en “*Haciendo balance. Algunos fallos trascendentes en materia de consumidor*”, publicado en elDial-DC351, www.eldial.com, Sección Doctrina.

172. SCHWARZBERG, Carlos, “*Los seguros y la defensa del consumidor*”, La Ley, Sup. Act. 14/02/2006, 1.

173. SIBURU, Juan B., “*Comentario del Código de Comercio Argentino*”, tomos I y II, Abeledo, Buenos Aires, 1923.

174. SMORTO, Guido, “*Clausole abusive e diritti dei consumatori*”, Cedam Biblioteca Jurídica, Padua, 2001.

175. SOBRINO, Waldo A., “*Consumidores de seguros y la inoponibilidad de la franquicia: ¿El inicio de una historia?*”, ED, 14 de mayo de 2009.

176. SOZZO, Gonzalo, “*El estado actual de la problemática de los riesgos derivados del consumo (Dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria)*”, RDPC 2009-I, “Consumidores”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 367 y ss.

177. STIGLITZ, Gabriel - STIGLITZ, Rubén, “*Derechos y defensa de los consumidores*”, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

178. STIGLITZ, Gabriel (dir.), “*Defensa de los consumidores de productos y servicios*”, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

“*Protección Jurídica del consumidor*”, Depalma, Buenos Aires, 1990.

“*Seguros y defensa del consumidor*”, LA LEY, 2004-A, 1496.

“*La protección del consumidor y las prácticas abusivas. Realidad y perspectivas en la Argentina*”, Derecho del Consumidor N° 3, Juris, Rosario, 1993, p. 45.

179. STIGLITZ, Rubén S., “*El deber de información y los vicios del consentimiento*”, LA LEY, 2005-C, 1444.

“*Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo*”, LA LEY, 2009-B, 1085.

“*Defensa del consumidor. Los servicios bancarios y financieros*”, LA LEY, 1998-C, 1035.

“*Contrato con cláusulas predisuestas: su naturaleza contractual. (Prevalencia de las normas relativamente imperativas, sobre las condiciones generales de los contratos por adhesión)*”, LA LEY, 1998-E, 14.

180. STIGLITZ, Rubén - COMPIANI, María Fabiana, “*La prescripción en el contrato de seguro y la Ley de Defensa del Consumidor*”, LA LEY, 26/02/2009, p. 1 y ss.

181. STIGLITZ, Rubén, PIZARRO, Ramón, “*Reformas a la ley de defensa del consumidor*”, LA LEY, 2009-B, 949.

182. STIGLITZ, Rubén, FARGOSI, Horacio, “*La ley de defensa de la competencia y la responsabilidad civil*”, LA LEY, 1990-D, 917.

183. STRATTA, Alicia, “*Apuntes sobre responsabilidad frente al consumidor*”, ED, 152-905.

184. TAORMINA, Gilles, “*Théorie et pratique du droit de la consommation. Aspects généraux et contrats spéciaux*”, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence Editeur-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-Provence, 2004.

185. TÉVEZ, Alejandra, “*Artículo 8° - Acto de comercio*”, en ETCHEVERRY (dir.) CHOMER (coord.), “*Código de Comercio*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 755 y ss.

186. TOMMASI, Fabio, “*Contratti e Tutela dei consumatori*”, Utet, Torino, 2007.

187. ULHOA COELHO, Fabio, “*O empresário e os Direitos do Consumidor*”, Saraiva, San Pablo, 1994.

188. VANASCO, Carlos A., “*Sociedades Comerciales, 2, parte especial*”, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 664.

189. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto (dir.), “*Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*”, La Ley, Buenos Aires, Abril 2008.

“*La garantía legal en la Ley de Defensa del Consumidor*”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 133 y ss.

“*Del favor debitoris al favor del más débil*”, D 116-848.

190. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto - PEYRANO, Marcos, “*Análisis de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor*”, en “*Código Civil*”, dirigido por Alberto BUERES y coordinado por Elena HIGHTON, Tomo 3B, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 227 y ss.

191. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “*Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”, Astrea, Buenos Aires, 1979.

192. VICENT CHULIÁ, Francisco, “*Compendio crítico de Derecho Mercantil*”, Bosch, Barcelona, 1986.

“*Introducción al Derecho Mercantil*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

193. VILLEGAS, Carlos G., “*Ley de defensa del consumidor y entidades financieras*”, LA LEY, 2005-E, 850.

194. VÍTOLO, Daniel R., “*La responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales*”, Legis, Buenos Aires, 2007.

195. WAJNTRAUB, Javier, “*Protección jurídica del consumidor*”, Lexis-Nexis - Depalma, Buenos Aires, 2004.

“*La noción de consumidor tras la reforma de la ley 24.240*”, LA LEY, 2008-B, 1239.

196. ZATTI, Paolo (dir.), “*Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell’utente*”, Cedam, Padua, 1996.

197. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., “*Código de Comercio y Leyes Complementarias*”, tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1959.

DERECHO ECONÓMICO Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

POR JULIO H. G. OLIVERA (*)

Uno de los hechos más interesantes del último siglo en el ámbito de las ciencias sociales ha sido la exploración sistemática de la intersección entre la Economía y el Derecho como disciplinas científicas. Esta intersección consta de dos componentes: el Derecho Económico y el Análisis Económico del Derecho. En los párrafos que siguen consideramos la relación entre uno y otro.

El Derecho de la asignación heterónoma

Recordemos que el problema económico consiste, por definición, en distribuir adecuadamente una cantidad determinada de recursos entre las varias aplicaciones de que son susceptibles. El problema económico surge porque los medios escasos pueden ser utilizados para fines alternativos. La decisión económica, en consecuencia, es siempre un acto de asignación (“allocation”).

En toda sociedad jurídicamente organizada la asignación de los recursos entre las diferentes posibilidades de utilización puede hacerse de dos maneras: por los propietarios de los bienes o por la autoridad social. La asignación es autónoma en el primer caso, heterónoma en el segundo. La asignación autónoma constituye una manifestación de la denominada “autonomía de la voluntad”. A su vez la asignación heterónoma forma parte del “orden público”, que no puede ser alterado por las “convenciones particulares”.

La combinación entre la asignación autónoma y la asignación heterónoma de los recursos varía con los sistemas económicos. En una economía completamente descentralizada, toda la actividad de asignación es de naturaleza autónoma. Por lo contrario, en una economía completamente

(*) Comunicación efectuada por el Académico en la sesión privada del 26 de noviembre de 2009.

centralizada, todas las decisiones de asignación son heterónomas. Ambos son tipos ideales, en el sentido de Max Weber; los sistemas económicos reales se hallan entre esos dos extremos, más cerca de uno u otro según los países y las épocas.

El Derecho Económico es el Derecho de la asignación heterónoma. Los preceptos del Derecho Económico revisten doble carácter: son a la vez normas jurídicas y decisiones de asignación adoptadas por la autoridad social. Su efecto, desde el punto de vista del empleo de los recursos, es reducir el espacio de elección para los agentes económicos privados. Por su directa vinculación con la actividad administrativa se lo conoce también como Derecho Administrativo Económico (título del tratado de E. R. Huber [3]).

El dual del Derecho Económico

La caracterización precedente es la más estricta que pueda hacerse del Derecho Económico, pero no es la única posible. Existen descripciones con mayor grado de generalidad, que llegan a incluir en el ámbito iusecómico las normas de cualquier naturaleza, pública o privada, contractual o extracontractual, que rigen la actividad económica. Pero las diferentes concepciones tienen un denominador común: el Derecho Económico es primariamente una disciplina jurídica.

Sobre este punto no hay discrepancias. Los conceptos, principios, métodos y problemas del Derecho Económico son de naturaleza jurídica. La ciencia económica entra en el campo del Derecho Económico para suministrar información indispensable pero de índole complementaria. La Economía es una disciplina auxiliar respecto del Derecho Económico, como la Aeronáutica respecto del Derecho Aeronáutico y la Ciencia Política respecto del Derecho Constitucional.

Con el Derecho Económico no se agota, sin embargo, la interfaz del Derecho y la Economía. La misión esencial del orden jurídico es aportar certeza y justicia a las relaciones sociales. El Derecho, por consiguiente, en cuanto satisface necesidades humanas, es un bien; y dado que toda norma jurídica envuelve un costo en términos de libertad, la producción y utilización del Derecho implica un balance de costo-beneficio. El capítulo de la Ciencia Económica que trata del Derecho desde este punto de vista es el Análisis Económico del Derecho (cf. [2]).

La disparidad de las dos interdisciplinas es manifiesta. El Derecho Económico aplica las categorías jurídicas a la actividad económica; el Análisis Económico del Derecho aplica las categorías económicas a las normas jurídicas. Los datos del Derecho Económico son las variables del Análisis

Económico del Derecho, y viceversa. En el lenguaje matemático, el Análisis Económico del Derecho y el Derecho Económico son estructuras “duales” una de otra.

Justicia y eficiencia

La dualidad entre el Derecho Económico y el Análisis Económico del Derecho establece una relación especial entre la justicia, “idea del Derecho” según la célebre formulación de R. Stammler, y la eficiencia, concepto primario en la teoría económica de la producción. De esto resulta a su vez un importante vínculo entre la racionalidad ética, propia del Derecho, y la racionalidad técnica o instrumental, inherente al Análisis Económico.

Desde el punto de vista analítico el valor de un orden jurídico es una función continua, que depende positivamente de la certeza y la justicia proporcionadas por las normas jurídicas y negativamente del costo en términos de libertad asociado a tales normas. Es una función-índice, determinada hasta una transformación monótona creciente. El orden jurídico óptimo, el orden justo, es el orden jurídico factible que corresponde al máximo de esa función.

Por su parte el concepto de eficiencia no implica ningún cálculo de valor. Un orden jurídico factible es más eficiente que otro si el primero proporciona un grado mayor de certeza y justicia con un costo no mayor en términos de libertad, o si envuelve un costo menor en términos de libertad proporcionando una medida no menor de certeza y justicia. Un orden jurídico factible es eficiente si no existe otro orden jurídico factible más eficiente. (Sobre la noción de eficiencia v. [4], capítulo III).

De aquí resulta en forma inmediata que todo orden jurídico justo es eficiente; para decirlo de otra manera, ningún orden jurídico ineficiente puede ser justo. Si un orden jurídico es ineficiente, existe por definición otro orden jurídico más eficiente y en consecuencia de valor más elevado; de modo que el valor de un orden jurídico ineficiente nunca es máximo en el conjunto de órdenes jurídicos factibles. La justicia presupone la eficiencia.

La existencia de un orden justo

La proposición recíproca, sin embargo, no es válida en general. Un orden jurídico eficiente puede no ser un orden jurídico justo. Hasta es concebible la posibilidad de que ningún orden jurídico factible sea justo. Aunque la función numérica representativa del valor del orden jurídico sea completamente regular, podría no alcanzar un valor máximo en ningún punto de

su dominio de definición. La conocida metáfora de Stammler, la justicia como “estrella polar” del Derecho, sugiere precisamente la imagen de un ideal orientador pero inasequible.

El tratamiento analítico del tema conduce a una conclusión distinta. La libertad es actividad humana potencial y, en cualquier unidad de tiempo, la actividad que puede desarrollar el hombre es limitada. Por lo tanto, dado que toda norma jurídica entraña cierta restricción de la libertad, el conjunto de los órdenes jurídicos factibles es un conjunto acotado y cerrado en un espacio de dimensión finita.

El razonamiento se completa trayendo a colación un resultado clásico: puesto que la función considerada es continua, alcanza necesariamente un valor máximo en algún punto de su dominio (e. g. [1], IV. 27, teorema de Weierstrass). Por consiguiente, existe un orden jurídico factible que constituye un orden jurídico justo. Esta es, en definitiva, la enseñanza fundamental del Análisis Económico del Derecho.

Referencias

- [1] Bourbaki, N., *Éléments de mathématique, Topologie générale*, chapitres 1 á 4, París, 1990.
 - [2] Coloma, G., *Análisis Económico del Derecho*, Buenos Aires, 2001.
 - [3] Huber, E. R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tuebingen, 1954.
 - [4] Koopmans, T. C., (ed.), *Activity analysis of production and allocation*, N. York, 1951.
-

EL DERECHO PATRIMONIAL PRIVADO CODIFICADO

SU EVOLUCIÓN DESDE EL CENTENARIO DE LA REVOLUCIÓN DE MAYO HASTA LAS VÍSPERAS DEL BICENTENARIO

POR JULIO C. OTAEGUI (*)

SUMARIO: Capítulo 1. El derecho consumicional. Capítulo 2. El derecho societario. Capítulo 3. El derecho falencial. Capítulo 4. Consideraciones.

Es evidente que el derecho patrimonial privado codificado desde el Centenario de la Revolución de Mayo hasta las vísperas del Bicentenario ha experimentado una significativa evolución.

Así resulta principalmente de las trascendentes reformas del C.Civil en 1967, del régimen societario en 1972 con las modificaciones de 1983, de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 de 1993 (Adla, LIII-D, 4125), de la incorporación de los derechos del consumidor a la Constitución Nacional en 1994, de las consiguientes reformas de la ley 24.240 y del cambio del ordenamiento falencial en 1995.

(*) Comunicación efectuada por el Académico, en la sesión privada del 10 de diciembre de 2009.

A consecuencia de dicha evolución se plantean tres cuestiones en materia empresaria sobre las cuales es prudente reflexionar por su incidencia en el bienestar general.

Ello permitiría aclarar el rumbo adecuado a seguir respecto de las mismas más allá del Bicentenario.

Estas tres cuestiones conciernen

Al derecho consumicional, al derecho societario y al derecho falencial.

Al derecho consumicional en cuanto una interpretación irrestricta del mismo desplazaría totalmente al derecho comercial en la regulación de las operaciones diarias realizadas por común de la población para adquirir bienes o usar servicios, ampliando la responsabilidad empresaria con la contrapartida del encarecimiento de dichos bienes y servicios.

Al derecho societario en cuanto se contraponen una tendencia ultrareguladora inconciliable con la necesaria flexibilidad del tráfico y una corriente ultra-desreguladora inconveniente para la imprescindible seguridad del crédito.

Al derecho falencial en cuanto se postula una interpretación que prioriza la conservación de la empresa sobre la pronta satisfacción de los acreedores con la consiguiente retracción del crédito.

Capítulo 1. El derecho consumicional

El derecho consumicional es de orden público dado su inserción en la reforma constitucional del 94.

Con tal alcance prescribe que 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 (Constitución Nacional art. 42 primer párrafo).

Reglado inicialmente por la ley 24.240 de 1993, tras la reforma constitucional está reglamentado por las leyes 24.787 de 1997 (Adla, LVII-B, 1340), 24.799 de 1998 y 26.361 de 2008.

Ello implicó un cambio significativo pues hasta la vigencia del derecho del consumo, las operaciones propias de la vida diaria de los consumidores

civiles necesarias para adquirir bienes o utilizar servicios brindados por empresarios comerciales estaban regidas por el Código de Comercio y por ende sujetos a la ley y jurisdicción mercantil.

Así lo dispone el artículo 7 de dicho Código según él que si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil...

Diversamente respecto del contrato de compra para el propio consumo el Código de Comercio art. 452 inc. 2 establece que *no se consideran mercantiles las (compras) de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición.*

La evidente contradicción entre los artículos 7 y 452 inc. 2, respecto de las compras para el propio consumo dividió a la doctrina y la jurisprudencia entre quienes opinaban que debía aplicarse la ley civil y jurisdicción civil por estar ausente el ánimo de lucro en el comprador y quienes consideraban que correspondía la ley y jurisdicción mercantil de ser el contrato comercial para el vendedor quedando la aplicación del CCom. art. 452 inc. 2 limitada al supuesto del comerciante persona física ya que las compras realizadas por las sociedades comerciales para su consumo son comerciales por ser accesorias del objeto social (Rouillon, Adolfo A. N. Director - Alonso Daniel F. Coordinador, "Código de Comercio Comentado y Anotado", t. I, p. 539 n° 36, FEDYE, La Ley 2005).

La doctrina y la jurisprudencia prevaecientes se inclinaron por la primacía del artículo 7 (Rouillon - Alonso, ob. cit., t. I p. 20).

Con tal motivo se señaló que la aplicación de la ley civil es mas favorable para el consumidor ajeno a la comercialidad del acto y por ello se postuló la necesidad de una nueva y específica normativa que responda a la dinámica actual de los procesos productivos y a las nuevas manifestaciones de una distribución puesta al servicio de aquéllos (Anaya Jaime L., "Sobre la comercialidad de la compra para el consumo y el intrincado ilícito mercantil", ED, 122-553 fin columna 2, p. 557/558, citado por Rouillon - Alonso, ob. cit. t. I, p. 21, n. 24 y 25).

Como antes se dijo, la nueva y específica normativa llegó con la Ley de Defensa del Consumidor LDC 24.240 de 1993, el nuevo artículo 42 de la Constitución Nacional de 1994 sobre los derechos en la relación de consumo y las Leyes 24.787 de 1997, 24.799 de 1998 y 26.361 de 2008, pero llegó en demasía.

Desplazó por su rango constitucional, a la jurisdicción y ley mercantiles en las operaciones de adquisición de bienes y servicios hechas por consumidores civiles para satisfacer sus necesidades diarias pero también por consumidores empresarios cuando adquirirían bienes y servicios para un destino ajeno a su actividad profesional (Lorenzetti, Ricardo L., "Consumidores", Segunda edición actualizada, pp. 101/108, nro. 4, p. 127/130, nro. 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009).

La caracterización del consumidor o usuario de la LCD art. 1 párrafo primero, entiende como consumidor o usuario a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, caracterización que abarca el acto de comercio básico del comercio o sea la compraventa de bienes muebles previsto en el CCom. art. 8 inc. 1 bajo el término adquisición donde están incluidos además de la compra, "*la cesión, permutación, locación, sociedad y mutuo, además de los contratos innominados*" (Rouillon - Alonso, ob. cit., t. I, p. 27, nro. 9).

Empero excedió al CCom. art. 8 inc. 1 al comprender los negocios gratuitos y ciertos negocios inmobiliarios (LCD art. 1 primer párrafo in fine) aunque también se interpreta que alcanza a todos los negocios inmobiliarios (Gregorini Clusellas Eduardo L., "El consumidor inmobiliario - Su tutela en la ley 24.240 reformada por la ley 26.361", JA, 2008-2 Abril-Junio, p. 1269 IV).

Con ello la jurisdicción pasó a ser civil lo que importa en la Capital Federal por la diferencia de competencias entre el fuero civil y el comercial (Rouillon - Alonso, ob. cit., t. I, p. 22, nro. 5).

Tal ley civil es la de la LDC (Rouillon - Alonso, ob. cit., t. I, p. 540, nro. 40).

3) La ley civil de la LDC modifica significativamente el régimen del C. Civil respecto de la causa fuente de la responsabilidad de los vendedores de bienes de consumo o prestadores de los bienes de consumo y del alcance de la responsabilidad de los mismos.

Sección 1.1. La causa fuente de las obligaciones

La causa fuente de las obligaciones prescripta por el C.Civil art. 499 abarca a: a) el contrato (C.Civil arts. 944, 1137); b) el cuasicontrato (C.Civ., arts. 2288, 2306, 784 y ss.); c) el delito (CCiv. art. 1072); d) el cuasi delito (C.Civ., art. 1109); e) y la ley que es una suerte de categoría residual a la cual se ha recurrido para situar todos aquellos casos en que surgen obligaciones sin

que medie un hecho o un acto jurídico, lícito o ilícito, que sea su antecedente (Belluscio A. C. director - Zannoni coordinador; "Código Civil y leyes complementarias, comentado anotado y concordado", t. 2 pp. 539/542 párr. 6/7, Astrea 1984).

La causa fuente de las obligaciones según la LCD es la *relación* de consumo que es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario y que se integra con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia (Adla, LIX-D, 3942) y la ley 22.802 de Lealtad Comercial (Adla, XLIII-B, 1346) (LCD art. 3).

Tal vínculo jurídico puede generarse voluntariamente entre el proveedor y el consumidor en el caso del adquirente como destinatario final en beneficio propio (LCD art. 1 párrafo 1°) pero también involuntariamente entre el proveedor y:

1) Los integrantes del grupo o familiar o social del adquirente (LCD art. 1 párr. 1) que son personas indeterminadas.

2) Quién sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final o en beneficio propio o de su grupo familiar o social (LCD art. 1 párrafo segundo *in limine*) o sea el consumidor del consumidor o subconsumidor.

Esto implica expandir las consecuencias inmediatas de una relación de consumo a las consecuencias mediatas resultantes de la conexión de la relación inicial con otra relación de consumo quedando el proveedor obligado con el subconsumidor que es una persona indeterminada como también lo son los integrantes de su grupo familiar o social.

3) Quien *de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo* (LCD art. 1 párrafo 2° *in fine*) o sea el *espectador* (el *bystander* del derecho norteamericano) por las consecuencias de relaciones de consumo ajenas.

Esto significa imponer al proveedor la responsabilidad por las consecuencias casuales de una relación de consumo ante una gran masa de personas indeterminadas.

4) Las asociaciones de consumidores y usuarios que están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados

intereses de los consumidores o usuarios las que cuentan con el beneficio de justicia gratuita (LDC art. 55).

La amplitud e indeterminación de sujetos acreedores en la relación de consumo, merecen la reflexión que más adelante se hará.

Sección 1.2. El alcance de la responsabilidad

La LDC unifica el régimen de responsabilidad bifurcado del C.Civil sin distinguir entre responsabilidad contractual y extracontractual (LCD art. 40 bis) en lo que sigue a los Proyectos de Unificación (v.g. Proyecto 1998 art. 1581) pero va más allá del Código y del Proyecto en orden al alcance de la responsabilidad.

Veamos algunos supuestos.

Subsección 1.2.1. El incumplimiento contractual

El CCivil ante el incumplimiento contractual en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero (CCiv art. 519), impone al incumpliente culposo *las* consecuencias inmediatas de su incumplimiento (CCiv art. 520) y al incumpliente malicioso (o doloso, Belluscio - Zannoni, ob. cit., t. 2, p. 585, nro. 2, p. 728 nro. 7) las consecuencias mediatas (CCiv art. 521); respecto de las consecuencias puramente casuales dispone que *no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho* (CCiv art. 905).

El Proyecto unificado de 1998 respecto de la imputabilidad de las consecuencias comprende las consecuencias inmediatas y *las consecuencias mediatas previstas o previsibles, y están excluidas las consecuencias casuales* (PU 1998 art. 1609). Asimismo dispone que *La infracción general de no dañar causada por caso* fortuito no genera responsabilidad, salvo disposición legal (PU 98 art. 1613).

La LDC amplía el nexo causal en la relación de consumo contractual pues *el incumplimiento de la oferta del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor faculta al consumidor* a exigir el cumplimiento de la obligación, aceptar otro producto o prestación, y rescindir el contrato *todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan* (LCD art. 10 bis).

En suma en la relación de consumo contractual la LCD no excluye literalmente las consecuencias casuales, siendo que *en caso de duda sobre la*

interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor (LCD art. 3 párr. 2°).

Subsección 1.2.2. Los daños

El C.Civil art. 1113 párr. 2° dispone:

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Según la nota de elevación del Proyecto de Unificación de 1998 dicho artículo solamente involucra el riesgo o vicio de la cosa lo que es una omisión importante ... El Proyecto de Código Unico de 1987 y el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, previeron la regulación de la responsabilidad derivada de actividad riesgosa "por su naturaleza o por las circunstancias de su realización". Este Proyecto (el PU 1998) adecua a tales criterios pero, ... califica a la actividad como peligrosa, para evitar la indiscreta aplicación del texto legal a actividades como las de servicios de salud (Proyecto de Código Civil de la República Argentina, con Nota de Elevación, Fundamentos y Legislación Complementaria, de 1993 último párrafo/94, nro. 263, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, 1999).

Consecuentemente el PU 1998 proyecta:

Artículo 1665. Actividad especialmente peligrosa. Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad. Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves.

Queda a salvo lo dispuesto por la legislación especial

Artículo 1666 Liberación del sindicado como responsable:

Quien está sujeto a responsabilidad conforme a los artículos 1662, 1663 y 1665 sólo se libera de ella, total o parcialmente, si prueba que la causa del daño es la culpa del damnificado.

No son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena.

La LDC art. 40 dispone:

Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En síntesis:

1) El CCiv art. 1113 dispone que en caso de daños causados por el riesgo o vicio de una cosa responde su dueño o guardián quien sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

2) El PU 98 arts. 1665, 1666 incluye la *actividad peligrosa* por cuyos daños responde quien la ejerce salvo que pruebe la culpa del damnificado.

3) La LCD art. 40 imputa una responsabilidad solidaria a los integrantes de una cadena de comercialización, responsabilidad de la que sólo se libera quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

De alguna forma se impone a los integrantes de una cadena de comercialización una responsabilidad similar a la que el CCiv dispone para el dueño o guardián de una cosa riesgosa y el PU 98 proyecta para quien ejerce una actividad peligrosa.

A lo anterior se suman: i) la *garantía legal* en la comercialización de cosas muebles no consumibles (LCD art. 11); 2) el *daño directo* determinable por la autoridad de aplicación facultada para imponer su resarcimiento (LCD art. 40 bis); los *daños punitivos* (LCD art. 52 bis).

Todo ello merece las consideraciones que seguidamente se formulan.

Sección 1.3. Consideraciones

Un derecho consumicional ultraprotector ahoga a la empresa por la amplitud e indeterminación tanto respecto de la causa fuente de las obligaciones como del alcance de la responsabilidad de los proveedores.

Hay que tener en cuenta:

1) La constitucionalidad de las mismas respecto de los derechos de propiedad (CN art. 17) y defensa en juicio (CN art. 18).

La relación de consumo tiene rango constitucional (CN art. 42) pero ello no significa que las leyes que la reglamentan sean de por sí constitucionales.

2) Su incidencia en el riesgo empresario con obvia repercusión en el precio de los bienes y servicios que brinda con lo que dicha amplitud e indeterminación podrían no ser económicamente eficientes según el análisis económico del derecho.

Dadas estas consideraciones sería prudente una reflexión sobre las mismas.

Capítulo 2. El derecho societario

En el derecho societario comercial hay dos tendencias que se contraponen.

Las mismas por su importancia y su eventual proyección en el futuro merecen ser tenidas en cuenta.

Una postula la admisión de contratos asociativos desregulados en su forma y no inscribibles pero con la particularidad de que podrían ser contratos societarios o sea una tendencia ultradesreguladora (Proyectos de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 1987, 1993 y 1998 y Proyecto de Reforma de la LSC de 1993).

Otra estima necesaria la complementación de la LSC con la normativa dictada para la inscripción societaria o sea una tendencia ultrareguladora (Inspección General de Justicia, Resolución General 7/2005).

Sección 2.1. La tendencia ultrasdesreguladora

La tendencia ultrasdesreguladora se generó siguiendo la línea de la solución dada por la reforma societaria de 1983, ley 22.903 (Adla, XLIII-D, 3673) a los problemas planteados por la interpretación de la LSC art. 30 mediante la incorporación a la LSC del contrato de Unión Transitoria de Empresas en los contratos de colaboración empresaria (LSC Capítulo III).

Subsección 2.1.1. La LSC art. 30. Su origen

El origen del LSC art. 30 se generó en el cambio de sistema de constitución de la anónima prescripto por el Código de Comercio de 1890, art. 318 que requería la autorización del Poder Ejecutivo sujeta en cada caso a que la fundación, organización y estatutos fueran conformes a la disposiciones del Código y su objeto no fuera *contrario al interés público* (CCom 1890 art. 318), por el sistema normativo de la LSC art. 167.

No obstante dicho cambio de sistema, la LSC mantuvo la nota de *interés público* propia de la anónima para lo que estableció sobre la misma una fiscalización estatal según el caso permanente (LSC art. 299) o limitada (LSC art. 300) que puede convertirse en permanente *en resguardo del interés público* (LSC art. 301 inc. 2).

Para ello la autoridad de contralor del domicilio de la sociedad o sea la Comisión Nacional de Valores para las sociedades por acciones cotizantes o abiertas Ley 22.169 (Adla, XL-A, 62) y la de la respectiva jurisdicción para las no cotizantes o cerradas (v.g. la Inspección General de Justicia ley 22.315 —Adla, XL-D, 3988— art. 3), *podrá solicitar al juez del domicilio de la sociedad ... la intervención de administración ...* en el supuesto del art. 301 inc. 2 (LSC art. 303 inc. 2 primer párrafo in fine).

La intervención tendrá por objeto subsanar las causas que la motivaron, y si no fuera ello posible, disolución y liquidación (LSC art. 303 inc. 2 segundo párrafo).

Como señala la Exposición de Motivos de la LSC el Proyecto ... *pasa a ocuparse de la capacidad de las sociedades para ser socias. En este aspecto se han tenido particularmente en cuenta las disposiciones contenidas en los arts. 32, 33 y 35 del Código Civil, así como el alcance del art. 2 del presente, sin descuidar los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales nacionales y derecho continental de formación similar al nuestro. El resultado de la compleja consideración ha sido el art. 30 que limita la capacidad de las*

sociedades anónimas y en comandita por acciones para formar sociedades de otros tipos.

Sólo podrán integrar sociedades por acciones (Exposición de Motivos, Capítulo I, Sección V, 4 p. 20, Ediciones Depalma 1972).

Consecuentemente LSC: i) dispone en el art. 30 que las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones; ii) disponía en el art. 369 (texto original) que las sociedades por acciones que sean socias de sociedades de responsabilidad limitada deberán ceder sus cuotas en el término de 10 años y que las sociedades que no cumplan quedarán sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente.

La Ley 19.880 de 1972 amplió la sanción sustituyendo el texto del art. 369 por el siguiente: art. 369... inc. "h". *Las sociedades anónimas y en comandita por acciones que formen parte de sociedades que no sean por acciones, deberán enajenar sus cuotas o partes de interés en el plazo de 10 años a contar desde la vigencia de la presente; caso contrario quedarán sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente.*

La Ley 22.903 de 1983 mantuvo la reforma del art. 369.

Doctrinariamente se controvertió la cuestión

En una interpretación del LSC art. 30 las anónimas no pueden formar parte de una sociedad accidental o en participación porque la misma es *inidónea* para la colaboración entre sociedades anónimas, y su carácter *oculto le hace vehículo fácil para burlar el régimen de distintas leyes destinadas a amparar la empresa nacional, impedir la pauperización del país por el costo excesivo de adquisición real o ficta de tecnología, pagos al exterior etc.* (Halperín Isaac, "Sociedad Anónima, sociedad en participación y Joint adventure", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1973, Año 6, p. 142, Depalma 1973).

Desde otro enfoque se sostuvo que siendo la sociedad accidental o en participación una sociedad *anómala* como la califica la Exposición de Motivos de la LSC (Capítulo II, Sección IX, ejemplar cit. p. 68) no se aplican todas las normas de los otros tipos regulados y entre ellos el art. 30 y que *independientemente de cualquier prohibición legal las sociedades por acciones seguirán asociándose informalmente para operaciones determinadas ... realidad inmodificable ... que* (la prohibición) *sólo conseguiría*

en su pertinencia condenar a la clandestinidad a una parte importante de la vida económica (Le Pera Sergio, Joint Venture y Sociedad, ps. 195, 196, Astrea 1984).

También podría entenderse que la fiscalización estatal prevista para la anónima por razones de interés público concierne a las *actividades operativas, empresarias, estatutarias y representativas* de la anónima que es lo que preserva el LSC art. 30, y no a las *operaciones determinadas y transitorias* propias de la sociedad accidental (LSC art. 361).

Ello no obsta a que operaciones determinadas y transitorias no puedan por su importancia dar lugar a la fiscalización estatal y sus consecuencias.

Un caso semejante se da en la *actividad ilícita* del LSC art. 19 no aplicable a *un acto aislado* aunque un *acto aislado* por su importancia puede traducirse en *actividad ilícita* (Halperín I. - Butty E. M., "Curso de Derecho Comercial", Volumen I, Parte General. 4° edición, actualizada y ampliada, p. 285, Depalma, 2000).

La severidad de la norma fue atemperada judicialmente en el sentido que la sociedad participante no deviene irregular (CNCom., sala A, 24.06.94, "García Amador y otro c. García María y otros s/sumario" confirmatorio del fallo del Juez Enrique M. Butty., del 17.03.92 comentado por Ignacio A. Escuti (h.), "La batalla en contra del artículo 30 de la LS", ED, 164-990).

Subsección 2.1.2. La LSC art. 30. El problema

En la década del 70 coincidieron la LSC art. 30 con la suba del petróleo provocada por la Organización de los Países Exportadores de Petróleo que dio lugar al interés en explorar nuevas áreas petroleras.

Estos negocios de exploración petrolera requieren grandes inversiones generalmente realizadas mediante un *joint adventure* que es una asociación de personas para llevar adelante un único negocio que a diferencia del *partnership* similar a nuestra sociedad colectiva, no establece una relación permanente entre las partes (Black's 'Law Dictionary with Pronunciations, Fifth Edition, pp. 751, 783, St. Paul, Minn, West Publishing Co, 1979. Traducción libre).

Es evidente la semejanza entre el *joint adventure* y nuestra sociedad accidental o en participación cuyo objeto es *la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias* (LSC art. 361).

Es palmario también que ante la prohibición del LSC art. 30 y la sanción de irregularidad de la LSC art. 369 (texto ley 19.550 —t.o. 1984 - Adla, XLIV-B, 1319— y texto ley 19.880 mantenido por la ley 22.903), no era prudente hacer una inversión petrolera mediante un *joint adventure* que era la estructura utilizada para el caso.

Subsección 2.1.3. La LSC art. 30. La solución

La solución vino inicialmente por la Ley 21.778 de 1978 art. 24 que exceptuó del LSC art. 30 a los contratos de asociación, sociedades accidentales y toda otra forma de vinculación o participación, que celebren las sociedades anónimas o en comandita por acciones —sea entre sí o con empresas estatales— con el objeto de desarrollar tareas de exploración o explotación de hidrocarburos.

Empero también grandes emprendimientos no petroleros como v.g. la represa de Yaciretá precisaban recurrir al *joint adventure* y ello dio lugar a que en la reforma de la LSC de 1983 se agregara el Capítulo III “De los contratos de colaboración empresaria” con la Sección II “De las uniones transitorias de empresas”.

La UTE se inspiró en el *consórcio* brasileño (Ley de sociedades por acciones nro. 6404 de 1976 arts. 278/279).

El *consórcio* puede ser constituido por *companhías ou sociedades anónimas* o cualquier otra sociedad para ejecutar determinado emprendimiento, no tiene personalidad jurídica y las consorciadas solamente se obligan en las condiciones previstas en el respectivo contrato, respondiendo cada una por sus obligaciones, sin presunción de solidaridad (art. 278, traducción libre).

Es una modalidade de sociedade não personificada que tem por objeto a execução de determinado empreendimento. Sem pretensão de inovar, apenas convalida, em termos nítidos, o que já vem ocorrendo na prática, principalmente na execução de obras públicas e de grandes projetos de investimento (*Exposição Justificativa*) (Martins de Andrade André, “Anotações à Lei das Sociedades Anônimas”, pp. 303, 304, Editora Atlas S.A. 1977, São Paulo).

Inspirada en el *consorcio* la UTE tiene características parecidas pues tiene por objeto la reunión de sociedades y empresarios mediante un contrato para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, no constituye sociedad ni es sujeto de derecho (LSC art. 361).

Con tales lineamientos la UTE cumple una finalidad semejante a la de la sociedad accidental que es un sujeto de derecho (LSC arts. 1, 2) cuyo objeto es *la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias* (LSC art. 361) pero con la ventaja que no le es aplicable el LSC art. 30.

Esta es la clave del asunto vía por la cual el *joint adventure* puede usarse para cualquier tipo de emprendimientos.

Cabe tener en cuenta que la UTE a diferencia de la sociedad accidental, debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (LSC art. 380) con determinadas consecuencias en caso de incumplimiento (este articulista, “Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresaria”, ED T. 152 1993 p. 917).

Subsección 2.1.4. La flexibilización del LSC art. 30. Su secuencia

La flexibilización del LSC art. 30 por la ley 21.778/78 art. 24 y por la ley 22.903/83 arts. 377 y ss. fue el precedente de una corriente doctrinaria tendiente a flexibilizar el régimen societario en general cuya normativa sobre la sociedad atípica (LSC art. 17) y sobre las sociedades no constituidas regularmente (LSC arts. 21 y ss.) se consideraba demasiado severa e inconveniente para la actividad empresaria.

Así se sostuvo en 1984 que *Si la ciencia jurídica argentina consigue remover la idea de clausura de los tipos societarios habrá cumplido una de sus manifestaciones más importantes en el derecho patrimonial de este siglo* (el siglo XX) (Lepera S., ob. cit. p. 196 “j”).

Esta corriente incidió en la tendencia unificadora del derecho societario civil y comercial plasmada con distintos matices en:

El Proyecto de 1987 de la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial (Resolución R.P. 988/86 de la H. Cámara de Diputados que generó la vetada ley 24.032; ii) El Proyecto de la Comisión General de la H. Cámara de Diputados o Comisión Federal de 1993 (Resolución del 05.08.91); iii) El Proyecto del P.E. de 1993 (Decreto 468 del 19.03.92 —Adla, LII-B, 1641—); iv) El Proyecto del P.E. de 1998 (Decreto 685/1995); v) El Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales (Resolución MJ 465/91).

La idea general consiste en brindar para los negocios asociativos además de las sociedades típicas reguladas por la LSC —salvo la sociedad accidental

o en participación que se elimina— una sociedad residual informal no inscribible en el RPC, en la que los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros resultan de lo pactado en el contrato de sociedad, contrato que es oponible a los terceros que lo conozcan.

En suma la sociedad simple de los derechos italiano y suizo.

Nos centraremos en el PU de 1998 que sigue las líneas del Proyecto de la Comisión Federal de 1993.

Respecto de la sociedad simple la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Buenos Aires en su informe del 9 de Septiembre de 1999 dirigido a la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados de la Nación y reiterado el 14 de Agosto de 2000 manifestó: *m) La adopción de una sociedad atípica entre las reformas propuestas a la ley 19.550 introduce un régimen que dispensa la severidad tradicional de nuestro derecho respecto de las sociedades irregulares. La iniciativa se aproxima a la figura de la sociedad simple de los derechos suizo e italiano. Al margen de las opiniones que pueda merecer su regulación, el Proyecto no sigue a estos modelos en cuanto excluyen a estas sociedades del ejercicio de la actividad comercial”.*

En el PU 98 se propuso: i) un régimen de *contratos asociativos* o que no son sujetos de derecho ni les caben las normas sobre la sociedad (art. 1333) y son informales (art. 1336) o sea que están exentos del LSC art. 30 y de la inscripción del LSC art. 7; ii) la calificación de *contrato asociativo* a cargo de los socios lo que excluye la invocación de *sociedad* entre los contratantes y respecto de los terceros concedores del contrato, siendo presunción contraria a la existencia de *sociedad* para los terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del contrato (art. 1335); (iii) un *contrato asociativo* denominado *negocio en participación* (art. 1338) similar a la actual sociedad accidental o en participación (LSC art. 361) que se deroga (Anexo II Legislación complementaria art. 14).

Según la Nota de Elevación del PU 98: *El contrato asociativo es concebido como una figura muy abierta, que deja lugar a estipulaciones de lo más variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica de la comunidad. Podría decirse sin embargo, que no se define exactamente el límite entre la sociedad y el contrato asociativo, dejando para la interpretación su calificación y que la solución contraria permite mejor esa delimitación. Pero esta última alternativa sólo lograría ese cometido sacrificando las ya invocadas apertura y flexibilidad, y requeriría la adopción de un régimen*

que puede calificarse como ajeno a nuestro derecho, pues las sociedades hasta ahora "irregulares" y las sociedades nulas por defecto de tipo, pasarían a ser simples contratos. (Proyecto de Código Civil de la República Argentina con Nota de Elevación, Fundamentos y Legislación Complementaria, nro. 216 p. 73/74, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina 1999).

De lo anterior resulta que:

1) El límite entre contrato asociativo y sociedad no está definido (Nota de Elevación).

2) La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre sus contratantes. También la excluye respecto de los terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de sociedad respecto otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual (PU 98 art. 1334).

En principio la autocalificación del contrato por los contratantes diverge del PU art. 1029 y del CCiv art. 1326 que aunque se refiere al contrato de compraventa es aplicable a todos los contratos (Belluscio - Zannoni, ob. cit., t. 6, p. 387, Astrea 1986; Cifuentes - Sagarna, ob. cit., t. II, p. 179, LA LEY 2003).

3) A diferencia de los modelos suizo e italiano no se excluye el ejercicio de la actividad comercial mediante un contrato asociativo (Informe de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de la Ciudad de Buenos Aires).

Subsección 2.1.5. La supresión de la responsabilidad del socio oculto

La tendencia ultradesreguladora se manifestó principalmente en los proyectos de unificación pero no solamente allí.

En el Proyecto de Unificación de 1987, el Proyecto de reformas a la LSC de 1993 y el Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales de 2005 se propuso la supresión de la segunda parte del actual LSC art. 34 concerniente a la responsabilidad del socio oculto.

Diversamente en los Proyectos de Unificación de la Comisión Federal de 1993, del P.E. de 1993 y del Proyecto del P.E. de 1998 se postuló mantener el LSC art. 34 segunda parte.

El erudito estudio del profesor Jaime L. Anaya —coautor del Proyecto 2005— sobre “*El enigma del socio oculto*” (RDCO T. 228 p. 71) expone acabadamente las razones de la supresión y concluye diciendo en suma, la mayor parte y en algunos ordenamientos la totalidad del espacio que se atribuye al socio oculto se encuentra actualmente ocupado por el controlante, sea socio o no, en todos los tipos societarios. Carece de solidez en sus fundamentos la exigencia de que la participación oculta requiera la transitoriedad para ser tenida como legítima y tal es la tendencia legislativa que prevalece en el derecho comparado. La positiva apertura que se advierte hacia la creación de figuras asociativas no societarias para el cumplimiento de actividades económicas y una atenuación a la rigidez de la tipicidad parece ser la respuesta adecuada a las solicitudes actuales del tráfico.

Sin embargo y con otro enfoque cabe señalar que:

1) La actividad comercial implica el ejercicio habitual y profesional de actos de comercio (CCom. art. 1) o sea el recurso habitual y profesional al crédito y es por esto que un comerciante individual o societario tiene la carga de contabilidad mercantil (CCom. art. 43) mientras que el no comerciante individual o societario no tiene tal carga pues la actividad civil no implica el recurso habitual y profesional al crédito.

2) Hace a la garantía del crédito la identificación de los prestatarios comerciantes y de ahí el requerimiento de la matriculación de los comerciantes individuales y de la inscripción en el Registro Público de Comercio de las sociedades mercantiles para disponer de la prueba de libros (CCom. art. 63) a lo que en el caso de las sociedades se suma el derecho a las reglas de responsabilidad del tipo (LSC art. 7).

3) El Registro Público de Comercio en nuestro derecho es de antigua data con las Ordenanzas de Bilbao de 1737 —que rigieron en el Consulado de Buenos Aires—, y con el Código de Comercio español de 1829 (Garrigues Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, t. I, p. 583, Edición del autor, Madrid 1968) adoptado por las provincias de Mendoza y San Juan (Anaya - Podetti, ob. cit., t. I, p. 30) hasta la vigencia del Código de 1862.

4) El no comerciante y la sociedad civil recurren al crédito pero no en forma habitual y profesional y si lo hicieran estarían sujetos al régimen de los comerciantes *de facto* no matriculados pues tanto la doctrina como los tribunales del país han admitido clase de prueba para acreditar la calidad de comerciantes (Anaya J. L. y Podetti H. A., ob. cit., t. I, 189/190 y nota 31)

y de las sociedades no formalmente constituidas (LSC art. 21) salvo que éstas adoptaran uno de los tipos previstos por la LSC (LSC art. 1).

5) La inexistencia de actividad comercial es la razón por la que:

i) La controvertida sociedad accidental o en participación (Anaya J. L., “Sociedades accidentales o en participación”, Editorial Cangallo S.A., 1970) cuyo objeto son *una o más* operaciones determinadas y transitorias, no se inscribe.

ii) La sociedad civil pueda tener un socio no ostensible (CCiv. art. 1669).

Ello concuerda con el régimen del mandato civil que puede ser no representativo porque la actividad civil no incide en el crédito (CCiv. 1929) mientras que mandato comercial debe ser representativo (CCom. arts. 221/222 parte primera) porque la actividad comercial incide en el crédito y sólo puede ser no representativo cuando atañe a negocios individualmente determinados (CCom. art. 222 parte segunda).

iii) En suma la diferencia entre una sociedad civil y una comercial salvo que aquélla adopte un tipo mercantil, reside en el *objeto de la sociedad* y es por esto que la distinción entre la sociedad civil de hecho (CCiv. art. 1663) y la comercial de hecho (LSC art. 21) consiste en el *objeto comercial* de la segunda o sea la actividad mercantil.

6) La unificación de las falencias comerciales y civiles (leyes 19.551 —Adla, XXVII-B, 1677— art. 310, 22.917 —Adla, XLIII-D, 3771— art. 2, 24.522 —Adla, LV-D, 4381— art. 2) realizada obstante el CCom. art. 452 inc. 2 que dispone que no consideran mercantiles las (compras) de objetos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición, debe ser reconsiderada dado el régimen de protección del consumidor de jerarquía constitucional (CN art. 42, ley 26.361).

Subsección 2.1.6. La Compañía Limitada inglesa. Un ejemplo aleccionador

En la Inglaterra de la Edad Moderna habitualmente se utilizaban para los negocios mercantiles: (i) la *partnership* un mero contrato similar a nuestra colectiva con la responsabilidad ilimitada de los socios (CCom 1862 art. 454, CCom 1890 art. 302, LSC art. 125); ii) la *corporatio* una *persona ficta* de interés público con la limitación de responsabilidad de sus miembros semejante a nuestra anónima del CCom 1890 arts. 315, 318).

Tras el descubrimiento castellano de América y la circunvalación portuguesa de África, se consideró de interés por Inglaterra y también Holanda, la explotación económica de las llamadas Indias occidentales y orientales.

Para ello partir del siglo XVII se adoptó el instituto de la *universitas personarum* de la Baja Edad Media destinada a satisfacer un interés público por lo que no podía existir *sine auctoritate episcopi vel principis* (Verrucoli Piero, “Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella *common law* e nella *civil law*” p. 17/18, Milano, Dott. A Giufrè Editore, 1964), que era una *persona ficta* o *corporatio* distinta de sus miembros los que no respondían por las obligaciones de aquélla (v.g. el CCiv art. 39).

A ello se sumó la posibilidad de los miembros de la corporación de negociar sus participaciones representadas por títulos accionarios o acciones (aktie-brief, billet d’action, “Brunetti Antonio, “Tratado del Derecho de Sociedades”, t. II, nro. 379, p. 13, UTEHA Argentina Buenos Aires, 1960), en las Bolsas de Comercio que desde su inicio por el 1600 dieron lugar a complejas operaciones (Torrente Fortuño José Antonio, “La Bolsa en José de la Vega - Confusión de Confusiones - Amsterdam, 1688”, Editado por el Ilustre Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid, Madrid 1980).

En Inglaterra se adoptó el sistema pero muchos emprendimientos actuaban como *corporate bodies without legal authority, practices which “manifestly tend to the prejudices of the public trade and commerce of the kingdom”* y así lo señaló la Cámara de los Comunes en 1720 a lo que se sumó el escándalo de la South Sea Company creadora de una burbuja financiera —la famosa South Sea Bubble— que estalló por fraude y corrupción *in which members of the Government and the royal house hold were implicated* (Gower L. C. B., “The principles of modern Company Law”, pp. 28/32, London Stevens & Sons, 1969).

A consecuencias de lo anterior: i) las autoridades impusieron dificultades casi insalvables para la *incorporation* lo que llevó a los empresarios y a sus asesores legales a recurrir a la *unicorporated association* (Gower ob. cit. pp. 32/33) cuyos miembros no contaban con la limitación de responsabilidad aunque declinó el interés por dichos negocios internacionales que requerían grandes inversores.

En la primer mitad del siglo XIX el auge ferrocarrilero —la *railwaymania*— motivó una expansión del mercado bursátil con la aparición de pequeños inversores y recobró interés la posibilidad de pactar en una *partnership*

(libre de las dificultades opuestas a la constitución de una *corporatio*) la limitación de responsabilidad (*limited liability*) de sus miembros.

El tema ocasionó una gran controversia prevaleciendo la opinión consistente en que *the persons should be allowed as of wright to form partnerships limiting the liability of all or some by private agreement followed by registration; and where the liability of all was limited the partnership should be incorporated and the word "limited" added to the name* (Gower, ob. cit., p. 47; el subrayado es mío).

Es por eso que las compañías inglesas equivalentes a nuestras anónimas, llevan el rótulo "*Ltd*" en vez del "*Inc*" propio de las norteamericanas (Gower ob. cit. p. 48) que mantuvieron el carácter de *corporatio*.

Una consecuencia de ello es que dada la preponderancia de las corporaciones norteamericanas en el comercio mundial el gobierno societario de las anónimas, sea calificado como "*gobierno corporativo*" (Principios de la OCDE para el gobierno corporativo aprobados por los ministros de la OCDE el 26/27 de mayo de 1999; OECD Publications, 2 Rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16).

La antedicha opinión prevaleciente sobre la viabilidad de la *limited liability* plasmó en la ley inglesa de 1844 que estableció un régimen de publicidad para las *partnerships* considerado *as the most potent safeguard against fraud* mediante la creación de un *Registrar of Companies* o Registrador de Compañías aunque excluyendo la *limited liability* (Gower ob. cit. p. 42 (el subrayado es mío).

Tras la Ley de 1844 sucedieron otras que admitieron la inclusión de la *limited liability* en contratos que no configuraban una *corporation* pero que debían registrarse bajo ciertas reglas, las que finalmente fueron consolidadas en la famosa *Companies Act* de 1862 (Gower, ob. cit., pp. 50/51) que incidió en la no menos famosa Ley francesa de 1867 *sur les sociétés par actions* que proyectó el sistema normativo de constitución de la anónima en el derecho continental.

La experiencia inglesa enseña que mediante un mero contrato societario de interés privado cabe limitar convencionalmente la responsabilidad ante terceros pero con *publicidad registral para* evitar fraudes.

Subsección 2.1.7. Consideraciones

Un derecho societario ultradesregulador ahuyenta al crédito.

La conveniencia de flexibilizar los negocios societarios no impone de por sí prescindir de la publicidad registral.

Bajo la vigencia del régimen societario del C.Com. de 1890 en el Primer Congreso Argentino de Derecho Comercial de 1940, Carlos Malagarriga sostuvo que *los contratantes de una sociedad pueden apartarse de los tipos previstos por el Código, siempre que sus estipulaciones no sean susceptibles de vulnerar los derechos de terceros o los intereses generales*, aunque advirtió que la Cámara de Apelaciones de la Capital resolvió *en auto de los doctores Cranwell, Esteves y Castillo, que no procede la inscripción de un contrato en él que los socios convienen formar un tipo de sociedad no autorizada por el Código* (Malagarriga Carlos “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, t. 1, Primera parte, capítulo 3, nro. 6, p. 192, Tipográfica Editora Argentina, 1957).

Este es un camino a seguir sobre él que convendría reflexionar.

En otros aspectos de la misma cuestión también sería adecuado ponderar si es valioso:

1) Prescindir de la responsabilidad del socio oculto (LSC art. 34).

2) Mantener la vinculación entre el interés público y la anónima cerrada privada (LSC art. 301) de gran uso en plaza o desligarla del mismo, para posibilitar v.g. la citación a asamblea mediante notificación personal a los accionistas.

Sección 2.2. La tendencia ultrareguladora

Se originó en una concepción publicista de la LSC que llevó a la reglamentación administrativa de la misma como se verá seguidamente.

Subsección 2.2.1. La naturaleza de la ley de sociedades comerciales

Hay una difundida opinión consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público.

La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto de que el orden público es la base esencial de un Estado plasmada en su constitución sea ésta estatutaria o consuetudinaria.

Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación

o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41 y 42).

Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser.

Estos derechos son los clásicos derechos naturales del hombre, hoy llamados derechos humanos, de los que la Constitución es la expresión positiva.

A ellos se añade la forma de gobierno representativa, republicana y federal (CN art. 1) propia de nuestra formación histórica.

No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19).

Es por esto que v.g. son nulas las cláusulas leoninas (LSC art. 3) y la sociedad de objeto torpe (LSC arts. 18/20).

Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art. 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros.

Diverso es el caso de los derechos constitucionales de segunda generación mantenidos en el art. 14 bis de la reforma de 1957, y los de tercera generación introducidos en la reforma de 1994.

Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social.

Por el contrario no hay un orden público societario pero sí en la LSC hay un interés público respecto de la anónima para cuya preservación la LSC regula la fiscalización estatal de dicha sociedad a cargo de una autoridad de contralor (LSC art. 299) facultada para pedir la disolución y liquidación de una anónima por razones de interés público (LSC arts. 301 inc. 2, 303 inc. 3).

Es evidente que la fiscalización estatal sobre la anónima hace al interés público pero no al orden público.

Así el C. de Comercio de 1890 art. 318 siguiendo al C. Civil de 1871, impuso el régimen de la autorización para la constitución de la anónima y la LSC de 1972 lo cambió por el régimen normativo (LSC art. 167) sin que ello afectara al orden público.

Es palmario v.g. que la incorporación del derecho de voto acumulativo para la anónima en 1972 (LSC art. 263) no alteró el orden público general ni lo alteraría su supresión o modificación.

La larga coexistencia de las sociedades comerciales clásicas con la anónima (CCom. 1862 y CCom. 1890 Libro II Título III) llevó a que:

i) Las sociedades personalistas se corporizaran (LSC arts. 2, 125, 134, 141, 146) —siguiendo la doctrina francesa de la *personnalité morale*, Hémard J. Terré F. Mabilat P. “Sociétés Commerciales”, t. I, nro. 144 p. 135, Dalloz Paris 1972— y las sociedades accionarias se contractualizaran (LSC arts. 1, 163, 308, 315) a diferencia del CCom. 1862 art. 403 y del CCom. 1890 art. 313 que consideraban a la anónima como una *simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera*.

ii) Se entendiera aplicable a la LSC Capítulo I Disposiciones Generales la nota de interés público propia de la anónima.

Subsección 2.2.2. La reglamentación de la LSC

Partiendo del supuesto de que la nota de interés público es aplicable a la Parte General de la LSC y a las sociedades personalistas, es congruente entender que todo lo que no está permitido en la LSC está prohibido y que razones de seguridad jurídica para la actividad empresarial conexas a la empresa (LSC art. 1) aconsejan que la autoridad de contralor complemente la LSC.

Esto condujo a una reglamentación casuística de la LSC que se fue acentuando con el tiempo.

Así la Inspección General de Justicia de la Capital Federal en 1980 teniendo a su cargo el Registro Público de Comercio y la fiscalización estatal de la anónima salvo la abierta (ley 22.169), a los 8 años de la LSC de 1972, dictó la Resolución General 6/1980 con 144 artículos que en 2005 sustituyó por la RG 7/2005 con 464 artículos.

A consecuencia de lo expuesto se considera necesario:

1) Dictar normas permisivas no obstante la CN art. 19 v.g. para: i) la inclusión de cláusulas arbitrales (IGJRG art. 74), Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales 2005 (PLSC 2005 art. 9, párr. 2°; ii) las convenciones parasociales (PLSC 2005 art. 26); iii) los contratos de colaboración empresaria distintos de los previstos en la LSC (PLSC 2005 art. 163).

2) Prescribir que la pluralidad de socios (LSC art. 1) debe ser sustancial (IGJRG art. 55) no obstante que: i) La LSC art. 34 admite el socio aparente; ii) El CCiv art. 457 *a contrario* acepta la simulación lícita; iii) La Ley 24.522 art. 48 (texto Ley 25.589/2002 —Adla, LXII-C, 2862—) permite la adquisición por acreedores o terceros interesados, de las acciones o cuotas de una anónima o una limitada concursada con un remoto ancestro en el CCom 1890, arts. 1555/1565; iv) El Decreto Ley Delegado 677/2001 (Adla, LXI-C, 2718) Régimen de transparencia de la oferta pública capítulo VII régimen de participaciones residuales art. 25 inc. b, art. 26 inc. a faculta a la persona titular del 95% o más del capital de una anónima abierta para adquirir el remanente.

3) Limitar el objeto social a una actividad única con actividades conexas, accesorias o complementarias (IGJRG art. 66) no obstante que la LSC admite que el objeto (LSC art. 11 inc. 3) incluya actividades (LSC arts. 62-1-b, 64-1-a) sin exigir conexidad accesoriedad o complementación.

4) Prescribir que el capital debe guardar razonable relación con las actividades de la sociedad (IGJRG art. 67) siendo que:

i) La LSC sólo impone a la anónima un monto mínimo de capital (LSC art. 186) para reservar dicho tipo a empresas medianas aunque el monto actual sea irrelevante lo que vale para la sociedad en comandita por acciones (LSC art. 316).

ii) La LSC pone la fiscalización estatal permanente para la anónima con un capital de cierta envergadura (LSC art. 299 inc. 2) lo que vale para la sociedad en comandita por acciones (LSC art. 316).

iii) La actividad comercial societaria requiere crédito además de los aportes de los socios. El crédito no se logra por la cuantía del capital legal o estatutario sino por el volumen del capital en giro o capital de trabajo presente o posible o del flujo de fondos.

5) Cancelar la matrícula de la sociedad que no realice operaciones (IGJRG art. 186-II-2-b) a pesar que la LSC admite la sociedad de inversión (LSC art. 31).

6) Proyectar que una sociedad constituida en el exterior no inscrita en el RPC no podrá ejercer contra tercero, fundados en hechos o actos realizados en la República (PLSC 2005 arts. 52, 53) solución de extrema severidad.

Tal criterio cuenta con el siguiente precedente judicial.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F el 05.06.2003 en el controvertido fallo “Rolyfar SA c. Confecciones Poza SA s/ ejecución hipotecaria” (ED, 203-415, nro. 52.181) admitió la excepción de inhabilidad de título opuesta en una ejecución hipotecaria a la cesionaria de una sociedad extranjera no inscrita.

La Corte Suprema (ED, 209-136, nro. 52912) dejó sin efecto el pronunciamiento aunque no fundó su decisorio en la LSC art. 118 “Actos aislados” sino en el CPCC art. 544.

Cabe señalar que La LSC art. 118 “actos aislados”, se refiere a “actos de comercio” y no a operaciones inmobiliarias como se verá en el subsiguiente inciso 8.

7) No hacer lugar a los acuerdos adoptados en asambleas o reuniones de socios en las que haya participado una sociedad constituida en el exterior sin cumplir la LSC art. 123 (RG 7/2003 art. 8, RG 9/2005 art. 1°), solución también severa.

Una solución más acorde con la realidad de los negocios podría ser imponer a la sociedad incumpliente la responsabilidad del socio oculto (LSC art. 34) por infringir un requisito de publicidad necesario para el crédito, sin afectar el acuerdo asambleario.

En una situación semejante se atemperó judicialmente la dureza del LSC art. 369 texto ley 19.980 mantenido por la LSC art. 22.903, como antes se vio (ED, 164-990).

8) Disponer que los “actos aislados” del LCS art. 118 segunda parte se refieren a operaciones inmobiliarias (RG 7/2005 art. 229).

Cabe señalar que:

1) El antecedente de dicho artículo LSC art. 118 es el CCom. 1890 art. 285 cuya finalidad fue liberar del requisito de la intervención del PE (CCom.

1862 arts. 398 y 405) a las anónimas constituidas en el extranjero que sólo realizaran en el país *actos de comercio*.

2) El CCom art. 452 inc. 1 no considera mercantiles las operaciones sobre inmuebles por lo que una lectura concordante indicaría que los *actos aislados* del LSC art. 118 son actos aislados de comercio lo que a su vez concordaría con el antecedente del CCom. 1890 art. 285.

Así lo dice la Exposición de Motivos de la LSC (Depalma, 1972, p. 34): *“Capítulo I Sección XV 2: El art. 118 clarifica la interpretación de los arts. 285 y 287 del Código de Comercio...De ahí las distinciones establecidas en el referido art. 118 y en el 123: a)ejercicio de actos aislados...”*

Subsección 2.2.3. Consideraciones

Un derecho societario ultraregulador ahoga a la empresa.

En materia de fiscalización de los negocios societarios hay que tener en cuenta que:

1) No cabe reglamentar administrativamente el Código de Comercio pues en principio, la legislación de fondo prevista en el artículo 75 inc. 12 de la Constitución ... no puede *ser objeto de la delegación legislativa* (Badeni Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, t. II, 2ª ed., p. 1500 1.3, La Ley, 2006).

Por ende la LSC incluida en el Código de Comercio (LSC art. 384) no puede ser reglamentada administrativamente por el PE ni por una Repartición tal como la IGJ.

2) El interés público que motiva la fiscalización estatal sobre las sociedades accionarias (LSC arts. 299, 300, 308, 316) no existe respecto de las Disposiciones Generales del capítulo I de la LSC, (con la salvedad de la Ley 22.315, de organización de la IGJ art. 8 “b”), de las sociedades personalistas (LSC Capítulo II Secciones I a IV, de la sociedad accidental o en participación y de los contratos de colaboración empresarial LSC Capítulo III).

3) Es de notar que la Ley 22.315 art. 8 “b” que asigna a la IGJ la misma fiscalización para las sociedades constituidas en el exterior que para las sociedades accionarias es una ley local siendo cuestionable que pueda modificar a la LSC integrante del C.Com (LSC art. 384).

Capítulo 3. El derecho falencial

Como se dijo al inicio en el derecho falencial se postula una interpretación que prioriza la conservación de la empresa sobre la pronta satisfacción de los acreedores o sea un derecho falencial ultraempresarial.

Sección 3.1. Antecedentes. Las orientaciones publicista y privatista

Según las crisis se han ido alternado los ordenamientos falenciales publicistas y privatistas.

Subsección 3.3.1. Los Códigos de 1862 y de 1890. Su orientación publicista

El CCom. 1862 y el CCom. 1890 ante la falencia tuvieron por finalidad la rápida satisfacción de los acreedores del fallido no sólo en el interés privado de los mismos sino también en el interés público del comercio.

Por ser fallido un profesional del comercio (CCom. 1862 art. 1; CCom. 1890 art. 1) su declaración de quiebra era una presunción de fraude (*decoctor ergo fraudator*) que imponía su arresto (CCom. 1862 art. 1549 y CCom. 1890 art. 1396) y la calificación de su conducta en sede comercial para su castigo conforme a las disposiciones del C. Penal (CCom. 1862 art. 1545 y CCom. 1890 art. 1593).

No obstante había algunas normas que evitaban la quiebra las que teniendo por objeto la protección del comerciante *uomo honesto ma sventurato* posibilitaban la conservación de la empresa como: i) el concordato resolutorio (CCom. 1862 art. 1614, Com. 1890 art. 1463; ii) y la moratoria (CCom 1862 art. 1728; CCom. 1890 art. 1584).

También declarada la quiebra cabía la adjudicación de la masa de los bienes a los acreedores quienes debían adoptar la forma de las sociedades comerciales (CCom. 1890 arts. 1555 y 1565).

La solución tendía a la satisfacción de los acreedores pero posibilitaba la conservación de la empresa.

La crisis de 1890 con la consiguiente revolución del Parque y la renuncia del Presidente Juárez Celman, hizo demasiado severas las pautas del CCom. 1890 y el comercio reclamó su reforma la que tuvo lugar mediante la ley 4156 inspirada en una ley inglesa.

Subsección 3.1.2. La Ley 4156. Su orientación privatista

Mientras que los Códigos partían de una orientación publicista considerando que la falencia afectaba al fallido, a sus acreedores y al interés público del comercio, la Ley 4156 lo hizo desde un enfoque privatista entendiendo que la falencia sólo afectaba al fallido y sus acreedores pero no al interés público del comercio.

Por ello:

i) Suprimió la moratoria e introdujo el concordato preventivo para posibilitar un acuerdo entre el fallido y sus acreedores (ley 4156 art. 20) aunque para el supuesto de no lograrse un acuerdo mantuvo la adjudicación de los bienes del fallido por sus acreedores debiendo el juez controlar exclusivamente el procedimiento y no la rectitud o torpeza del mismo (ley 4156, arts. 34 y 35) ello con el antecedente del CCom. 1890 arts. 1555 y 1565.

ii) Suprimió la calificación de la conducta en sede comercial aunque de mediar indicios de quiebra culpable o fraudulenta lo debía informar al juez competente (ley 4156, arts. 135, 137, 138).

La Ley 4156 dio pésimos y desastrosos resultados... Los empresarios de quiebras proliferaban entonces en nuestros tribunales y enseñaban impunemente, a los comerciantes deshonestos, el arte de saber organizar su insolvencia para defraudar a sus acreedores y burlar a la justicia (García Martínez R. - Fernández Madrid J.C., "Concursos y Quiebras", t. I, pp. 133/134, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976).

A lo anterior se sumó la depresión de 1929 resultando funesta la aplicación de la ley 4156 por lo que se nombró una comisión parlamentaria para proyectar su reforma.

Según dicha comisión en la que preponderó la opinión del profesor Ramón Castillo, el concordato se utilizaba para liquidar ventajosamente un mal negocio o para celebrar convenciones que importaban un verdadero despojo.

Subsección 3.1.3. La Ley 11.719. La vuelta a la orientación publicista

La ley 11719 (Adla, 1920-1940, 325) que reemplazó a la ley 4156 retomó la vía publicista de los Códigos de Comercio de 1862 y 1890 considerando que la falencia afecta no solo al interés particular del fallido y de sus acreedores sino también al interés público de la plaza.

En la ley 11.719 cabe destacar que:

1) El concordato preventivo no debía ser aprobado por el juez cuando estimase *que las bases aceptadas por la mayoría eran gravosas para el interés general* (LQ 1933 art. 40).

2) Dispuso la calificación de conducta en sede comercial del fallido ello sin perjuicio de la inhabilitación general del mismo con las siguientes consecuencias: *si la quiebra fuese declarada de casual, se archivará el expediente; si es culpable se enviará las actuaciones al juez correccional y si es fraudulenta, después del concurso ordenará la detención del fallido y lo pondrá a disposición del juez de crimen al que se remitirán las actuaciones.* (LQ 1933 art. 177), siendo la acción criminal independiente de la civil (LCQ 1933 art. 178).

Vale decir que dejó de lado el arresto inicial del quebrado propio de los Códigos o sea que abandonó el presupuesto *decoctor ergo fraudator* y partió de una suerte de *presunción de inocencia* a favor del fallido.

3) Inició la regulación del principio de la conservación de la empresa disponiendo que en caso de quiebra de sociedades de objetos de interés común nacional, provincial o municipal su funcionamiento o explotación no podrá suspenderse (LQ 1933 art. 195).

Este artículo 195 dio lugar a la Ley 17.507 de carácter general y a leyes especiales para casos particulares v.g. las números 17.658, 18.178, 18.624, 18.778 con soluciones diversas pero todas tendientes a posibilitar la rehabilitación de empresas de interés común en dificultades.

Finalmente la ley 18.832 agregó un párrafo a la ley 11.719 art. 195 facultando al PE Nacional para que *por razones de interés público* y con el fin de asegurar la paz social dispusiere la continuación del funcionamiento de determinadas empresas que fueren declaradas en quiebra.

Tras casi 40 años de vigencia de la Ley 11.719 ante nuevas circunstancias políticas y económicas se procedió a dictar la ley de concursos 19.551 en 1972.

Subsección 3.1.4. La Ley de Concursos 19.551. La orientación publicista y la conservación de la empresa

La LC 19551 siguió la orientación publicista de la Ley 11.719 resaltando los principios de protección del crédito y conservación de la empresa como

dice en la Exposición de Motivos: 4°) *Principios generales orientadores. Los conceptos fundamentales de universalidad patrimonial, colectividad de acreedores e igualdad en su tratamiento fueron mantenidos como esenciales. A ellos se agregaron :a) La protección adecuada del crédito; b) La conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad y principio inspirador común en la reforma legislativa mercantil en curso;...e) La recuperación patrimonial del concursado de buena fe, facilitándola; así como la mayor severidad para quien ha utilizado los medios legales para el abuso del crédito* (Exposición de Motivos de la LC p. 7, Víctor P. de Zavallía, Editor, Buenos Aires 1972).

El principio de protección del crédito se plasmó mediante reglas destinadas a la pronta sustanciación de los concursos a saber: i) un procedimiento sumarísimo para determinar los acreedores legitimados para aprobar la propuesta de acuerdo preventivo del deudor (LC arts. 35, 50 y concs.); ii) normas genéricas procesales v.g sobre perentoriedad de los términos, inapelabilidad de las resoluciones, concesión en relación y con efecto suspensivo de admitirse la apelación (LC art. 296); iii) la extensión de la quiebra (LC arts. 164 con antecedentes en el Com 1862 art. 1530, el CCom 1890 art. 1384, la ley 4156 art. 4 y la Ley 11.719 art. 6); iv) y la responsabilidad de terceros (LC art. 166); v) la calificación de conducta del fallido, sus administradores, representantes, síndicos de tratarse de una anónima y cómplices (LC arts. 235 y ss.), independiente de la acción penal (LC art. 242) con sanciones comerciales (LC art. 244 ss.).

El principio de la conservación de la empresa se concretó en que el juez: i) para homologar el acuerdo preventivo debía valorar *su conveniencia económica respecto de la conservación de la empresa*; ii) (LC art. 61 inc. 2); iii) en la quiebra podía disponer la continuación de la empresa (LC art. 182 y ss.); iv) y para realización los bienes debía comenzar por la *enajenación de la empresa como unidad* (LC art. 198 inc. a).

Tras LC de 1972 sucedieron:

1) Las leyes especiales 22.229 y 22.280 de 1980 destinadas al Grupo Greco ante la revisible insolvencia de las empresas integrantes del mismo y su repercusión en Cuyo.

2) La ley general 22.917 de 1983 que: i) *mantuvo las instituciones fundamentales* de la ley 19.551 (Exposición de Motivos); ii) admitió el concurso preventivo de comerciantes no matriculados y sociedades no inscriptas; ii) reguló el acuerdo preconcursal art. 125-1 y ss. con el ante-

cedente local de los clubes de bancos y el precedente norteamericano del *prepackaged plan*.

Empero la LC 22.917 no bastó.

En la década del 90 una crisis hizo modificar la ley de entidades financieras 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121) mediante la ley 24.485 de 1995 (Adla, LV-E, 6957) que facultó al Banco Central a autorizar la reestructuración de las entidades en crisis en resguardo del crédito y de los depósitos bancarios evitando así la revocación de su autorización para funcionar (Ley 24.485 art. 35 bis).

Ello tampoco bastó porque había empresas financieras no reestructurables y empresas no financieras en crisis. Finalmente la solución se procuró mediante la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 de 1995 (LCQ).

Sección 3.2. La LCQ. Sus características descollantes

Las características descollantes de la LCQ son:

- i) El privatismo falencial al estilo de la LQ 4156 de 1902.
- ii) La conservación empresaria con soluciones locales y otras inspiradas en la *Bankruptcy Law* norteamericana.
- iii) La sumariedad procesal reforzando las normas de la LC 19.551.

Subsección 3.2.1. El privatismo falencial

El privatismo falencial basado en que la falencia sólo hace al interés privado del deudor y sus acreedores, tuvo su máxima expresión en el LCQ art. 52 texto original que disponía lisa y llanamente que *no deducidas las impugnaciones* (sobre el acuerdo preventivo conformado por los acreedores) *en término, o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días*.

Vale decir que no exigía que el juez para homologar el acuerdo valorara si resulta conforme con el interés general y su conveniencia económica respecto de ... la protección del crédito como prescribía la LC 19.551 art. 61 incs. 1 y 2.

Tal acotamiento de las facultades del juez motivó una severa crítica doctrinaria y una jurisprudencia mayoritaria que *recalcó que el juez igualmente*

estaba obligado a un control de legalidad (Pesaresi Guillermo Mario, “Ley de Concursos y Quiebras anotada con jurisprudencia”, p. 362, Abeledo Perrot, 2008).

La ley 25.589 de 2002 atendió los cuestionamientos anteriores y modificó dicho artículo 52 prescribiendo que: i) la homologación requiere *Que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores insolventes* (regla proveniente de la *Bankruptcy Law* (art. 52 inc. 2-b-iv); ii) *En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley* (art. 52 inc. 4) lo que es congruente con el C.Civil art. 1071.

Otro aspecto del privatismo falencial es la supresión de la calificación de conducta y de las sanciones comerciales para los deudores culpables y fraudulentos, sus administradores, representantes y cómplices, salvo la inhabilitación del fallido y de los integrantes de su administración (LCQ art. 234 y ss.) y la obligación del juez de denunciar la existencia de una conducta potencialmente fraudulenta (C.Penal art. 277 inc. 1; Rouillon, A. A. N. – Alonso, D. F. “Código de Comercio Comentado y Anotado”, t. IV-B, p. 622, La Ley, 2007).

Subsección 3.2.2. La conservación empresaria

La LCQ aunque de orientación privatista atiende a la conservación de la empresa con diversas medidas unas de raigambre local y otras adaptadas de la *Bankruptcy Law* como antes se dijo a saber:

i) La categorización de acreedores (LCQ art. 41) modificatoria de la clásica *par conditio creditorum*; ii) el salvataje o reorganización de la empresa, o *cramdown* (LCQ art. 48) con su remoto ancestro la adjudicación de bienes del C.Com 1890 arts. 1555, 1565 mantenida en la ley 4.156 arts. 34 y ss.; iii) el concurso del agrupamiento (LCQ art. 65 y ss.) exceptuado del presupuesto de la cesación de pagos (LCQ art. 1); iv) el acuerdo preventivo extrajudicial (LCQ art. 69 y ss.) con antecedentes en los clubes de bancos y en el *prepackaged plan*, exceptuado del presupuesto de la cesación de pagos (LCQ art. 1); v) La conversión de la quiebra en concurso preventivo (LCQ art. 90) con la consiguiente supresión del concordato resolutorio; vi) la flexibilización de la legislación laboral con la suspensión de los convenios colectivos de trabajo (LCQ art. 20), la renuncia del privilegio laboral (LCQ art. 43) y la modificación del contrato de trabajo (LCQ art. 196) no obstante la jerarquía constitucional de dicho ordenamiento conforme a la Constitución Nacional art. 14 bis; (vii) la continuación de la empresa del fallido por una cooperativa de sus ex trabajadores (LCQ art. 190).

A ello cabe añadir que la Ley 25.563 de 2002 (Adla, LXII-B, 1602) suprimió el requisito de la LCQ art. 43 párrafo 4 que había seguido al LC art. 44, disponiendo que una propuesta de quita debía cubrir por lo menos el 40 % de los créditos quirografarios anteriores a la presentación.

Subsección 3.2.3. La sumariedad procesal

La LCQ también atiende a la protección del crédito manteniendo las reglas procesales de la LC 19551 relativas al proceso de verificación (LCQ arts. 36 y 37, LC arts. 37 y 38) y a las Reglas Procesales (LCQ art. 273 y ss.; LC arts. 296 y ss.) y además reforzó las mismas.

Así la LCQ art. 273 reiteró el texto de la LC art. 296 y añadió al mismo el siguiente párrafo:

Es responsabilidad del juez hacer cumplir exactamente todos los plazos de la ley. La prolongación injustificada del trámite, puede ser considerada mal desempeño del cargo.

Así la LCQ art. 204 reiteró con algunas variaciones el texto de la LCQ art. 198 relativo a la forma de realización de los bienes del fallido y sumó la regla del artículo 217 no prevista en la LC disponiendo que: (i) las enajenaciones deben ser efectuadas dentro de los cuatro meses contados desde la fecha de la quiebra, o desde que ella queda firme, si se interpuso recurso de reposición pudiendo en casos excepcionales el juez ampliar ese plazo en 30 días - Sanción. El incumplimiento de los plazos previstos en este capítulo para la enajenación de los bienes o cumplimiento de las diligencias necesarias para ello da lugar a la remoción automática del síndico y del martillero o la persona designada para la enajenación. Asimismo, respecto del juez, dicho incumplimiento podrá ser considerado causal de mal desempeño del cargo.

Según lo visto la LCQ atiende tanto a la conservación de la empresa (anterior apartado 3.2.2) como a la protección del crédito (apartado 3.2.3) pero la jurisprudencia ha preterido el LCQ art. 36 referido a la determinación de los acreedores legitimados para participar en la consideración de la propuesta del deudor y *ha elastizado los plazos previstos en el art. 43* (Pesaresi G. M. ob. cit. p. 321) concerniente a los plazos concedidos al concursado para formular propuestas de acuerdo preventivo.

Sección 3.3. La preterición del LCQ art. 36

Aunque el LCQ art. 36 prescribe que sus resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y bases del acuerdo, jueces

de calidad prescinden del mismo con autorizado apoyo doctrinario y admiten la alteración del elenco de acreedores o elenco crediticio resultante de dicho LCQ art. 36.

Así tras la resolución del LCQ art. 36 se ha admitido:

1) La exclusión de un acreedor complaciente u hostil cuya pretensión crediticia no fue observada oportunamente (LCQ art. 34).

Cabe aclarar que la enunciación de acreedores excluidos por complacencia (LCQ art. 45 tercer párrafo) no es taxativa pues no está sujeta a limitación alguna como ocurre con los casos de extensión de quiebra (LCQ art. 172) por lo que procede observar los créditos de otros acreedores u hostiles pero no tras la resolución del LCQ art. 36.

Sin embargo se ha decidido suspender el trámite de un concurso hasta que se resuelva un pedido de exclusión posterior a la resolución del LCQ art. 36.

2) La inclusión en el elenco crediticio, de cesionarios de créditos (CCiv art. 1434) en virtud de cesiones posteriores a la resolución del LCQ art. 36.

Tal cesión será válida entre los contratantes (CCiv art. 1197) pero no da derecho al cesionario a integrar el elenco crediticio porque los contratos no pueden perjudicar a terceros (CCiv art. 1195), ya que los otros acreedores que se encontrarían con un coacreedor imprevisto que de ser complaciente u hostil alteraría las mayoría (LCQ art. 45).

3) La inclusión en el elenco crediticio de un tercero pagador con subrogación legal en el concurso (CCiv art. 768 inc. 3) del crédito de un acreedor incluido en la LCQ art. 36.

Ello perjudicaría al acreedor subrogado siendo que los actos jurídicos no pueden perjudicar a un tercero (CCiv art. 953) salvo que el pago fuera completo (CCiv arts. 740).

Sección 3.4. La preterición del LCQ art. 273

La LCQ art. 52 inc. 2 iv dispone que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que tendrían en la quiebra los acreedores disidentes.

Es una norma inspirada en la *Bankruptcy Law* norteamericana Capítulo 11 Sección 1129(a)(7) que protege el interés de los acreedores disconformes con una propuesta de reorganización *by requiring that each claimholder receive property equal in value to the amount the creditor would receive in a Chapter 7 liquidation of the debtor* (Epstein, D. G., Nickles, S. H., White, J. J., "Bankruptcy" p. 761, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1993).

El cotejo debe ser efectuado entre los valores estimados por el síndico en el informe general (LCQ art. 39 incs. 2 y 3) con sus observaciones (LCQ art. 40) y la propuesta concordataria, ello para cumplir los plazos del LCQ arts. 41, 42, 43, 45 sujetos a la norma genérica del LCQ art. 273.

Una excepción es el caso del LCQ art. 48 correspondiente a la reorganización o *cramdown* local, en él que el cotejo debe efectuarse entre el *valor real de mercado* y la propuesta concordataria.

El valor real de mercado debe determinarse por un evaluador que entre otros elementos ponderará: a) el informe del artículo 39 incisos 2 y 3, sin que esto resulte vinculante para el evaluador (LCQ art. 48 inc. 3 "a").

Resulta claro que salvo el supuesto del LCQ art. 48 el cotejo del LCQ 52 inc. 2 debe efectuarse con los valores del LCQ art. 39 incs. 2 y 3 cumpliendo así con el LCQ art. 273 que vale para los plazos de los arts. 41, 42, 43 y 45.

Sin embargo se ha preterido el LCQ art. 273.

Según una interpretación de la LCQ seguida judicialmente, ante la dilación en el trámite del concurso corresponde requerir a la sindicatura informe sobre la situación económica financiera de la concursada a la fecha del informe.

En suma una nueva estimación de los valores probables de realización del activo prescindiendo de la hecha por la sindicatura conforme al LCQ art. 39 inc. 2º.

Como generalmente el activo de la concursada se deprecia durante la tramitación del concurso, este criterio favorece la adecuación de la propuesta concordataria al dividendo mínimo del LCQ art. 52 inc. 2-iv pero perjudica a los acreedores disidentes pues merma a dicho dividendo mínimo.

Ello contradice a la brevedad del trámite concursal prescripta por la LCQ art. 273 y ss. en detrimento de la protección del crédito.

Sección 3.5. La preterición de la LON 23.576 art. 14 último párrafo

La LON 23.576 (Adla, XLVIII-C, 2785) artículo 14 tras fijar diversas reglas para la asamblea de obligacionistas en su último párrafo dispone

Serán de aplicación en lo demás los arts. 354 y 355 de la ley 19.550 t.o. en 1984.

El LSC art. 354 prescribe que: *La asamblea (de debenturistas) puede aceptar modificaciones de las condiciones del empréstito, con las mayorías exigidas para las asambleas extraordinarias en la sociedad anónima. No se podrán alterar las condiciones fundamentales de la emisión, salvo que hubiere unanimidad.*

Sus antecedentes se exponen a continuación.

Subsección 3.5.1. Un caso especial. Las obligaciones negociables

Un caso especial es el del crédito en obligaciones negociables de la ley 23.576 o sea el resultante de un empréstito o préstamo único parcelado entre diversos acreedores titulares de bonos o bonistas.

Es un único crédito cuyo titular es una colectividad de acreedores que ante la propuesta de acuerdo preventivo del deudor tiene derecho a dar no su conformidad lo que:

i) Se decidirá conforme al principio mayoritario propio de los colegios.

Así en la ley de Debentures 8875 de 1912 (predecesora de la ley 23.576) art. 27 se dispuso que cada vez que se requiriera *una resolución de los tenedores de debentures*, se convocaría a asamblea aplicándose a sus resoluciones todas las disposiciones que rigen a las asambleas de las sociedades anónimas.

ii) e incidirá en la aceptación o rechazo de la propuesta (LCQ art. 45).

La ley de quiebras 11.719 de 1933 cambió el procedimiento de la ley 8875 y en su artículo 200 prescribió que los obligacionistas o debenturistas quirografarios debían reunirse en asamblea y que *cada uno de los grupos en que se dividiera la opinión de la asamblea, sobre la admisión o rechazo de un concordato, nombrará su representante por mayoría de capital, el cual tendrá en la asamblea de acreedores (o sea la junta de acreedores*

arts. 13 inc. 2°, 25) *un voto personal y el que corresponda al capital de sus representados.*

Ramón Castillo autor del proyecto de dicha ley, al explicar las razones del artículo 200 dijo:

752....¿En qué forma deben intervenir los obligacionistas cuando esa situación extrema (la falencia de la sociedad emisora) se ha producido? Los obligacionistas concurrirán como acreedores vinculados por un contrato único, bajo una representación común. El préstamo debe computarse para el voto de capital como el de otro acreedor, cualquiera sea la causa de la deuda.

“753. Forma de computar el voto personal y de capital de los obligacionistas.

Sin embargo, ¿en que proporción ha de tenerse en cuenta la opinión de los interesados?. La ley de debentures reconoce que los obligacionistas forman una especie de asociación para considerar y resolver las cuestiones que pueden comprometer los intereses comunes. La opinión de la mayoría obliga a la minoría en diversos casos previstos por la ley de la materia; pero esto, que es inobjetable tratándose de considerar y resolver la modificación de los contratos de préstamos, no satisface el propósito de la ley de quiebras de consultar el conjunto de los intereses y a la vez la opinión de los interesados individualmente. Dentro de este propósito, debería computarse un voto personal a cada obligacionista; pero eso sería irrealizable en la práctica por la considerable cantidad de tenedores de esos documentos y por la facilidad que éstos ofrecen para multiplicar el número de votos cuantas veces fuese necesario a fin de asegurar una mayoría de votos personales con propósitos extraños al interés común de los obligacionistas. No existe, entonces, un procedimiento más adecuado para consultar la opinión de los interesados en el préstamo, que el de dar representación a la mayoría y a la minoría, con un voto personal a cada uno de los grupos que las forman, y voto de capital por lo que cada grupo representa. ¿Qué ocurrirá con los que no concurren a formar la mayoría o la minoría?. Lo que ocurre con todo capital que no ha tenido representación en la junta. No influirá como capital representado, pero sí como capital verificado para formar las mayorías legales” (Castillo Ramón, “La quiebra en el derecho argentino”, t. I, p. 489, nro. 754, 1940; el subrayado es mío).

Subsección 3.5.2. El caso CHADOPYF y la LSC art. 354

Las obligaciones negociables de la ley 23.576 de 1988 tienen un antecedente en los debentures de la ley 8875 de 1912.

Bajo la vigencia de la ley 8875 se dio un caso de ultra protección empresarial en detrimento de los acreedores.

La Compañía Hispano Argentina de Obras Públicas y Finanzas (CHADOPYF) emisora de debentures, propuso un acuerdo extrajudicial a sus debenturistas.

Dicho propuesta de acuerdo consistió en ofrecer en canje de los debentures originarios, a otros debentures, con una quita sobre los originarios, emitidos por otra entidad extraña a la emisora.

La propuesta fue aceptada en sendas asambleas de debenturistas pues había varias clases de debentures, con el quórum y la mayoría del C.Com ex art. 350.

Debenturistas disidente impugnaron de nulidad tales asambleas sosteniendo que la modificación de las condiciones de emisión debía ser resuelta por la unanimidad de los debenturistas para no violar del derecho de propiedad (CN art. 17) y que de proceder una resolución asamblearia ésta debía ser adoptada según las reglas del quórum y la mayoría agravados del CCom art. 354.

La pretensión fue rechazada en I Instancia el 27.05.1943 por el principio *que rige los cuerpos colegiados, de que la expresión de voluntad de los mismos es la mayoría* y de que la Ley 8875 art. 27 no remitía al CCom art. 354 a lo que el proveyente agregó que no le era dable ni permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley, *lo cual supondría interpretarla apartándose de su texto o haciendo una crítica, con miras a proteger intereses particulares, que podrán ser muy respetables, pero que en este caso no cuentan con razón legal y si los hechos demuestran que se ha burlado, como se pretende, la buena fe de pequeños y humildes ahorristas, quiere decir que, entonces, habrá llegado la oportunidad de propiciar la reforma pertinente de la ley de "debentures"*.

La alzada confirmó el 28.03.46 (CCom. "Paniagua Felisa v. CHADOPYF", JA T. 1946-II p. 466 nro. 6053 entre otros fallos).

Autorizada doctrina discrepó con la solución jurisprudencial y apoyó la tesis de la unanimidad (Fernández R. L., ob. cit., t. I, p. 559; Zavala Rodríguez Carlos J., "Código de Comercio Comentado", t. I, p. 559, nro. 1074, Roque Depalma 1959).

A fines de la década del 30 las emisiones de debentures comenzaron a languidecer, sobre todo luego de una sonada defraudación con dichos títulos

(Kenny, Mario O., con la colaboración del licenciado Mario Schefer, "Obligaciones Negociables", p. 16, segunda edición, Abeledo Perrot, 1996) lo que dio lugar a los procesos finalizados a mediados de la década del 40.

La LSC de 1972 a consecuencia de lo antedicho derogó la ley 8875 y la reemplazó por sus artículos 325/360.

El LSC art. 354 prescribe como antes se dijo que: *No se podrán alterar las condiciones fundamentales de la emisión, salvo que hubiere unanimidad.*

Subsección 3.5.3. La LC 19.551, la LON 23.576 y la LCQ 24.522

La LC 19.551 de 1972 art. 53 mantuvo la junta de acreedores repitiendo la solución de la LQ 11.719 de 1933 art. 200.

La LON 23.576 de 1988 art. 14 último párrafo dispone como antes se vio que ... *serán de aplicación en lo demás los arts. 354 y 355 de la ley 19.550 t.o. en 1984.*

La LCQ 24.522 de 1995 art. 45 suprimió la junta de acreedores debiendo los acreedores quirografarios acordes con la propuesta entregar sus conformidades por escrito al deudor quien las acompañaría al juzgado, pero no previó el régimen *de voto de los títulos emitidos en serie.*

La omisión fue suplida por la ley 25.589 que interpoló el art. 45 bis que dispone: i) *la reunión de los bonistas en asamblea convocada por el fiduciario o por el juez en su caso* (art. 45 bis inc. 1); ii) *y que en ella los participantes expresarán su conformidad o rechazo de la propuesta de acuerdo preventivo que les corresponda; y manifestarán a que alternativa adhieren para el caso de que la propuesta fuere aprobada* (art. 45 bis inc. 2); iii) *y que la conformidad se computará por el capital que representen todos los que hayan dado su aceptación a la propuesta, y como si fuera otorgada por una sola persona; las negativas computadas como una sola persona.*

Subsección 3.5.4. Un decisorio judicial

Un importante decisorio del fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires resolvió que: i) los ausentes a la asamblea del LCQ art. 45 bis no forman base computable para la contabilización de las mayorías, ya que computar su voto como negativo importa otorgarles participación en un acto en el que no han participado; ii) y que el art. 45 bis LCQ indica que los titulares de obligaciones negociables presentes en la asamblea de bonistas

deben expresar su conformidad o rechazo con la propuesta; por lo tanto si se abstienen de votar no forman parte de la base computable para las mayorías de dicha asamblea (JA, 2005-I-69).

Dicho decisorio contó con autorizados comentarios doctrinarios (Pesaseri M. G., ob. cit., p. 340, n. 1710).

No obstante cabe observar lo siguiente

1) Sin alterar directamente el elenco de acreedores del LCQ art. 36, indirectamente lo altera al variar la mayoría de capital necesaria para aprobar la propuesta de acuerdo preventivo.

El capital del crédito verificado o declarado admisible proveniente de un empréstito según el LCQ art. 36 computable para la aprobación de una propuesta de acuerdo preventivo, se altera si se excluye del mismo el capital de los bonistas ausentes o abstentidos.

Obviamente cuanto mayor sea el capital verificado o declarado admisible excluido del cómputo, menor capital se requerirá para que los acreedores no excluidos aprueben la propuesta.

2) Se pretiere el LCQ art. 45 inc. "a" porque según el mismo la mayoría de capital se computa teniendo en consideración la suma total de los créditos *quirografarios verificados y declarados admisibles en la categoría*.

Por cierto que sólo los *participantes o presentes* son los que pueden votar porque ellos son los que disponen del *capital representado* en la *asamblea* del LCQ art. 45 bis inc. 1, pero ello no significa que:

2.1) No deba computarse como votante negativo al ausente.

El ausente es equiparado a quién votó en contra. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que la sola ausencia no puede ser neutra, sino una implícita no aprobación de la decisión adoptada. De allí es que tradicionalmente los ausentes han sido admitidos por la ley para poder impugnar (LSC art. 251); Roitman, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales", t. IV, p. 252 iii. FEDYE Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley, 2006.

Por ello para el cómputo de la mayoría debe tenerse en cuenta *el capital verificado* de los ausentes como dijo Castillo al explicar el art. 200 de la ley 11.719 y dispone el LCQ 45 inc. "a".

2.2) No deba computarse como votante negativo al abstenido.

La doctrina mayoritaria ha sostenido que se debe equiparar a la votación negativa ... Su posición es similar a la del accionista ausente. Adherimos a esta posición (LSC art. 251; Roitman H., ob. cit., t. IV, p. 253, n. 734).

Por ello para el cómputo de la mayoría debe tenerse en cuenta *el capital verificado* de los abstenidos como prescribió la ley 11.719 art. 200 y dispone el LCQ 45 inc. "a".

A lo anterior cabe agregar que la LCQ art. 45 bis es aplicable a los supuestos en los que no hay una modificación fundamental de las condiciones de emisión.

Diversamente de alterarse las condiciones fundamentales de la Emisión debía requerirse la *unanimidad* prescripta por la LON art. 14 último párrafo.

Muy presumiblemente la propuesta que se dio por aceptada mediante ciertas mayorías de bonistas según una interpretación controvertida, implicó una alteración fundamental de las condiciones de emisión.

De ser así se pretirió la *unanimidad* de la LON art. 14 ultimo párrafo.

Sección 3.6. Consideraciones

Un derecho falencial ultraempresarial resultante de la preterición de los LCQ arts. 36 (anterior *Sección 3.3*) y 273 (anterior *Sección 3.4*) y del LON art. 14 (*Sección 3.5*), *ahuyenta al crédito* ello sin mengua de señalar que los plazos del LCQ art. 217 son exiguos.

Cabe tener en cuenta que:

1) Hasta la crisis del 2008 el derecho comparado exhibía *una rara uniformidad a través de modelos extracontractuales que, extrañamente coincidentes, muestran clara predilección por un instrumento, calificado como mas apto en orden al objetivo entronizado en el nuevo mundo de la crisis empresaria: su salvataje* (Dasso, Ariel A., "Derecho Concursal Comparado", t. II, p. 1542, Legis, Buenos Aires, 2009).

2) Dicha crisis demostró que *los ordenamientos concursales no resultan idóneos para tratar las crisis de las megacorporaciones ...* lo que requirió

inyección de moneda disponible (fresh money) a bancos y grandes corporaciones (Dasso, A. A., ob. cit., t. II, p. 1571).

3) Para las empresas que no entren en las categorías anteriores *el derecho concursal nuevo debió suspender su pretensión de impeler a los administradores a la presentación tempranamente anticipada a la insolvencia, y simultáneamente poner a manos de las empresas los instrumentos mas habilitantes de la reorganización por la vía extrajudicial, antes destrutada* (Dasso, A. A., ob. cit., t. II, p. 1572).

Capítulo 4. Consideraciones

El derecho consumicional ultraprotector (*Sección 1.3*) y el derecho societario ultraregulador (*Subsección 2.2.3*) ahogan a la empresa.

El derecho societario ultradesregulador (*Subsección 2.1.7*) y el derecho falencial ultraempresarial (*Sección 3.6*) ahuyentan al crédito.

Como se dijo al inicio conviene una reflexión sobre dichas cuestiones por su incidencia en el bienestar general para aclarar el rumbo a seguir más allá del Bicentenario.

III

ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Los comentarios que siguen a continuación resultan de los respectivos informes elevados a la Presidencia por los académicos directores de cada uno de los institutos.

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo realizó una intensa actividad durante el año 2009, llevando a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus distintos integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina, que fueron objeto de interesantes debates, en los que se puso en evidencia el interés y la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el día 21 de abril, se comunicó el plan de acción para el período y se comentaron diversas novedades académicas. A continuación el miembro del Instituto doctor Fabián Canda expuso sobre el tema “Las acciones colectivas: el caso ‘Halabi’”. En su exposición se efectuó un desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de procesos colectivos. En particular se examinó el fallo emitido en la causa ‘Halabi’. Finalizada la disertación se efectuó un fecundo debate entre los integrantes del Instituto acerca de las implicancias de la citada sentencia del alto tribunal.

En la segunda reunión, llevada a cabo el día 5 de mayo, el doctor William Barrera, Profesor Titular de la Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, abordó el tema “Responsabilidad del Estado en Colombia”. En dicha ocasión el expositor efectuó un pormenorizado desarrollo del régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios en el derecho colombiano. Al finalizar la exposición se efectuó un interesante intercambio de ideas acerca de los puntos en común y las diferencias que median entre el régimen colombiano y el argentino de responsabilidad.

En la siguiente reunión, efectuada el día 24 de junio, el Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, doctor Tomás Hutchinson expuso sobre “La Problemática Ambiental a la luz del Derecho Administrativo”. El

disertante comenzó su exposición explicando el sentido y alcance que corresponde atribuir al art. 42 de la Constitución Nacional. Seguidamente se detuvo a desarrollar la singular forma que la Carta Magna emplea para repartir las competencias en materia ambiental entre la Nación y las provincias. Finalizada la disertación, se llevo a cabo un intenso intercambio de opiniones acerca de las potestades de los municipios en materia ambiental.

El 24 de agosto, fue invitado a exponer el doctor Patricio Sammartino, profesor de la Universidad Austral y de la Universidad Católica Argentina, quien disertó sobre “Tendencias actuales del Amparo. Su relación con otros cauces judiciales de Tutela”. El expositor efectuó un pormenorizado desarrollo acerca de la evolución que ha tenido desde su creación la acción de amparo y su situación actual a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el último tramo de la exposición abordó las nuevas técnicas de tutela procesal urgente surgidas en años recientes y explicó sus diferencias respecto del amparo. Culminada la disertación, los integrantes del Instituto intercambiaron opiniones acerca de los problemas que presenta en la actualidad el amparo y las ventajas e inconvenientes que exhiben las llamados acciones autosatisfactivas.

En la reunión del 23 de septiembre el académico doctor Roberto E. Luqui abordó el tema “Acción declarativa. Reclamo administrativo y agotamiento de la vía administrativa”. El expositor desarrolló ampliamente la evolución y el ámbito de actuación del reclamo administrativo previo y de las acciones meramente declarativas en el orden nacional. Al finalizar su exposición se llevo a cabo un intercambio de opiniones sobre los problemas que presenta el reclamo previo, en particular a partir de la reforma efectuada por la ley 25.344 al decreto-ley 19.549.

El invitado a disertar el día 19 de octubre, fue el doctor Julio César Durand, quien expuso acerca de las “Cuestiones jurídicas que suscita la participación de la ANSES en el capital de diversas sociedades comerciales”. El disertante explicó que la ANSES había devenido accionista de esas sociedades como sucesora de los fondos administrados por las AFJP, y que esa participación minoritaria no alteraba el régimen jurídico de la sociedad, ni le daba derecho a la ANSES a procurar que la sociedad persiguiera finalidades o cometidos de interés público. Culminada la exposición se llevó a cabo un intercambio de opiniones entre los integrantes del Instituto acerca de la creciente intervención estatal en diversos sectores de la economía.

Finalmente, en la última sesión del año, realizada el día 18 de noviembre, el doctor Carlos Balbín, Profesor Titular de la Universidad de Buenos Aires, expuso sobre “La Delegación Legislativa en el nuevo escenario político institucional”. El disertante, después de explicar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia, analizó los numerosos problemas hermenéuticos que suscita el art. 76 de la Constitución Nacional. Una especial consideración mereció en la exposición el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Colegio Público de Abogados de Capital Federal”, en 2008. Al culminar la disertación se produjo un profundo debate sobre los problemas que suscita la ratificación por el Congreso de la legislación delegada prevista en la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional.

También durante el año 2009 el Instituto de Derecho Administrativo publicó un libro titulado “Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira”, a través del cual se rindió homenaje a quien fue uno de los miembros más destacados del Instituto de Derecho Administrativo y que lo integrara desde su fundación en 1995.

En la obra colaboraron, además de integrantes del Instituto, profesores especialmente invitados que aceptaron participar en el mismo como testimonio de su adhesión al homenajeado y a la obra del Instituto.

El libro se compone de doce capítulos en los cuales se abordan los principales temas y cuestiones centrales del derecho administrativo, tales como la problemática que suscitan las fuentes del derecho administrativo, la organización administrativa, la responsabilidad estatal, el procedimiento y el proceso administrativo, el acto y el reglamento administrativo, la contratación pública, los servicios públicos, la policía y el fomento, el dominio público, la asociación público-privada y el derecho de acceso a la información.

Los trabajos que se incluyen en el libro son los siguientes: “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo” (Pedro José Jorge Coviello); “Ley y reglamento en el Derecho Argentino” (Juan Carlos Cassagne); “El precedente administrativo” (María Susana Villarruel); “Empleo Público y Derecho Social” (Carlos A. Botassi); “Los controles previos de las finanzas públicas en el orden nacional a la luz de la doctrina de los poderes inherentes” (Gustavo E. Silva Tamayo); “Novedades en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de responsabi-

lidad del Estado” (Sergio Miguel Nápoli y Mabel Vieito Ferreiro); “Lineamientos actuales de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Pablo Esteban Perrino); “La naturaleza jurídica de las actuaciones administrativas (interpretaciones y consecuencias)” (Laura M. Monti y Fernando E. Juan Lima); “Propuestas de modificación al régimen de impugnación de actos y reglamentos” (Armando N. Canosa); “La noción de acto administrativo en el estado constitucional” (Patricio Marcelo E. Sammartino); “La revocación de los permisos otorgados a título precario” (Julio Pablo Comadira); “Consideraciones generales acerca de los reglamentos administrativos y las decisiones administrativas del jefe de Gabinete de Ministros en materia presupuestaria” (Miriam Mabel Ivanega); “Ética y servicios públicos” (Jorge H. Sarmiento García); “Títulos habilitantes de servicios públicos” (Viviana Bonpland); “La frontera de la policía administrativa” (Ignacio M. de la Riva); “Los contratos administrativos, los tratados internacionales y la jurisdicción nacional” (María Jeanneret de Pérez Cortés); “El régimen jurídico exorbitante en las contrataciones administrativas nacionales” (Mariana Ortiz de Zárate y Horacio Pedro Díez); “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?” (Guido Santiago Tawil); “Sobre la titularidad de las infraestructuras públicas” (Oscar R. Aguilar Valdez); “Modalidades de asociación entre el sector público y el sector privado” (Jorge I. Muratorio); “Dominio y jurisdicción de los recursos naturales en el derecho argentino (con especial referencia a las pesquerías)” (Javier D. Guiridlian Larosa); “De la sentencia en el proceso administrativo” (Tomás Hutchinson); “El principio de legalidad y los alcances del control judicial” (Gustavo Spacarotel); “El control judicial en materia de audiencias públicas” (Fabián Omar Canda); “Acerca de los fundamentos constitucionales del derecho de acceso a la información en poder estatal” (Estela B. Sacristán).

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Bajo la dirección del académico doctor Santos Cifuentes, los miembros del Instituto prepararon trabajos relacionados con la sociedad conyugal. De tal modo, bajo las directivas y proposición de temas de una lista general que presentó el doctor Cifuentes, los participantes cumplieron debidamente la tarea encomendada, enviándose a imprenta el libro que se titula “Estudios sobre sociedad conyugal”, Serie IV, N° 14. De la obra, que trató una materia que no había sido abordada de manera específica hasta el presente por el Instituto desde su creación, participó también el señor académico doctor Félix A. Trigo Represas.

Su contenido comprende los siguientes trabajos que aquí se enuncian, precedidos del nombre del autor.

Doctor Omar Jesús Cancela, *“Bienes mixtos”*.

Doctor Santos Cifuentes, *“La Comunidad de bienes entre cónyuges en general en el Código Civil Argentino”*.

Doctor Manuel O. Cobas, *“Los boletos de compraventa anteriores al matrimonio y la posterior sociedad conyugal”*.

Doctor Rubén H. Compagnucci de Caso, *“Donaciones matrimoniales”*.

Doctor Juan Carlos Hariri, *“La disolución de la sociedad conyugal y la protección de la vivienda familiar”*.

Doctor José Luis Pérez Ríos, *“La necesidad del consentimiento conyugal del art. 1277 del Código Civil”*.

Doctor Andrés Rivas Molina, *“Efectos de la separación de hecho. Pérdida del derecho hereditario. Vigencia de un plenario. Necesidad de una reforma legislativa”*.

Doctor Eduardo A. Sambrizzi, *“El derecho a recompensa”*.

Doctor Félix A. Trigo Represas, *“Responsabilidad solidaria de los padres por hechos ilícitos de sus hijos menores”*.

Los nueve trabajos que componen el libro que editará “La Ley” revelan no sólo la solidez de su realización, sino el interés que despiertan sus temas, la seriedad en el modo de concebirlos y desarrollarlos, y la singular particularidad de que antes de ahora en esta Corporación no fueron materia tratada en el Instituto.

De ahí que, con satisfacción, la Dirección del Instituto los pondrá a disposición de la Academia, recomendando oportunamente su lectura y reconocimiento a sus realizadores.

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Bajo la dirección del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, el Instituto desarrolló una importante labor académica durante las reuniones llevadas a cabo en el año, contando todas ellas con un buen nivel de asistencia de sus miembros.

Como en años anteriores, el plan de labor anual se programó en la primera reunión, llevada a cabo el 21 de abril.

El temario propuesto no sufrió ninguna modificación, cumpliéndose en su totalidad en cada una de las fechas fijadas. Las reuniones se llevaron a cabo los terceros martes de cada mes, respetando el cronograma de años anteriores, por entender que el conocimiento anticipado de las fechas de reunión, los temas, y el nombre de los expositores permitía una mejor planificación de actividades por parte de los miembros y también aseguraba la asistencia de los mismos, que ha sido siempre significativa.

En la reunión del 15 de mayo el profesor doctor Antonio Castagno expuso con solvencia sobre el tema “Acefalía presidencial”.

El 16 de junio el profesor doctor Alfredo M. Vítolo efectuó un interesante aporte al abordar el tema “A veinticinco años de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

El 21 de julio el profesor doctor Alfonso Santiago (h) desarrolló en profundidad la temática referida a “Delegación legislativa”.

El 18 de agosto el profesor doctor Enrique Zuleta Puceiro expuso en forma clara y precisa sobre “Constitución y proceso político”.

El 15 de septiembre el profesor doctor Pablo Garat desarrolló un tema de su especial conocimiento, “Federalismo fiscal y sistema fiscal federal en la organización constitucional argentina”.

El 20 de octubre el profesor doctor Alberto García Lema efectuó una significativa contribución al exponer “Algo más sobre la reforma al Consejo de la Magistratura”.

El 17 de noviembre el profesor doctor Pablo Manili abordó una novedosa temática “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano”.

Todas las disertaciones como nota típica su excelente nivel, abarcando costados temáticos novedosos que concitaron el interés y la activa participación de los miembros del Instituto.

En el 2010 el Instituto publicará en una obra las exposiciones indicadas precedentemente. La primera reunión del año tendrá lugar el martes 20 de abril.

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales.

En la primera reunión, en el mes de marzo, el doctor Miguel Araya expuso sobre “Responsabilidad de administradores de sociedades comerciales”.

El doctor Araya trató en primer lugar el sistema de responsabilidad de los administradores en la ley argentina. Afirmó que el tema de la responsabilidad de los administradores es uno de los más complejos del derecho societario, porque deben armonizarse las necesidades del mercado, que concitan la asunción del riesgo empresario, con el valor seguridad.

En su análisis consideró el art. 59, distinguiendo entre los deberes de lealtad y diligencia, y explicando su contenido. Luego abordó el examen del art. 274, que desbrozó en tres partes: una primera, la reiteración de los principios del art. 59; la segunda, que contempla como supuesto de responsabilidad la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, y la tercera que, en lo que constituye el aspecto más novedoso, recepta el concepto de culpa grave. A partir de esta última referencia refirió opiniones de la doctrina sobre el alcance de esta última parte del precepto y recordó que Halperín había dicho que era una suerte de norma residual para alcanzar todo aquello que no cayera bajo el ámbito de los supuestos anteriores.

Acotó sobre un fallo reciente que admitía la diferenciación entre culpa grave y culpa leve para determinar el umbral de responsabilización.

Tras ello examinó la normativa introducida por el decreto 677/01, respecto del que destacó, por un lado, la mayor especificidad en la enumeración de deberes de los administradores, sobre todo en materia de deberes

de información, y por otro, la asimetría introducida entre casos de culpa grave y culpa leve. Citó a Carlos Paz Ares como intérprete autorizado para explicar la justificación de la inversión de la carga de la prueba en lo que respecta a los supuestos de violaciones al deber de lealtad, respecto de los supuestos de incumplimientos al deber de diligencia - gestión -, los que en su criterio deben ser juzgados con menos severidad; en ese sentido vinculó esa norma del decreto 677/01 a la Business Judgement Rule del derecho estadounidense, según la cual no se juzga, salvo culpa grave, al administrador torpe.

Luego de dicho análisis, expuso sobre cómo acoge el derecho falencial el régimen del derecho societario, pudiendo sintetizarse lo expuesto en ese punto con la referencia a que sólo varía la forma del ejercicio de la acción pero no los presupuestos sustanciales.

Por último, analizó el sistema propio del derecho falencial en materia de responsabilización de administradores: art. 173 de la ley concursal. Señaló que no existen dudas, a partir de la última reforma a dicho artículo, que el factor de atribución exclusivo es el dolo. También mencionó que otro recaudo que dificulta el ejercicio de dicha acción es la necesidad de la autorización previa de los acreedores quirografarios. Citó varios precedentes jurisprudenciales que morigeran las formalidades para determina la voluntad de dichos acreedores. También apuntó que un tema controversial es el momento de inicio del plazo de prescripción de las acciones societarias cuando la sociedad está en quiebra.

Concluyó con la opinión de que es necesaria una mayor coherencia en el sistema para su aplicación armónica y sistemática.

Tras la exposición intervino el doctor Rafael M. Manóvil, quien acotó que la referencia a Paz Ares y al decreto 677/01 lleva a la pregunta de cuál es realmente la función del Directorio, si debe administrar, como sostiene la ley argentina, o bien si los verdaderos managers son otros, a quienes el Directorio coordina y controla; respecto de la última parte del primer párrafo del art. 274, mencionó que en el primer Congreso de Derecho Societario en La Cumbre, Córdoba, se sostuvo que el régimen es unitario en el derecho argentino, y que a su criterio el ámbito de aplicabilidad de la culpa grave son los daños causados con ocasión del ejercicio de las funciones. También habló el doctor Pablo D. Heredia, quien agregó otros problemas del art. 173 al listado de los considerados por el doctor Araya, como la solución de hacer perder al administrador sancionado los dere-

chos en el concurso, pues sostiene que dicha sanción introduce un factor punitivo que excede el régimen de reparación patrimonial; o bien, en el caso de la responsabilidad de terceros, la obligación de reintegrar los bienes objeto de los actos cuestionados: a qué título, ya que si no hubo traspaso de propiedad, se aplicaría el art. 138 de la Ley de Concursos y Quiebras, y si lo hubo, parecería que no habría posibilidad de revertir tal transmisión de la propiedad. Por último, el doctor Alegría cerró la reunión señalando su opinión de resultar necesario armonizar el sistema, que causa la defeción de los buenos directores, con un sistema integral.

En la segunda reunión del año, en el mes de abril, la doctora Alicia Stratta habló sobre “Las deudas de dinero y de valor frente a la crisis monetaria”.

La doctora Stratta trazó un rápido recorrido del impacto global de la crisis financiera desatada a mediados del año 2008 en las deudas dinerarias. Del estudio realizado destacó que no había encontrado aún ningún caso que se refiriera a condonación u olvido de las deudas como solución a la crisis. También expresó que en el plano internacional se está recurriendo a cláusulas de estabilización con el oro como medida de referencia o valor. Y que existía una preocupación en autores extranjeros de que la emergencia no sea excusa para justificar violaciones a las reglas de la competencia.

Postuló luego que en la Argentina la recepción de la crisis financiera global es distinta, a su juicio fundamentalmente por la circunstancia de que en el país se presentan crisis de esta índole en forma periódica. Existe un cúmulo de antecedentes sobre el tratamiento que ante las distintas crisis vividas le ha dado el gobierno de turno y los tribunales.

Propuso una breve reseña sobre la evolución del sistema monetario en la historia de la Argentina.

En lo que respecta a las decisiones judiciales apuntó su parecer de que suelen darse en forma tardía y ofreciendo soluciones que devienen abstractas porque la dinámica propia del comercio ya halló otros carriles por donde obtener la salida alternativa al problema que los tribunales tardan en dirimir.

Precisó que en la actualidad se mantiene la prohibición indexatoria, aunque se haya derogado la convertibilidad en el año 2002. No obstante

aclaró que se ha recurrido a índices indexatorios para solucionar efectos devaluatorios en determinados casos.

Repasó después los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos años, casos “Bustos”, “Massa” y “Badaro”, principalmente. Respecto de este último se preguntó si podría entreeverse una voluntad en la Corte Suprema de Justicia de establecer la licitud de cláusulas de estabilización. Por último y en relación al tema tasas de interés, recordó el precedente “Automotores Saavedra c/ Fiat”, señalando que finalmente la Corte no ha convalidado el anatocismo en este caso, cuyo trámite se dilató por más de 30 años.

Tras la exposición de la doctora Stratta, el doctor Julio César Otaegui apuntó sobre el problema de las leyes irreales, acotando que a la ley 23.928 probablemente le quepa esa calificación, pero se preguntó cómo podría tolerar el sistema argentino un sistema indexatorio sin límites legales definidos.

También el doctor Heredia formuló algunas acotaciones respecto de las circunstancias y marco en que se dictaron los fallos “Bustos”, “Massa”, “Provincia de San Luis” y “Badaro”. Con relación a este último fallo opinó que lo allí resuelto lo veía muy ceñido y circunscripto al ámbito previsional.

En la tercera reunión del Instituto, en el mes de mayo, el doctor Rafael Manóvil habló sobre “La causa fin en la sociedad, el interés social y el llamado ‘squeeze out’”.

El doctor Manóvil empezó por dar una introducción sobre la condición contractual de la sociedad. Y planteó la conocida disyuntiva sobre la naturaleza contractual o institucional de la sociedad, aclarando su enrolamiento en la primera. Sin embargo anticipó un replanteo de la cuestión, fundamentalmente a partir del análisis de las tendencias que marcan ciertos precedentes europeos dictados en los últimos años.

Reseñó su opinión sobre la causa fin de la sociedad como un elemento central del concepto de sociedad, de carácter objetivo, distinto de la motivación particular de cada socio. Identificó la causa como la asunción del riesgo común, que se traduce en la vocación de obtener utilidades a repartir y de soportar las pérdidas. Ello revela la existencia de un interés común en que ese riesgo se traduzca en utilidades y no en pérdidas, lo que justi-

fica el derecho de los socios a algún grado de intervención en las decisiones de la sociedad. Ese interés común se traduce en la versión contractualista del “interés social”, íntimamente vinculada, también, con la noción de “*affectio societatis*” como elemento objetivo cuyos componentes centrales son el interés y la igualdad de derechos de los socios. El interés social no se confunde con el del socio mayoritario, aunque éste es quien está legitimado para decidir cómo entiende mejor servido el interés social. Añadió que esta última concepción supone una situación de independencia de intereses, que muchas veces no se suele verificar en la realidad, sobre todo cuando el mayoritario es por sí mismo empresario o tiene intereses empresariales relevantes fuera de la sociedad, como sucede en el caso de grupos. En ese sentido apuntó que el control empresarial suele perseguir algún grado de integración empresarial, de allí que, aún dentro de lo lícito, es común que las decisiones de la controlada aparezcan influidas por el interés del grupo. Pero esto no significa que siempre se presente un conflicto de intereses y que deban aplicarse las normas respectivas, porque a menudo existe confluencia de intereses.

El orador se refirió luego al decreto delegado 677/01, régimen que, según su parecer, procuró establecer no sólo reglas de transparencia sino también un cierto equilibrio entre los intereses en juego. Así es como estableció múltiples obligaciones de contralor a personas activas en el mercado en pos dichos fines, por ejemplo, mediante el incremento de reglas en materia informativa, profundización de los deberes de lealtad, introducción del arbitraje, protección de las minorías, reforzamiento de la idea del interés social y fijación de los límites para su protección legal, entre otros.

Puntualizó que en ese orden de ideas, el decreto delegado introdujo el instituto del “*squeeze out*”, que determinó que cuando un accionista o varios en forma concertada superan el 95 por ciento pueden excluir a los minoritarios restantes. Agregó que en ello ve que la concepción contractual tradicional de la sociedad cede para dar lugar a un tinte institucionalista ligado, y allí aparece el derecho de exclusión.

Se planteó luego la cuestión acerca de si dicha norma afectaba o no el derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional). Al respecto, citó un fallo de primera instancia en el caso *Botbol c/ Telefónica*, que consideró tal norma inconstitucional.

El expositor se refirió luego a la experiencia europea. Apuntó que el “*squeeze out*” existe en casi todos los países de Europa Occidental con

fundamento en que la protección a ultranza del interés social deja de tener sentido empresario y de ser razonable cuando el control es abrumador y los minoritarios son insignificantes. Ello sin perjuicio de que siempre debe ser pagado el valor real de las participaciones sociales de los excluidos. Y citó tres precedentes.

El primero una resolución de la Comisión Europea para los Derechos Humanos en el caso “Bramelid y Malström c/ Suecia”, que consideró que no se violaba el derecho humano a la propiedad. Luego el fallo “Sogénal” en Francia, del año 1997. Y por último se detuvo en la cita de determinados pasajes de un fallo del Tribunal Constitucional de Portugal del año 2002, que desarrolló un concepto que ya se encuentra en la resolución de la Comisión Europea, el de que en el caso de las participaciones sociales se trata de una propiedad mediatizada sobre los bienes sociales, sometida a las reglas propias de la ley y el estatuto, cuya alteración en numerosos supuestos está sometida a la regla mayoritaria. Los lineamientos fundamentales expuestos en el fallo hacen hincapié en que este instituto es un sucedáneo de la disolución societaria; que se aproxima a la escisión, fusión como una forma de conversión del valor patrimonial. De allí que la propiedad corporativa, mediatizada, no es equiparable a la concepción de una propiedad real, por lo que el “*squeeze out*” en ningún caso debe ser equiparado ni comparado a una expropiación.

Finalmente, juzgó esta solución como favorable en tanto tiende a la resolución de conflictos desde el punto de vista de la evolución necesaria del derecho corporativo.

Tras la exposición, realizar aportes al tema los doctores Jaime L. Anaya, quien dijo que nuestra Constitución Nacional le ha dado un sentido más amplio al derecho de propiedad que el derecho europeo en general, y expuso su preocupación de que los argumentos usados en el fallo portugués abran la puerta para la extensión de tales razonamientos a otros casos diversos; el doctor Araya, quien recordó que la sociedad anónima, en tanto organización jurídica de la empresa, es una única estructura donde subyacen muchas estructuras diversas, y en aquellas sociedades anónimas grandes, la concepción institucionalista aparece con mayor fuerza, mientras que en las de tamaños chicos o medianos, o aún grandes pero de capital cerrado, la concepción tradicional contractualista sigue manteniendo mayor vigencia.

Luego el doctor Heredia apuntó que en los casos en que queda la sociedad con un socio único, la propia ley prevé que hasta por tres meses

exista sociedad sin contrato. El doctor Carlos S. Odriozola también indicó que resultaba peligroso asimilar el caso de disolución y liquidación con el de “squeeze out”. El doctor Osvaldo J. Marzorati hizo notar que el derecho anglosajón tiene un abordaje más pragmático a la problemática, sin reparar en el análisis de la sociedad como contrato. Posición también compartida por el doctor Raúl Etcheverry. El doctor Horacio P. Fargosi, a su turno, expresó que los autores italianos más recientes intentan un acercamiento entre la doctrina del contrato y de la institución.

Para terminar, el doctor Alegria agradeció al orador y a los demás miembros del Instituto su participación en tan interesante encuentro.

En el mes de junio, el doctor Daniel Vergara del Carril disertó sobre “La problemática del gobierno corporativo a la vista de los hechos que desencadenaron la actual crisis financiera internacional”.

En una primera parte de su exposición, se refirió al origen de la terminología “gobierno corporativo”, que, según recordó, surgió de la traducción inglesa llevada a cabo por Andrew Cadbury del primer informe que se hizo en la materia. Agregó que en la actualidad los españoles lo denominan “governanza empresarial”.

También mencionó que existen, a grandes trazos dos modelos distintos de regulación del gobierno corporativo, a saber, el que regula mercados, del cual Inglaterra y Estados Unidos son sus principales ejemplos; y el que se ocupa de la regulación de las estructuras societarias como tales para prevenir abusos, imperante más bien en Europa, América Latina y Asia.

Desde otra perspectiva planteó otros dos tipos de esquemas que se pueden presentar, uno en el que se verifica una gran dispersión de los accionistas minoritarios y es el *management* quien tiene mayor gravitación; y el otro en el que existe una problemática entre los intereses de los accionistas minoritarios y los del grupo controlante.

Reseñó que en la década de los 80', fue común presenciar “take over” hostiles, mientras que en los 90' aparecieron los directores independientes del *management*, de recibir un salario fijo de la empresa, y los comités de auditoría, de remuneraciones del directorio, etcétera, ya que por la dispersión del capital era muy difícil hacer valer el poder del accionista para modificar un determinado “status quo” en la sociedad. En esta última etapa se tuvo en miras darle un mayor valor a la acción. Esto generó algu-

nos problemas porque se podría forzar un determinado mayor valor mediante mecanismos poco saludables para la sociedad, como ser a costa de un alto endeudamiento o de la emisión de “*stock options*” para el *management*. Terminó esta parte de la disertación señalando que últimamente se está girando hacia la fortificación de la empresa, ya que darle mayor valor a la acción le podría vedar el acceso de la empresa a fondos para autofinanciarse en lugar de repartir dividendos.

En lo que respecta a las tendencias internacionales, se refirió a los informes Olivenza y Aldama en España, donde las nuevas orientaciones propenden a establecer normas estrictas sobre funcionamiento de los auditores externos, proponiéndose incluso el cambio periódico de la firma auditora.

Respecto de Brasil, expresó que a través del llamado “*Novo Mercado*” ha tenido códigos de conducta de gobierno corporativo voluntarios, como en los países anglosajones. Pero razonó que la experiencia indicó que tales códigos voluntarios no evitaron la crisis, producto de la cual es la ley Sarbanes-Oxley.

Ingresó luego a un análisis de la regulación argentina en la materia - decreto 677/01 -. Expuso que la Comisión Nacional de Valores (CNV) dictó una resolución en el año 2007, en la que, con buenas intenciones, indicó que los códigos de gobierno voluntarios se deben cumplir, o bien explicarse por qué no se cumplen. Agregó en ese sentido que ya están apareciendo los códigos de buenas prácticas de gobierno corporativo en sociedades que cotizan en Bolsa. Para ejemplificar puntualizó que muchos de estos códigos se limitan a señalar que tales normas las siguen, respecto de tales otras se atienen a lo que indica la ley de sociedades, y respecto de las demás, corresponde a los accionistas definir una u otra decisión.

Destacó en ese sentido como rescatable que el Directorio deba explicar la política de dividendos, porque el accionista necesita contar con algún tipo de compromiso sobre el particular.

Otro tema al que asignó relevancia actual fue al del interés social, la política del controlante grupal, y la responsabilidad de compensación grupal en casos de conflictos de intereses.

Seguidamente se refirió al comité de auditoría, recordando inicialmente la diferencia que existe entre el sistema monista, en el que el comité

se instala en el seno del Directorio, del dualista (o en los monistas donde el accionista controlante tiene preponderancia evidente), en el que el comité se instala en la Comisión Fiscalizadora.

En opinión del doctor Vergara del Carril, el Comité de Auditoría debería contener un mínimo de tres miembros, y la mayoría del mismo estar integrada por directores independientes (esto es, sin estar en relación de dependencia de la sociedad, ni de su controlante, ni percibir otras retribuciones de la sociedad, ni relación de parentesco). Pero dado que al Comité lo designa el Directorio y a éste generalmente el accionista controlante, entiende que es difícil que en la práctica se verifique con rigor que el denominado Director independiente realmente lo sea.

Otro aspecto al que otorgó interés fue la conveniencia de incentivar una mayor participación de los accionistas en las asambleas, apuntando al problema que conlleva la publicidad edictal para la toma de conocimiento por parte de accionistas minoritarios de la celebración de asambleas. En tal sentido sostuvo que una alternativa práctica podría ser la de requerir el suministro de un correo electrónico al que se enviarían las convocatorias, con independencia de la convocatoria legal.

En relación con la crisis internacional empresaria actual, expresó su opinión de no ser justo atribuirle a fallas en el gobierno corporativo; más aún, en su criterio, la crisis en parte se vio morigerada por la presencia de prácticas de buen gobierno corporativo.

Tras la celebrada exposición del doctor Vergara del Carril, el doctor Alegria cedió el uso de la palabra a los presentes. El doctor Otaegui indicó que, en su parecer, la falta de control generó la crisis internacional, sumada a un menor valor de los inmuebles. El doctor Manóvil, a su turno, acotó que a su criterio los inversores institucionales no deben participar en la administración porque usualmente tienen conflictos de intereses. También dijo que respecto de la responsabilidad del administrador de hecho, nuestra ley societaria - art. 54 primer párrafo - aportó una solución original y convincente.

El doctor Araya apuntó que el movimiento de buen gobierno corporativo es un proceso de transformación de reglas imperativas y voluntarias. En su pensamiento, existen tres aspectos al menos revisables: a) La existencia de dos modelos, los países de autorregulación, como ser los anglosajones y España, y los países de regulación normativa (el resto de Euro-

pa), evidenciándose que la crisis mundial fue mejor soportada por esta última respecto de los del modelo autorregulado; b) Colocar como objetivo primario del Directorio la creación de mayor valor a las acciones tiene un alcance limitado; c) Las “*stocks options*”, mecanismos a los que las prácticas de buen gobierno corporativo han recurrido en el pasado, son objeto en la actualidad de una revisión.

Para finalizar, el doctor Alegria, tras agradecer al orador su muy interesante disertación, señaló que hay varios temas, además de los expuestos, que esta crisis debe llevar a repensar, entre los que destacó el del “*leverage buy out*” y el esfuerzo del autofinanciamiento y combate a la distribución de dividendos.

En la reunión del mes de julio, el doctor Osvaldo J. Marzorati expuso sobre “Ejecución de laudos comerciales, bajo las convenciones de Panamá, de Nueva York y de Washington”.

Pasó revista inicial a la tradición histórica argentina en cuanto al reconocimiento de la validez de sus tratados sobre arbitraje. En ese sentido, si bien afirmó que el país había nacido firmando y cumpliendo tratados de arbitraje por temas de límites, citó ya en 1917 un dictamen del entonces Procurador Fiscal de la Corte, doctor Matienzo que daba cuenta de que el tema no era pacífico. Apuntó que finalmente y por mucho tiempo en forma pacífica la Corte Suprema aceptó la validez de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, aunque también reconoció que ya en el gobierno del presidente Carlos Menem, y por la vía del Recurso Extraordinario, se abrió una rendija para la revisión en sede judicial de lo decidido en materia arbitral, cuando se hubiera conculcado alguna garantía constitucional. Sin embargo, añadió, fue el caso “Cartellone” el que sirvió de base a la elaboración ulterior de una doctrina judicial según la cual todo lo que resulte inconstitucional o ilegal, o aún irrazonable, puede ser objeto de revisión en sede judicial. En esa línea citó los casos “Yacyretá” y “Milantic c/ Ministerio de la Producción y Astillero Río Santiago”, como muestras de los excesos a que condujo la utilización en forma desmedida de los argumentos empleados por la Corte en el caso “Cartellone”.

Luego hizo un repaso de las formas bajo las cuales se regula el cuestionamiento a laudos arbitrales en la legislación latinoamericana, distinguiendo entre los sistemas que se quedaron con la regulación que efectúan los códigos de procedimientos, y los que recurrieron a legislar en forma autó-

noma en base a la ley modelo de UNCITRAL. Se refirió así a las regulaciones en Uruguay, Perú, Chile, Paraguay, Panamá, Colombia, entre otros.

Finalmente realizó una pormenorizada explicación de los puntos centrales de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá, y sobre la Convención de Montevideo, sus dificultades de compatibilización atento la falta de una adecuada correlación entre unas y otras, y su interpretación sobre lo que podría ser la adecuada interrelación entre las convenciones mencionadas.

En ese sentido mencionó que el art. 5 de la Convención de Nueva York, que es la norma invocada para fundar la acción de nulidad de un laudo arbitral, no se corresponde con el alcance que la legislación local otorga al recurso de nulidad contra el laudo, pero a su vez, dicha convención no exige para la admisibilidad de la acción de nulidad la acreditación de que dicha decisión haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

Recordó en ese sentido como cuestión a ponderar que la Convención de Nueva York tiene aplicación sobre laudos en cualquier tipo de materia, mientras que la Convención de Panamá tiene aplicación sólo para la materia comercial, y más restringida aún, el Tratado del Mercado Común del sur (MERCOSUR) sobre la materia se limita exclusivamente a los contratos comerciales.

Resumió su disertación puntualizando que tenemos un sistema de ejecución de laudos complejo, debido a los problemas de compatibilidad existente entre las convenciones internacionales vigentes.

Tras su aplaudida exposición, el doctor Alegria cerró la sesión apuntando que acaso no estaría de más insistir en la sanción de una ley de arbitraje, preguntándose si tal ley podría tener un alcance nacional, o sólo local, a lo que el disertante respondió que bajo esa perspectiva la mejor salida sería dictar una ley modelo a la que luego puedan adherir las provincias.

En el mes de agosto, el doctor Ignacio Escuti comentó el fallo “Marín, Elida Beatriz y otros c/CCI Concesiones y Construcciones de Infraestructura S.A. s/ordinario”, de la Sala A de la Cámara Nacional Comercial.

El fallo comentado, de junio de 2008, versó sobre el tema del derecho de receso frente al régimen de las obligaciones negociables convertibles en acciones.

Más allá de las alternativas y solución puntuales del fallo, el doctor Escuti planteó un análisis de distintas situaciones dignas de atención, por ejemplo, si por pactos parasocietarios podrían establecerse causales no legales de receso; o si el aumento de capital como causal de receso conforma una norma imperativa, o está en juego el orden público. Sobre esto último, su opinión fue que se trataría de normas imperativas, que la autonomía de voluntad podría dejar sin efecto.

Apuntó que el vocal preopinante, doctor Kolliker Frers estableció que la cuestión de fondo a resolver era si el art. 11 de la ley de Obligaciones Negociables 23.576 establece o no una hipótesis de derecho de receso independiente de la genéricamente consagrada por el art. 245 de la ley de sociedades, en el sentido de no ser exigible que el aumento de capital que se decida para financiar la emisión de obligaciones negociables convertibles en acciones sea superior al quíntuplo del capital social.

Luego citó jurisprudencia que denegó el derecho de receso en casos de aumento de capital. A ese respecto precisó que debe diferenciarse la situación del aumento de capital en sociedades abiertas del de las sociedades cerradas.

Finalmente, el doctor Escuti coincidió con la solución dada por el fallo, que, partiendo de una visión integradora de los artículos 11 y 17 de la ley de obligaciones negociables, entendió que la remisión al art. 245 de la ley societaria implicó una remisión a todo el régimen del derecho de receso en la anónima, esto es, en el caso, que debería tratarse de un aumento de capital que supere el quíntuplo.

Al finalizar su exposición, hubo un interesante intercambio de ideas entre los asistentes.

El doctor Alegria destacó la peculiaridad del caso bajo análisis, donde se resalta el texto del art. 11 de la ley de obligaciones negociables, que no limite el derecho de receso según el monto del aumento del capital en caso de obligaciones convertibles, en contraste con las disposiciones de la ley societaria que lo admite y el contraste es resuelto en forma de interpretación razonada y coherente.

El doctor Edgar Jelonche aportó un dato complementario para el análisis de la correlación de dichas normas. Sostuvo que en la época de la redacción de nuestra Ley, se debatía particularmente en la doctrina italia-

na si la asamblea que resolvía la emisión de obligaciones convertibles podía obligar de antemano a una posterior asamblea para aumentar el capital a ese fin, y que la doctrina francesa tampoco era conclusiva. Por tanto, se quiso proteger a los obligacionistas frente a posteriores arrepentimientos de los accionistas y la solución que se valoró en ese momento fue que hubiera una sola asamblea y que la decisión de emitir obligaciones negociables convertibles implicase aumentar el capital, y para su trámite, remitiese a la ley de sociedades comerciales.

El doctor Otaegui, a su turno, opinó que la ley societaria no es de orden público, pero sí es de interés público la anónima, más allá de que en su parecer, sólo debió serlo la anónima abierta. No siendo entonces el derecho societario de orden público, aunque haya normas de orden público, de allí viene la aplicación analógica integradora del Código Civil con la ley comercial, y en lo que aquí interesa, acaso el art. 1071 C.Civil.

El doctor Manóvil indicó que en su criterio, las normas sobre el receso no son de orden público, aunque sí imperativas, no renunciables de antemano, pero sí una vez que se generó el derecho que se renuncia. Según su modo de ver, la solución del caso era sencilla porque la remisión de la ley de obligaciones negociables a la ley societaria es clara y completa. Respecto de la oponibilidad a los herederos de los pactos parasocietarios del causante, también le parece indiscutible, más allá de que de *lege ferenda* pueda proponerse una limitación.

En la reunión del mes de septiembre el expositor fue el doctor Edgar Jelonche, quien habló sobre el tema “Las operaciones de Bolsa en el derecho argentino”.

El doctor Jelonche centró su exposición en el encuadramiento normativo de las operaciones de Bolsa en valores mobiliarios y en aspectos específicos de los países, las opciones y los futuros. Mencionó que las Bolsas vienen experimentando enormes cambios en su organización y modalidades de negocios, con la desmutualización, el desdoblamiento de la autorregulación en lo operativo y disciplinario, la cotización multinacional, el ruteo transnacional de órdenes, el agrupamiento nacional e internacional, la armonización del tráfico, etcétera, cuyo resultado es una expansión de la actividad bursátil como no se había visto nunca antes, en todos los continentes. Advirtió, sin embargo, que el mercado argentino, con volúmenes cada vez más reducidos, pierde progresivamente significación local e importancia regional, aunque exhibe imaginación en las

modalidades operativas, que ejemplificó, aun con las limitaciones e imperfecciones de un mercado chico, de poca liquidez y alta volatilidad. Atribuyó esa creatividad a la vigencia de la autorregulación, otorgada por el Código de Comercio, suprimida por los decretos de 1946 y 1949 y restablecida por la Ley 17.811. Su fundamento constitucional, agregó, fue dado por la Corte Suprema de Justicia en el Caso “INTA”.

Explicó el disertante que en nuestro ordenamiento las operaciones bursátiles en valores mobiliarios son todas autorreguladas, particularidad que se advierte también en el derecho comparado. Seguidamente, se refirió al significado de la negociación con cupón corriente, que asigna los acrecimientos al comprador, hasta que se dispone la negociación *ex-derecho*.

A continuación, con relación al pase, explicó su origen en los mercados europeos y sostuvo que, a diferencia del derecho italiano, cuyo Código Civil lo define como un contrato especial, en el mercado bursátil argentino se lo reglamenta como dos compraventas en un mismo instrumento, al igual que en otros ordenamientos, como el francés, cuya evolución doctrinaria y jurisprudencial reseñó, e incluso en modelos de contratación internacional. Describió seguidamente las figuras del pase que contiene el Reglamento del Mercado de Valores de Buenos Aires.

Seguidamente, destacó que las tradicionales operaciones a prima, cuyas variantes principales describió, han sido desplazadas por las modernas opciones de compra y de venta, más simples y funcionales para las estrategias de inversión. Refirió la evolución de las opciones, desde sus modalidades en los mercados a término no regulados hasta su adecuación reciente, y destacó que la estandarización de los contratos, así como su compensación y liquidación centralizada, han impulsado su gran difusión en los mercados regulados. Luego explicó la reglamentación vigente en la plaza bursátil local.

Finalmente, se refirió a los futuros. Destacó que su modalidad de márgenes de garantía establecidos en cuentas de corrección diaria, con débitos y créditos, permite llegar a la fecha de vencimiento sin riesgo de incumplimiento, pues la diferencia entre el precio vigente a ese momento y el pactado en el contrato ha sido ya depositada como margen. Ello es posible, agregó, por la administración del riesgo en la compensadora y liquidadora central, aspecto esencial de la funcionalidad y seguridad de los contratos de futuro. Hizo una relación de las operaciones diferenciales, prohibidas en su tiempo en las plazas europeas, prohibición que ya

había sido levantada cuando se impuso en la reforma de 1889 a nuestro Código de Comercio. Con respecto al art. 25 de la Ley 17.811, sostuvo, luego de citar doctrina y soluciones legislativas anteriores, que dicha norma debe ser interpretada conforme al criterio de la Corte Suprema, es decir, para situaciones nuevas, conforme a lo cual la prohibición se refiere a la excepción de juego, que no puede oponerse ante las operaciones de Bolsa, cuya exigibilidad garantiza la ley, incluidos los futuros donde las diferencias de precios se depositan previamente.

Concluida su exposición, el doctor Alegria invitó a los presentes a formular sus comentarios. El doctor Araya consultó al expositor si era necesario, imponer la desmutualización en el Mercado de Valores de Buenos Aires, como una de las formas para reactivar la negociación en ese mercado, hoy tan en baja, a lo que el doctor Jelonche respondió que ese instituto se ha dado en un contexto de amplias transformaciones estructurales de los mercados de valores y de futuros en las últimas dos décadas. Sin embargo, no se puede atribuir el notable crecimiento que las plazas han experimentado en ese tiempo a una sola causa. En nuestro país, dada la particular dualidad de Bolsas y mercados de valores, la desmutualización puede resultar más difícil, pues debería abarcar ambas clases de entidades, con revisión de sus funciones y competencia.

En el mes de octubre disertó el doctor Jorge Labanca sobre “El llamado ‘Caso Bonesi’, a propósito de cuestiones controvertidas del derecho de fideicomisos”.

Antes de ingresar en el comentario de una resolución dictada por la Sala E de la Cámara Comercial en la causa mencionada, el orador recordó la importante evolución doctrinaria y jurisprudencial del instituto del fideicomiso en Argentina.

Puso de relieve la importante aplicación del fideicomiso financiero, que ha pasado a ocupar un lugar central en el financiamiento no tradicional de actividades en las que los consumidores son financiados por el mercado, que adquiere los títulos emitidos por el fiduciario.

Luego reseñó los hechos del caso comentado, empezando por indicar que se trató de una medida cautelar consistente en el depósito por la concursada en las cuentas del fiduciario de lo que aquélla había cobrado como agente de cobranzas y retenido para sí. Acotó que la medida fue dictada el día después de la fecha de apertura del concurso.

Destacó como uno de los aspectos centrales a considerar la circunstancia de que existe un momento en el que el dinero percibido por la concursada se confunde con el patrimonio de la concursada fiduciante, quien luego debe transferirlo al fiduciario.

Otro aspecto relevante es la referencia del fallo a la identificación entre la cautelar otorgada y el del incidente de restitución que con base en el art. 138 LCQ inició el fiduciario. Encontró fundada la apreciación de Paolantonio, quien indica que en el caso hay un mandato, y que habiéndose incorporado el dinero, en tanto bien fungible, al patrimonio de la concursada, no cabría sino la verificación del crédito.

También señaló como tema importante la dilucidación del concepto de flujo de fondos que pueden ser objeto de actos jurídicos, identificando una posición más conservadora, que señala que sólo lo constituyen elementos perfectamente determinados, o bien otra más amplia, a la que adhiere, que admite un objeto determinable.

El doctor Labanca añadió, desde otra perspectiva, que la delegación de facultades del fiduciario en el fiduciante, tiene un alto contenido de practicidad, puesto que quién mejor que la propia empresa fiduciante para cobrar los créditos cedidos.

En lo que respecta a la responsabilidad del fiduciario, recordó el criterio amplio de responsabilización del fiduciario que tiene la CNV, a título de responsabilidad objetiva.

Al término de su interesante exposición, diversos miembros del Instituto hicieron uso de la palabra.

El doctor Alegria comentó el caso de los peajes futuros en las autopistas, como ejemplo de fideicomiso en el que se ceden los flujos de fondos futuros. Agregó que, en su opinión, en el caso en comentario se anticipó el flujo de fondos, porque se trataba de créditos existentes, de modo que no sería invocable como excusa para resistir la cautelar que con la misma se le ha impedido el desarrollo futuro a la concursada. De otro lado, y en relación con los terceros, concordó con la opinión de Paolantonio, quien los considera terceros de buena fe a los tomadores de los títulos, beneficiarios de los mismos, porque se guían por el prospecto. No así el banco fiduciario, sobre quien recae una obligación de conocimiento de la situación del fiduciante a quien le propuso la operación. Y quien podría ser

responsable por culpa o dolo, si bien no por la eventual insuficiencia en sí misma de los bienes fideicomitidos para atender los créditos de los tomadores.

El doctor Vergara del Carril opinó que aunque el fallo no lo menciona expresamente, quien adelantó los fondos futuros fue el mercado, y debe tomarse en cuenta en estos casos la protección de los tomadores - suscriptores - de los títulos emitidos por el fiduciario.

En el mes de noviembre disertó la doctora Ana I. Piaggi sobre el tema "El derecho de la empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio".

A modo introductorio, la expositora reparó inicialmente que en la empresa se da un microcosmos jurídico que origina una complicada sistematización, planteando que su concepto es uno de los desafíos más importantes que ha tenido el derecho.

Apuntó que el instituto tiene profundas raíces políticas, ideológicas, sociales y económicas que deben ser evaluadas de acuerdo a la realidad vigente en un determinado momento histórico.

Se produce aquí el fenómeno que actúa como noción fundamental para calificar la materia mercantil, lo que en el plano de los conceptos jurídicos suscita dificultades a la dogmática. Existen además los temas de precisión y evolución de los conceptos de empresario, empresa, actividad empresarial y de congruencia de las posiciones jurídicas y de los poderes atribuidos a las personas interesadas en ésta; con los cambios que en el sistema económico y en lo que se llama constitución económica se van produciendo.

La doctora Piaggi planteó una caracterización de la noción de empresa en el derecho mercantil. En ese sentido apuntó que los problemas políticos, jurídicos y sociales en materia de empresa corresponden a diversos estadios evolutivos. Unos proceden de la fase de la codificación; son los temas abiertos bajo la vigencia y la insuficiencia de textos legales que correspondían a una fase de transición. A ellos se superponen los que originan los cambios socio-económicos actuales. Conviene no confundir estas fases para acotar los presupuestos de hecho sobre los que se apoyan.

Añadió que la estructura elaborada sobre la empresa sirve para acotar el derecho mercantil pero es inadmisibles sostener que éste es el derecho

de la empresa; por lo demás, las ideas, tesis, doctrinas y teorías sobre la empresa son tan numerosas que resulta casi imposible sistematizarlas.

La esencia de esta parte del derecho no se aprecia como una visión sincrónica de derecho privado (*ratione materiae*) sino que adoptando una perspectiva diacrónica; en este caso, el conjunto de normas especiales del comercio que la clase mercantil en las diversas épocas ha establecido directamente o ha pretendido que el Estado estableciera.

Agregó que los juristas se han ocupado no tanto de la realidad del instituto, sino de someterlo y de disciplinarlo de acuerdo a conceptos abstractos y posiciones doctrinales tradicionales.

La unidad se resquebraja con el surgimiento de normas empíricamente resistentes a una elaboración sistemática. Sujetos, objetos, categorías, figuras, se mueven incómodas o se revelan insuficientes para el concepto de empresa en la dogmática jurídica.

Pero de nada vale desatender el derecho vivo de la realidad social frente a las declaraciones de la ley o las construcciones de los intérpretes, sobre todo cuando la variedad e imprecisión terminológica es amplia.

En el camino de los negocios existen conceptos vitales, y en el empirismo de los comerciantes desde hace ya mucho tiempo que la noción de empresa no mueve a confusión.

Sabremos entonces que la problemática actual de la empresa refiere a su composición “interna” respecto a los bienes que organiza, y a su perspectiva “externa” en su relación con los “*stakeholders*”. También a su organización que integra la caracterización de la empresa y que a esta altura de su evolución es la mas compleja que jamás existió.

Pero observa que todas las construcciones jurídicas sobre ésta tienen en definitiva solo a explicar su aptitud para ser objeto del tráfico. Sin embargo, varios son los datos relevantes para advertir que la empresa ha adquirido en el sentir común un valor positivo, cada vez más central en la organización de la vida socio-económica.

Citó luego a Schmidt para indicar que “*empresa en sentido estricto, es el ámbito de actuación conformado por la actividad económica, los bienes y los derechos regularmente incorporados y adquiridos, incluyendo*

las deudas que le corresponden”, añadiendo que *“la empresa será la unidad económica organizada mediante la cual el empresario actúa en el mercado”*. Toda referencia jurídica a la empresa requiere necesariamente: 1) un empresario; 2) una actividad productiva; 3) un resultado de bienes o servicios; 4) un destino en el mercado.

Planteado de este modo uno de los elementos fundamentales de la empresa es la actividad de organización, ejercida profesionalmente, de relaciones de muy variada condición y riesgo; con sus múltiples componentes, materiales e inmateriales que corresponden a diferentes finalidades: individuales, estamentales y comunitarias. El riesgo, la actividad, la profesionalidad, el empresario, la organización y el mercado, modelan la noción de empresa en su compleja variedad, e íntimamente ligados por la comunidad de destino económico, cuyo intenso desarrollo y su influencia en el mundo jurídico han alentado la unificación del derecho civil y comercial.

Sobre el concepto de riesgo como característica inherente a la actividad mercantil profesional, la concepción que pretendemos delinear se cierra en sí misma y justifica que el capital de la empresa soporte el riesgo patrimonial de la misma. La expectativa de ganancias ilimitadas que mueve al cumplimiento de las actividades productivas tiene como contrapartida la asunción de los riesgos que derivan de su fracaso. El riesgo del empresario parece presuponer la propiedad, pero para hacer posible la actividad empresarial no hay una necesidad jurídica de que así suceda. Los bienes pueden estar afectados a la empresa por cualquier título jurídico que permita la disponibilidad precisa. Un empresario puede trabajar con un capital totalmente ajeno, por ejemplo.

Obviamente la empresa ha pasado a ser el eje del derecho mercantil y por ello puede admitirse que el punto nodal ya no es el sujeto empresario sino la acción de este sujeto, es decir, la actividad. El sistema centrado en el sujeto se sustituye por otro basado en la actividad, de lo que se sigue que el primero de ellos es el propio de las relaciones de cambio y el segundo es el característico de la actividad económica. Esta revisión continúa con el concepto de *actividad* que Ascarelli integró a la teoría general de los negocios jurídicos, señalando que *“la actividad no significa acto, sino una serie de actos coordinables entre sí para una finalidad común”* y cuya valoración debe ser efectuada autónomamente, o sea, independientemente de la que corresponda a cada uno de los actos individuales, singularmente considerados.

Se trata de una secuencia de actos estructurados y funcionalmente organizados para la producción o el intercambio de bienes o servicios producidos para el mercado, atendiendo a la función de los caracteres y, sobre todo, la pluralidad de exigencias y de intereses incluidos en una actividad económica objetivamente considerada.

La *actividad* ha merecido especial atención en la doctrina en el campo del derecho privado y particularmente en el mercantil. El análisis y trascendencia de la actividad como figura jurídica supone un enfoque que implica mutar la tradicional relación entre sujeto y acción. El sistema asentado sobre el sujeto se sustituye por uno basado en la actividad, de lo que se sigue que el primero de tales sistemas es el propio de las relaciones de cambio y el otro característico de las relaciones económicas. La *actividad* puede adquirir relevancia sea como objeto de normativa especial o como comportamiento debido. En ese último caso puede recordarse la que corresponde al deudor de una prestación contractual, la que adquiere significación debido a la conducta a que está obligado.

El contenido de la *actividad* no puede ser determinado por una ulterior declaración de voluntad del sujeto agente de la misma. La actividad, entonces, debe responder a criterios axiológicos - jurídicos. Sea para reprimirla o para permitirla. De este modo la *actividad* requiere un tratamiento unitario, con prescindencia de los actos individuales que la puedan integrar, y así la circunstancia de que se integre con actos ilícitos, por lo tanto susceptibles de nulificación por sí mismos, no tiene significación respecto de la virtualidad que requiere por el principio de efectividad. Lo expresado merece una complementación. La *actividad* no requiere estar dirigida a un sujeto o sujetos determinados y esto marca una diferencia significativa con el acto jurídico, que naturalmente supone un destinatario, esto es, genera la necesidad de pautas esenciales de interpretación que, debe partir de la teoría objetiva, ya que se trata de precisar los alcances de un comportamiento y no de una declaración de voluntad.

El sistema así elaborado requiere que la *actividad* sea organizada, precisamente para distinguir la actividad económica del empresario de la del trabajador autónomo. Por ello tal actividad debe ser ejercida profesionalmente. La actividad justifica la creación de la empresa y su realización es la que atribuye el sujeto jurídicamente agente la consideración y el *status* de empresario mercantil.

Como conclusión, la doctora Piaggi encontró necesario diferenciar entre derecho vigente y derecho eficaz y la posibilidad de que se cree un derecho vigente pero al margen de las necesidades de la organización económica y de la comunidad. Ésta despliega otro derecho, frustrando la función ordenadora del primero.

Las normas deben ser puestas en relación con la vida social, no como deducciones lógicas de axiomas preestablecidos. Ello supone que para entenderlas y coordinarlas en un sistema no es suficiente la utilización de procedimientos lógicos, sino que es necesario tener en cuenta su función.

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

Bajo la coordinación del doctor Jorge Rodríguez Mancini, esta sección comenzó sus actividades en el mes de abril y las finalizó en diciembre. Se realizó una reunión mensual en la sede de la Academia, generalmente los primeros martes de cada mes por cuanto, en algunas oportunidades, y por razones de agenda, se alteró dicho día.

De acuerdo a lo resuelto a fines de 2008, se estableció como tema para las sucesivas reuniones el de las “Fuentes del Derecho del Trabajo”.

En cada una de ellas, uno de los integrantes del grupo, previamente designado, la inició con una exposición del tema previamente determinado, y luego se efectuó un cambio de ideas y de información sobre el mismo, que sirvió para enriquecer y aclarar los conceptos incluidos en la comunicación.

Se transcribe a continuación el índice de ese programa con indicación de los miembros de la Sección que tomaron a su cargo cada uno de los temas incluidos hasta la reunión del 15 de diciembre último.

INTRODUCCION

“El concepto de fuente de derecho”, por Jorge Rodríguez Mancini.

PRIMERA PARTE

Las fuentes constitucionales.

A.La Constitución Nacional.

1. *“Aspectos históricos de la laboralización de la Constitución Nacional”, por Osvaldo Maddaloni.*

2. *“Ideologías en los textos constitucionales”*, por Alfonso Santiago (h), invitado especialmente para exponer el tema.

3. *“Derecho constitucional informal y formal. Leyes que complementan la Constitución”*, por Jorge Rodríguez Mancini.

4. *“La jerarquía normativa de las fuentes según la Constitución Nacional”*, por Jorge Rodríguez Mancini.

5. *“Distribución de competencias en la Constitución Nacional”*, por Jorge Rodríguez Mancini

6. *“El preámbulo como fuente normativa. Alcance, interpretación de la Corte Suprema”*, por Alberto Rimoldi.

7. *“La invocación de Dios y la atribución a su carácter de fuente ‘de toda razón y justicia’. Los límites de la ley en el art. 19. El derecho natural como fuente según la Corte Suprema”*, por Jorge Rodríguez Mancini.

8. *“Valor jurídico de las cláusulas programáticas y operativas”*, por Mario Zuretti.

9. *“Los principios rectores de la política social y económica. Su eficacia jurídica como fuente”*, por Jorge Rodríguez Mancini

10. *“La aplicación de las cláusulas constitucionales y del derecho internacional en forma directa, según criterio de la Corte”*, por Jorge Rodríguez Mancini

11. *“Las constituciones provinciales y el estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, por Hugo R. Carcavallo.

12. *“El reconocimiento constitucional de fuentes no estatales”*, por Roberto Izquierdo y Lorenzo Gnecco.

13. *“La Constitución Nacional y la emergencia económica. La alteración de las convenciones colectiva por la ley”*, por Ricardo Foglia.

14. *“Los criterios de aplicación de derechos en la Constitución Nacional”*, por Juan Ángel Confalonieri.

B. El Derecho Internacional como fuente del Derecho del Trabajo

1. *“El derecho internacional del trabajo integrante del ‘bloque constitucional’. Los tratados de derechos humanos con contenido laboral”*, por Susana Corradetti y Luis Ramírez Bosco.

2. *“Los convenios de la OIT y su rango supralegal”*, por Susana Corradetti.

3. *“Las normas comunitarias del MERCOSUR”*, por Gerardo Corres, invitado especialmente a disertar.

4. *“Eficacia interna del derecho internacional el trabajo: condiciones y limitaciones”*, por Susana Corradetti.

5. *“Los problemas de la competencia comercial internacional”*, invitado especial G. von Potobsky).

6. *“La jurisprudencia de los órganos internacionales jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Los órganos de control de la OIT y su doctrina”*, por Susana Corradetti y Luis Ramírez Bosco.

SEGUNDA PARTE

Fuentes de rango infraconstitucional.

A.Leyes

B.Decretos

C.Convenciones colectivas

D.Autonomías individuales

E.Usos y costumbres

F.Fuentes subsidiarias

G.Jurisprudencia y doctrina.

Sin perjuicio de la continuidad del programa indicado, en cada reunión se comentaron las novedades de orden legislativo o jurispruden-

cial que se fueron produciendo durante el año 2009, especialmente las correspondientes a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia laboral, entre los que se destacan las sentencias en los casos “Asociación de Trabajadores del Estado” y “Rossi”, en los que el Alto Tribunal se pronunció sobre distintos aspectos de la ley sindical descalificando por inconstitucionales algunas de sus disposiciones. La trascendencia de esas sentencias mereció la atención especial de los integrantes de la Sección, algunos de los cuales publicaron en revistas y diarios sus opiniones que fueron debatidas en las reuniones.

Es propósito de la Sección continuar durante el año 2010 con el desarrollo de la temática de las Fuentes del Derecho del Trabajo.

Además, el 29 de octubre se efectuó en la sede de la Academia la presentación del libro preparado por integrantes de la Sección bajo el título “Descentralización productiva”, originalmente pensado por el recordado académico doctor Antonio Vázquez Vialard, en cuyo homenaje se editó la obra.

Participaron del acto de homenaje señores académicos e integrantes de la Sección que, junto con la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, invitaron a numerosos asistentes.

El académico doctor Héctor Alegria, director del Instituto de Derecho Empresarial, tuvo a su cargo un recuerdo emotivo del doctor Antonio Vázquez Vialard, mientras que en representación de los miembros de la Sección, el doctor Jorge Rodríguez Mancini, expuso un resumen de los temas tratados en el libro que fue editado por la Academia y La Ley.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos el Instituto, con la colaboración de los secretarios, doctora Silvina González Napolitano y doctor Orlando Pulvirenti, manteniendo la coherencia de la actividad iniciada en el año 2005, se efectuaron diversas reuniones en las que los relatores asignados por el Instituto fueron exponiendo el avance de los temas en tratamiento, siendo sometidos a cuestionamientos y aporte de observaciones por parte de todos los miembros del Instituto.

En ese sentido se realizaron las últimas correcciones al proyecto que fuera encomendado a la doctora Gladys Sabia y al doctor Orlando Pulvirenti, referido al estudio de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el establecimiento respecto de cómo las sentencias del más alto Tribunal interpretan el derecho internacional público.

Este estudio sostiene un punto de vista distinto a aquél que se ha realizado sobre similar temática en la Argentina, al priorizar una óptica internacionalista. El último proyecto habrá de ser circulado durante los primeros meses de 2010, a fines de obtener las últimas observaciones y encomendar su publicación.

De igual forma, debe destacarse que se encuentra en importante estado de concreción la investigación que sobre “Nacionalidad de los buques y relación auténtica”, dirige en carácter de relatora la doctora Frida Armas Pfirter. En esta cuestión, el estudio cuenta con la colaboración de miembros del instituto con experticia única en la Argentina, incluyendo al Director del Instituto, doctor Hugo Caminos, quien reviste el carácter de Juez del Tribunal Internacional del Mar.

De la misma manera, también se encuentra en etapa final la labor conducida por el doctor Osvaldo Mársico respecto de “Las consecuencias

de la ampliación del concepto de amenaza a la paz y seguridad internacionales en la práctica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el período post – guerra fría”.

Respecto de las expectativas para el año 2010, el Instituto procurará finalizar los trabajos en curso e iniciar el estudio de nuevas problemáticas que atañen al derecho internacional público.

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, el Instituto se reunió el tres de noviembre, a fin de comenzar a preparar las tareas para el año que viene.

En esa ocasión, además del plan de tareas del año 2010, se estableció tener una comunicación permanente por correo electrónico, especialmente apta para los miembros del Instituto que se domicilian en otras localidades distintas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En cuanto al plan de tareas para el año próximo, consiste en configurar un Sistema de Procesos Colectivos que tenga un desarrollo sistémico, el cual ya ha sido comunicado a la Presidencia por nota de julio pasado.

En ese sentido, se realizará un plan maestro de la tarea, cuestión que ha sido encomendada a la Dirección del Instituto en la mencionada reunión.

Por otra parte, la Dirección del Instituto, en su carácter de vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP), llevó a cabo la organización preliminar del Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Previo a ese Congreso, el doctor Falcón concurrió a las Jornadas de Junín, como miembro invitado, jornadas realizadas en homenaje al ex académico doctor Augusto M. Morello, quien hace 25 años las inspiró y le dio nacimiento.

En esas jornadas, desarrolladas los días 22 y 23 de octubre, el doctor Falcón participó en el panel inicial con una exposición sobre la actualidad en el sistema de embargos.

Las Jornadas cumplieron 25 años, a la vez que se conmemoraban los 50 años del Colegio de Abogados de Junín.

En la reunión de cierre se realizó un homenaje al doctor Morello, a quien se recordó. Además, se estableció que, en lo sucesivo, todas las Jornadas lleven el nombre del maestro fallecido.

El Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo en esta ciudad en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tuvo lugar los días 11, 12 y 13 de noviembre. Se desarrolló con notable éxito, concurriendo profesores invitados de España, Canadá, Perú, Brasil, Chile y Uruguay y más de 700 inscriptos.

Ese Congreso también fue llevado a cabo en homenaje al doctor Morello, entregándose el título de Profesor Extraordinario Emérito a sus hijos allí presentes, toda vez que la distinción llegó un día después de su fallecimiento.

La entrega fue realizada por el señor Decano de la Facultad, doctor Atilio A. Alterini.

A continuación hicieron sentidos recordatorios los discípulos más cercanos del doctor Morello en la Universidad Nacional de La Plata, los doctores Roberto O. Berizonce y Juan Carlos Hitters, miembros de este Instituto.

En este Congreso, como surge de los Estatutos de la AADP, se renovaron las autoridades del Comité Ejecutivo eligiéndose las nuevas por el plazo de dos años.

A lo largo del año, integrantes del Instituto recibieron designaciones honoríficas y especiales, que hacen mérito a la calidad de los mismos y prestigian al grupo.

Al respecto fue designado profesor adjunto consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el doctor Mario Kaminker, categoría que como profesor titular había recibido el año anterior el doctor Roland Arazi.

Asimismo el día 25 de noviembre se realizó el acto en honor de los doctores Juan Carlos Hitters y Roberto O. Berizonce, con motivo de ser designados profesores extraordinarios Eméritos de la Universidad Nacional de La Plata.

Finalmente, la Dirección del Instituto recibió el Diploma y la Medalla de Oro como Premio Facultad a la mejor tesis doctoral del año 2002, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

IV

XVIII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

PROGRAMA

TEMA: ¿SE HA CONVERTIDO LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN UNA CUARTA INSTANCIA? (*)

DÍA 22 DE OCTUBRE

15.15: Acto de apertura. Palabras del señor académico Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Eduardo Aguirre Obarrio.

15.30: Doctora Zlata Drnas de Clément: *Corte Interamericana de Derechos Humanos ;Cuarta Instancia?*

16.00: Doctor Gregorio Badeni: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia judicial superior a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

16.30: Doctor Ricardo Haro: *¿Cuál es la relación jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación?*

17.00: Café.

17.30: Debate.

19.00: Cóctel en la sede de Avenida Alvear 1711, primer piso.

(*) Los trabajos que se mencionan serán publicados en la Serie II, Obras, Número 33.

PROGRAMA

TEMA: PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR (*)

DÍA 23 DE OCTUBRE

10.30: Doctor Julio Isidro Altamira Gigena: *Algunas reflexiones acerca de la Ley de Defensa del Consumidor.*

11.00: Doctor Julio César Otaegui: *El estatuto del consumidor.*

11.30: Café.

12.00: Doctor Juan Manuel Aparicio: *La evolución de la tutela jurídica del consumidor en el derecho argentino.*

12.30: Doctor Mariano Gagliardo: *Condiciones generales de los contratos y cláusulas abusivas..*

13.00: Doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci: *El consumidor. Concepto. Modificaciones introducidas por la Ley 26.361.*

17.00: Doctor François Chabas: *La noción del consumidor. El derecho francés frente al derecho comunitario.*

17.30: Debate.

19.00: Acto de clausura. Palabras del señor académico Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, doctor Juan Carlos Palmero.

20.30: Comida en el Salón Dorado del Jockey Club.

(*) Los trabajos que se mencionan serán publicados en la Serie II, Obras, Número 34.

V

HOMENAJES

Buenos Aires, 22 de abril de 2009

VISTO que el día 21 de abril ha fallecido el académico titular doctor Augusto Mario Morello,

CONSIDERANDO que el doctor Augusto Mario Morello ha sido académico titular desde el año 1986 y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. Publicar un aviso en el diario La Nación del jueves 23 de abril, por el que se participa el fallecimiento del doctor Augusto Mario Morello.

ARTÍCULO 2º. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3º. Asumir la representación de la Academia en la ceremonia del sepelio.

ARTÍCULO 4º. Rendir honores al doctor Augusto Mario Morello en la primera sesión privada a realizarse el día 23 de abril de 2009.

ARTÍCULO 5º. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Santos Cifuentes
Académico Secretario

Julio César Otaegui
Académico Presidente

RESOLUCIÓN N° 1/2009

HOMENAJE AL ACADÉMICO DOCTOR RICARDO LEVENE

POR JULIO CÉSAR OTAEGUI (*)

Rindo homenaje a Ricardo Levene jurista, en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires de la que fue miembro de número titular del sitial Mariano Moreno.

La vida y la obra de Ricardo Levene brindan múltiples motivos para la celebración de este homenaje por la Academia pero obvias razones de tiempo y circunstancias llevan a destacar dos.

Rindo homenaje a Ricardo Levene jurista, en nombre de la Academia porque como hombre de derecho con sus investigaciones sobre nuestro pasado jurídico tanto en el período anterior a la Revolución de Mayo como en la etapa posterior iniciada con la Revolución nos ha dejado entre otras dos lecciones que hoy cabe tener en cuenta.

Una que los países sudamericanos en el sentido cultural y no geográfico del adjetivo, durante tres siglos, el XVI, el XVII y el XVIII, configuraron una comunidad internacional de naciones libres e independientes que actuaron unidas con Castilla.

Si como enseñó Levene en aquellos siglos eso fue posible, parece que con mucha más razón lo sería en este siglo XXI -obviamente con otro encuadre legal.

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el acto de homenaje conjunto al doctor Ricardo Levene, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de la Historia y la Academia Nacional de Ciencias Económicas, en la sesión pública del 12 de mayo de 2009.

No sólo sería posible sino además conveniente para tener una mayor presencia en un mundo paradójicamente globalizado y a la vez dividido en bloques.

La otra gran lección de Levene es que en la Revolución de Mayo nació el derecho patrio en un proceso que requirió firmeza.

Ese derecho patrio esbozó un régimen de gobierno y de derechos civiles y políticos que sentó las bases de nuestra nacionalidad.

Un gobierno instalado por el libre ejercicio de la Soberanía dada su reversión al Pueblo ante la vacancia de la Corona o sea el derecho a la independencia.

La reversión de la *Soberanía al Pueblo ante la vacancia de la Corona y su libre ejercicio en la instalación de un nuevo gobierno* o sea el derecho a la independencia.

Un gobierno ejercido en nombre del pueblo por *las personas elegidas por el mismo* o sea el derecho a una forma de gobierno representativa.

Un gobierno cuyo poder no estuvieran unificado sino dividido o sea el derecho a una forma de gobierno republicana.

Un gobierno adecuado a la diversidad de las regiones del país o sea una forma de gobierno federal.

Un gobierno garante de los derechos naturales del hombre -hoy llamados derechos humanos- a la libertad, la propiedad, la justicia, la seguridad, la vida o sea una forma de gobierno al servicio del hombre.

La firmeza de Mayo condujo a la Declaración de la Independencia en 1816 y a la Constitución histórica en 1853/1860.

Si como enseñó Levene en 1810 fue posible sentar con firmeza las bases de una nacionalidad incipiente, doscientos años después es posible ejercer con firmeza los derechos de una nacionalidad consolidada.

Y ello no sólo es posible sino necesario en tiempos de confusión nacional e internacional.

Levene nació en la Ciudad de Buenos Aires en 1885, estudió en el Colegio Nacional Central y se graduó como doctor en Jurisprudencia y Leyes en la Universidad de Buenos Aires en 1905.

El estudio del derecho lo llevó al de la historia porque no puede interpretarse una institución jurídica sin conocer sus orígenes y evolución.

En 1915 se incorporó a la Junta de Historia y Numismática en la que tuvo una actuación preponderante. A partir de 1938 condujo la transformación de dicha Junta en la Academia Nacional de la Historia que presidió hasta su fallecimiento.

Estudió e investigó la historia argentina en todos sus aspectos y, entre ellos, el económico y el jurídico.

Sus estudios en el aspecto económico le valieron en 1926 su incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

En el acto de su incorporación fué presentado por Alfredo Palacios y disertó sobre *La interpretación económica de nuestra historia y las investigaciones acerca de la historia económica argentina*.

Sus investigaciones en lo jurídico le hicieron merecer la incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en 1941.

En el acto de su incorporación fue presentado por Carlos Saavedra Lamas y disertó sobre *“La Revolución de Mayo y el derecho patrio”*.

Falleció en 1959 habiendo sido presidente de la Universidad de la Plata, y siendo miembro de las Academias Nacionales de la Historia, de Ciencias Económicas y de Derecho y Ciencias Sociales, doctor honoris causa de cuatro Universidades, correspondiente de diez Academias e Institutos y autor de más de cien libros y estudios fundamentales.

Como dijo José Manuel Saravia al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho como sucesor de Levene en el sitial Mariano Moreno:

Levene supo que ninguna civilización puede permitirse olvidar los días que quedaron a sus espaldas, y que el futuro sólo puede asentarse sobre los pilares sólidos de un ayer que nunca queda al margen de la vida. Por eso y

con activa voluntad de servicio, se consagró a estudiar la Historia. Allí encontró la trama misteriosa e indivisible que une el presente con el pasado.

Es esa trama misteriosa e indivisible que une el presente con el pasado es el resultado hoy conveniente y necesario seguir las lecciones del ayer.

De la vasta labor de Levene escojo dos obras que dan razón de lo dicho.

Una “Las Indias no eran colonias” y otra “Ensayo histórico sobre la Revolución de Mayo y Mariano Moreno – Contribución al estudio de los aspectos político, jurídico y económico de la Revolución de 1810”.

En “Las Indias no eran colonias” Levene indagó tan exhaustivamente el régimen virreynal que la Academia Nacional de la Historia dio una declaración sobre la denominación de ese período de la historia argentina.

En dicha declaración la Academia de la Historia aprobó un proyecto de Levene dejando sentado que la denominación apropiada para él hasta ese entonces conocido como *período colonial*, debía ser *período hispánico*.

Levene fundó su proyecto en las conclusiones resultantes de sus investigaciones sobre el régimen vigente en las llamadas Indias hoy Sudamérica.

En virtud de dichas investigaciones concluyó que según Las Leyes de Indias los actuales países sudamericanos no eran Colonias o Factorías sino *nacionalidades independientes y libres* como sintetiza en el título de la obra y resalta en la Advertencia inicial o prólogo de 1951.

Es decir que se configuró un derecho que transplantó a América las instituciones castellanas y contribuyó a la formación de nuevas nacionalidades hispanoamericanas.

Así hubo con el transcurso del tiempo:

Virreynatos y Capitanías Generales que anticiparon los límites políticos de Sudamérica

Los Virreynatos de Nueva España, hoy México, de Nueva Granada, hoy Colombia, Panamá y Ecuador, del Perú y del Río de la Plata, hoy Bolivia, Paraguay, Uruguay y nuestra Argentina.

Las Capitanías Generales de Guatemala, hoy las Repúblicas Centro-americanas, de Cuba, hoy Cuba, República Dominicana y Puerto Rico, de Venezuela y de Chile.

Cabe agregar que en Asia estaba la Capitanía General de Filipinas y que entre los reinados de Felipe II y Felipe IV estaba incluido Brasil.

Mas no solamente se anticiparon los límites políticos de las naciones sudamericanas sino que les brindó una cultura común forjada por teólogos y juristas como enseña Levene.

Teólogos como Bartolomé de Las Casas y Francisco de Vitoria precursores del Derecho Natural y del Derecho de Gentes porque los teólogos españoles del siglo XVI consideraban a la teología a la manera que Cicerón entendía la ciencia del derecho: como conocimiento de las cosas divinas y humanas y como ciencia de lo justo y de lo injusto.

Jurisconsultos como Juan de Solórzano Pereyra y Antonio de León Pínelo, creador el primero de la ciencia del derecho indiano y propulsor el segundo de la codificación de la legislación indiana concretada en la Recopilación de las Leyes de las Indias, todo lo que significó un derecho común.

¿Qué lección debemos por esto a Levene?

Debemos a Levene a haber sacado a luz un régimen organizativo que mantuvo unido durante tres siglos a países muy distantes en tiempos de lentísimos transportes y comunicaciones.

Y esa lección vale para hoy en un mundo paradójicamente globalizado y a la vez dividido en bloques.

Como antes dijimos, no la desaprovechemos.

La segunda lección que debemos a Levene como jurista está sintetizada por él en la Advertencia de la 4ª edición de su obra cumbre “Ensayo histórico sobre la Revolución de Mayo y Mariano Moreno”.

En dicha Advertencia Levene dijo:

Desde los orígenes y en el curso de sus etapas sucesivas, la revolución de 1810 fue al mismo tiempo desplegando e intensificando los ideales superiores de Independencia y Libertad.

Este hecho magno se concreta en la afirmación de la soberanía de un Estado en el orden internacional y la consolidación de sus instituciones democráticas.

Con la Revolución de Mayo nació el derecho patrio argentino que en palabras de Levene *significó una transformación profunda del orden político en la estructura y la organización general, y un cambio gradual en el derecho privado.*

La transformación profunda en el orden político estuvo iniciada en Mayo por la doctrina de la reversión de la *Soberanía al Pueblo de Buenos Aires y su libre ejercicio en la instalación de un nuevo gobierno* que culminó con la declaración de la Independencia en 1816.

La transformación profunda en la organización general se tradujo en esbozo de un régimen de gobierno representativo, el esbozo de un régimen republicano y en el germen de un régimen federal.

El esbozo de un régimen representativo pues como enseñó Levene la Revolución de Mayo *desplazó la función legislativa hasta entonces ejercida en nombre del Rey por el vínculo jurídico del vasallaje y cumpliéndose desde 1810 en nombre del pueblo y por los representantes elegidos por él. Como se escribió en 1810 "la verdadera soberanía de un pueblo nunca ha consistido sino en la voluntad general del mismo; que siendo la soberanía indivisible e inalienable, nunca ha podido ser propiedad de un hombre sólo; y que mientras los gobernados no revistan el carácter de un grupo de esclavos, los gobernantes no pueden revestir otro que él de ejecutores y ministros de las leyes que la voluntad general ha establecido"*

El esbozo de un régimen republicano en el sentido de la división de los poderes, aparece en las funciones de la Primera Junta, del Cabildo y de la Audiencia.

La Junta con funciones propias de un Poder Ejecutivo.

El Cabildo con funciones propias de un Poder Legislativo.

La Audiencia con funciones propias de un Poder Judicial aunque los oidores fueron expulsados junto con el virrey y reemplazados por jueces criollos siendo finalmente la Audiencia sustituida por una Cámara de Apelaciones tanto en Buenos Aires como en Charcas

En orden a la justicia Levene recuerda lo sostenido por Moreno en una causa criminal:

Nunca podrá encontrarse señal más segura de la decadencia de un reino que la impunidad de los delitos

No comprendo cómo puede un Juez tener noticia judicial de graves excesos cometidos por un súbdito y no proceder a su completa averiguación y castigo.

El esbozo de un régimen federal se dio en la Revolución de Mayo con el llamamiento a los Cabildos del interior para participar en la gesta.

A lo anterior hay que agregar que la Revolución de Mayo no se limitó a crear un nuevo régimen de gobierno, sino que sumó los derechos naturales del hombre.

Como enseña Levene

Los preceptos fundamentales que operaron como fuerzas transformadoras del sistema en vigor fueron las declaraciones sobre la igualdad y sobre las libertades políticas y civiles, como la libertad de petionar, de escribir, de sufragio, de reunión, el libre comercio y las garantías individuales.

Y todas estas transformaciones de Mayo cuajaron en definitiva en la y en la Constitución Histórica de 1853/1860.

La parte primera de la misma se inicia en su artículo primero con la proclamación de una forma de gobierno representativa, republicana y federal.

Y continúa con los derechos naturales del hombre hoy llamados derechos humanos.

El derecho a la libertad (artículos 19, 14, 15) y a la igualdad (artículo 16) sin los que el hombre no es tal, el derecho a la propiedad (artículos 14 y 17) sin el cual la libertad es un mito, el derecho a la justicia y a la seguridad (artículo 18) sin los que la libertad y la propiedad son ficticios y a más de otros, el derecho a la vida sin el que los anteriores carecen de razón de ser.

Reitero las dos enseñanzas que en estos aspectos dejó Levene jurista, Levene hombre de derecho.

Una la realidad histórica de una comunidad de naciones libres e independientes durante los siglos XVI, XVII y XVIII, hoy las actuales repúblicas sudamericanas.

De esa enseñanza, según entiendo, cabe extraer la conclusión que en el siglo XXI tal comunidad es posible y no sólo posible sino conveniente.

Otra la realidad histórica de un proceso que requirió firmeza durante el siglo XIX a partir de Mayo para sentar los derechos de la nacionalidad entonces incipiente.

De esa enseñanza, según entiendo, cabe extraer la conclusión que en el siglo XXI es posible tal firmeza para ejercer los derechos de la nacionalidad hoy consolidada y no sólo es posible sino necesario.

Queda así rendido el homenaje de la Academia a Ricardo Levene jurista.

CIENCIA POLÍTICA Y DERECHO POLÍTICO HOMENAJE AL PROFESOR LINARES QUINTANA

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

La Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires me ha conferido el honor de llevar su representación al acto que hoy se celebra en homenaje a su académico titular profesor Segundo V. Linares Quintana. Ese honor que se conjuga, sin necesidad de explicitación alguna, con la excelencia de la personalidad y la obra del homenajeado, conlleva la responsabilidad de la misión a ejercer, pues desde los distintos ángulos de los que se enfoque el acontecimiento motivo de esta celebración, se trata de un caso excepcional, o más bien diría, único entre los antecedentes que registra la historia del derecho argentino a través de sus hombres en el último siglo.

Linares Quintana conjuga en su centenaria existencia y en su prolífica obra el desarrollo y el perfeccionamiento de la ciencia política y del derecho político en la Argentina. Hay política, en sentido general, cuando la actividad de unos seres humanos en relación con otros, tiende a que el comportamiento de éstos sea el que aquéllos se proponen. Aristóteles considera al hombre como un animal político, *zoon politikon*, un ser sociable, que si está educado es el mejor de todos; de lo contrario, el peor, el más perverso y cruel de los animales. Nos dice nuestro distinguido colega académico Pedro José Frías que: “Una política consciente, pero dotada de autoridad, supone transformaciones expresadas en el plan de

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el homenaje conjunto al Académico Decano doctor Segundo V. Linares Quintana con motivo de cumplir 100 años de edad, de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión pública del 5 de agosto de 2009.

esa política, en el poder que la ejecuta y en la participación de la sociedad total". Agrega que "El plan es la obra de los políticos y de los expertos; el poder, la creación más delicada de las élites y el pueblo; la participación, un comportamiento de la sociedad total". Y agrega que "La autoridad está condicionada en su dirección y actuación por la causa final: el bien común, que es la buena vida humana de la comunidad, el fin bueno en sí, sujeto a la justicia y a la bondad moral (*Sobre poder y sociedad*, p. 175).

La ciencia política es la disciplina que estudia en forma sistemática las relaciones entre los hombres, la sociedad y el Estado, y tiende a proponer un orden que incluya las corrientes de opinión, los grupos de interés, de presión y los factores de poder nacionales e internacionales. Martínez Paz expresa que desde su punto de vista la ciencia política es una ciencia integral del poder, es decir, que estudia todos los fenómenos que tienen vinculación con el poder y que el derecho político es la rama de derecho público que estudia las instituciones y las normas que regulan el funcionamiento del poder en una sociedad política determinada (Manual de derecho político, p. 39 y 47). Bidart Campos explica que se suele llamar derecho político al que se ocupa del derecho que se refiere al Estado y agregamos, que en tanto el derecho constitucional es la rama del derecho positivo que dedica su atención a un Estado determinado y concreto, el derecho político es el que atiende a todo Estado o, lo que es lo mismo, equivaldría a lo que se acostumbra denominar como "teoría del Estado". El derecho constitucional es una rama específica del derecho político y la relación que existe entre el derecho político y el constitucional es la de género a especie.

Linares Quintana en su obra "Gobierno y administración de la República Argentina" (1946) analiza con precisión y detalles la organización política de los estados modernos en Europa y en América, haciendo especial referencia a la constitución, al referéndum y al recall, a las formas de gobierno, a la división de los poderes, a la representación popular, a los partidos políticos y a los gobiernos de facto. Se ocupa a continuación del Estado moderno y sus funciones, de los sistemas de organización administrativa y de la teoría del acto administrativo, para continuar con un análisis pormenorizado de la función pública, de su naturaleza jurídica según las teorías del derecho privado y del derecho público, y de los derechos y deberes de los funcionarios públicos. Cierra este capítulo con precisas y breves nociones sobre los servicios públicos y su concesión y el contrato de obra pública.

La labor bibliográfica de nuestro homenajeado culmina con su *Tra-tado de la ciencia del derecho constitucional* que, en nueve tomos, publi-cara a partir del año 1977. En esta obra comienza exponiendo los ante-cedentes del constitucionalismo, el surgimiento de éste en la revolución inglesa, en la norteamericana y en la francesa, continuando con un origi-nal capítulo que titula “El derecho constitucional en la era atómica”, para referirse luego al proceso del constitucionalismo argentino. En el tomo siguiente se ocupa del origen y evolución del derecho constitucional, de su concepto y de las relaciones de él con otras disciplinas. Aborda luego un tema de difícil enfoque sistemático, cual es el del método del derecho constitucional. Pasa luego a referirse a las fuentes del derecho constitu-cional y en el tomo III de la obra aparece la parte más científica, si así puede decirse porque toda ella lo es, en la que analiza la tipología del concepto de constitución a la luz de la opinión de veinte autores. Es de mayor relevancia científica y de valor empírico el capítulo titulado “Su-premacía de la Constitución”, en el que se ocupa del contralor judicial de la Constitución y de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y de sus efectos.

En el tomo IV *La libertad constitucional* es el tema apasionante de la obra. Varias veces en ensayos y discursos hemos recordado los conceptos del maestro acerca de la valorización de la libertad, sus diversos enfoques, su idealización, conceptualización e institucionalización, si-guiendo con la naturaleza y fundamentación de la libertad en el derecho natural y en los derechos humanos. Aborda luego la “dinámica de la li-bertad” refiriéndose a su relatividad, al poder de policía y a las garantías de legalidad e igualdad.

En la segunda parte de la obra se explora sobre las *libertades parti-culares* y en el tomo V analiza la *libertad constitucional*, refiriéndose a la de propiedad, la económica y la fiscal. En capítulos siguientes estudia problemas de la libertad en acción o en ejercicio, como los de la irretro-actividad de la ley, el juicio previo, la inviolabilidad de la defensa, el juez natural, la declaración contra sí mismo, el régimen carcelario y los deli-tos políticos. Merecen especial atención las instituciones procesales del habeas corpus y el amparo y el tan importante recurso, habitualmente llamado “la última ratio” que es el recurso extraordinario de inconstitu-cionalidad. Temas muy sensibles para la experiencia política argentina como la ley marcial y el estado de sitio merecen un pormenorizado aná-lisis conceptual y procesal.

En la parte especial dedicada al derecho constitucional de los poderes de gobierno, explica la organización de cada uno de ellos, siendo de particular importancia los referidos a la “delegación de facultades legislativas” y “derecho parlamentario”. En las dos últimas secciones de la obra desmenuza la organización del Poder Ejecutivo y la del Poder Judicial

Los comentarios bibliográficos que anteceden son más que suficientes para dejar esbozada en apretada síntesis, la obra de Linares Quintana. Para cerrar estos conceptos debo agregar que su personalidad y su obra reflejan al arquetipo del investigador y del maestro que ahonda en las raíces de la ciencia jurídica, en la rama de su predilección, para exponerla con la precisión y sencillez que la hace accesible a los estudiosos y a todos los que, en uno u otro orden del quehacer jurídico, tengan que ocuparse de ella.

HOMENAJE AL DOCTOR SEGUNDO V. LINARES QUINTANA EN SU ANIVERSARIO

POR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN (*)

Hoy es un día fasto, lo es en la acepción de los romanos, días en que anotaban las ceremonias y las cosas memorables para la República. Y lo es porque nada puede ser más memorable y grato para nuestra comunidad académica que ofrecerle al maestro Segundo V. Linares Quintana, este homenaje que él lo recibe en plenitud y que corporiza el agradecimiento y la admiración de sus pares de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires –en cuyo nombre hablo- que integra como académico decano, luego de haberla presidido con sapiencia y autoridad.

Maestro por antonomasia, sucesivas generaciones de educandos recibían en sus clases, de Historia Constitucional y luego de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, conocimientos que contenían verdaderos mensajes afirmativos de nuestra existencia como Nación, y en la doctrina y en la acción de dos grandes generaciones argentinas, la de 1837, que sentó las bases de nuestra organización constitucional definitiva, y la de 1880, que nos precipitó en el concierto de las naciones modernas y pujantes del siglo XX.

Argentino cabal, siente la democracia como una manera superior de convivencia basada en la razón, la libertad y el sentido de servicio con su país.

¹ Disertación pronunciada por el Académico en el homenaje conjunto al Académico Decano doctor Segundo V. Linares Quintana con motivo de cumplir 100 años de edad, de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión pública del 5 de agosto de 2009.

Constitucionalista eminente, sabe que su trabajo incansable, en su tiempo y circunstancia, encierra una hazaña, hazaña que no es otra como lo señaló Benedetto Croce, la historia de la lucha por la libertad, y esa hazaña que antes libró desde la cátedra es la que hoy mantiene incólume desde el libro, escritos y conferencias. Su fe y esperanza en su patria y su admiración por los grandes espíritus que conoció y emuló o que estudió y analizó le templó su propia conducta, le fortaleció el carácter y le brinda ese virtuoso equilibrio con el que enciende el pensamiento.

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires -1933-, Doctor en Jurisprudencia de la misma Universidad -1936-, será más tarde Doctor en Derecho Honoris Causae de la Universidad de North Carolina, Chaperll Hill, Estados Unidos.

En plena juventud, 1942, se desempeña como Asesor Legislativo de la Biblioteca del Congreso de la Nación, lo que motivó la amistad y consideración intelectual de congresistas brillantes, como el doctor Alfredo L. Palacios su amigo de por vida.

Fue tal el prestigio que despertó su labor en el Congreso que el diputado doctor Rodolfo Moreno, electo gobernador de la Provincia de Buenos Aires, lo designó Director General del Departamento de Trabajo. Su versación jurídica y la idoneidad moral y técnica de su gestión logró la solución de diversos y múltiples conflictos laborales de larga data que afectaban la economía de aquella Provincia. Esta actividad públicamente reconocida por los gremios comportó para la época una contribución a la paz social.

Aun en funciones en el Congreso Nacional va a prestar al país servicios singulares. La cultura del espíritu que para José María Ramos Mejía es "*el elemento fundamental del alma nacional*", la exterioriza al dar contenido a un trabajo no común para la época.

Invitado a integrar, en su condición de Secretario, una Comisión de Legisladores Nacionales, a realizar un viaje de inspección a los Territorios Nacionales, su colaboración se materializó en la redacción del documento sobre una investigación integral que abarcó todos los problemas de sus gobiernos y administración; y fijar pautas para convertirlos en nuevas provincias de la Nación.

El interés público que despertó y la acogida parlamentaria que recibió la investigación realizada le motivó publicar uno de sus primeros libros, precisamente titulado "*Representación Parlamentaria de los Territorios Nacionales*" -1934- y originó más tarde su tesis doctoral "*Derecho Público de los Territorios Nacionales Argentino y Comparado*", tesis como se ha recordado, calificada de sobresaliente y obtuvo los premios "Accesit" y "*Doctor Mario A. Carranza*" a la mejor tesis de Derecho Constitucional otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.

Espectador de los problemas físicos de esos Territorios Nacionales y de las precarias condiciones de vida de sus habitantes, agudizadas por las distancias, las comunicaciones y las débiles instituciones que lo regían, publicará en 1940 dos obras, uno de los cuales "*El Gobierno de los Territorios Nacionales*" tuvo en la época repercusión política, jurídica y económica, y más tarde en el inicio de una de las causales de su provincialización.

El doctor Miguel Angel Cárcano, Ministro de Agricultura de la Nación en ese tiempo lo recordaba con la consabida mención de reconocimiento para nuestro homenajeado. El doctor Cárcano era una de las personalidades que más le preocupaban el desarrollo de esas regiones del país.

La carrera docente universitaria del doctor Linares Quintana también se inició muy temprano. Por concurso desde 1934 en la Universidad de Buenos Aires accederá a la cátedra como adscripto para ser designado luego profesor adjunto y finalmente profesor ordinario titular de Derecho Constitucional Argentino y Comparado todos por oposición, títulos y antecedentes durante cuarenta años. Similar y simultáneamente lleva a cabo análoga carrera en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata y la desempeñará desde 1940 por igual lapso. Dictó la misma materia Derecho Constitucional como también la de "*Derecho Público, Provincial y Municipal*". En ambas asignaturas llegó a su titularidad en iguales condiciones por concurso y opción como lo hizo en la Universidad de Buenos Aires.

Asimismo y a su iniciativa se creó en la Universidad de La Plata una "*Licenciatura especializada en Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado*" dependiente de su Instituto del mismo nombre cuya dirección asumió y en el que dictó en su carácter de profesor titular la apuntada materia.

Hoy inviste la calidad de profesor emérito de ambas universidades.

Su capacidad docente, su disciplina en el trabajo intelectual, que hoy mantiene incólume, con la misma lozanía, entrega y entusiasmo de siempre, desarrolló su magisterio en universidades privadas. Decano organizador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Economía de la Universidad del Museo Social Argentino, Profesor Extraordinario de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de La Plata, sabe porque es un maestro que al transmitir los conocimientos se atiza la esperanza.

Esa fe y esperanza que mantenía en su patria, lo conmovió al sentir que le restaban -1951- libertad para expresar su pensamiento desde la cátedra universitaria, las declinó sin alaracas y aceptó una invitación de la nombrada Universidad de North Carolina, cuyo magisterio ejerció en el lapso 1951/1952 y 1953/1954.

El éxito que acompañó sus clases de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional Comparado, no amainó el dolor que le causaba la lejanía de su hogar y de su país. Cuando su gravitación en el medio y el interés que despertó en el alumnado, aumentaba, las autoridades de aquella universidad le ofrecieron crearle una cátedra permanente con su nombre. No lo aceptó, agradeció conmovido el gesto y recibió el aludido Doctorado "Honoris Causa" de esa alta casa de estudios. Le urgía el regreso a su hogar y a su patria. En esos tiempos ya había sido distinguido además en los Estados Unidos como Profesor Conferencista en el Seminario de Asuntos Latinoamericanos de la Universidad de Columbia y como Profesor Conferencista de la Universidad de Pensilvania, Filadelfia. No obstante la ausencia le había producido un vacío espiritual, circunstancia que Borges califica como actos demostrativos de argentinidad. Y así lo sintió al volver, y así lo expresó en sus clases al ser repuesto, en su país, en 1955 de todas sus cátedras.

Los que le secundamos en la suya de "*Historia Constitucional*", y de "*Derecho Constitucional Argentino y Comparado, primera parte*", más tarde, durante largos años somos testigos de su inalterable jerarquía intelectual, de su auténtica vocación en la formación de discípulos, a los que brindaba su tiempo y conocimientos con una generosidad sin par.

Tengo aún presente, la reunión de sus adjuntos en su casa los sábados por la mañana para transmitirnos los resultados de sus investi-

gaciones, los nombres de autores y el título de sus obras recientemente aparecidos en el país y en el exterior, como Burdeau, M. Duverger, Heller, C. Schmitt y el clásico J. Bryce, como así también las normas conducentes, a su juicio, para el ejercicio de la cátedra. Todo ello con un mensaje subliminal, su inquebrantable pasión argentina, más allá de las vicisitudes políticas, su defensa permanente de la libertad y de la república, de los ideales de la democracia constitucional, y de la ejemplar conducta moral que sustentaba todos sus actos.

Cuatro de sus adjuntos tuvimos el privilegio de formarnos con el maestro en esos valores. Dos se fueron antes, el inolvidable, fraternal y eminente amigo Carlos Manuel Muñiz, y el ilustre colega y querido amigo Alberto Antonio Spota.

Hoy con Juan R. Aguirre Lanari y el que habla, le reiteramos al maestro con el recuerdo de los que no están, el infinito reconocimiento de sus discípulos de ayer por todo lo recibido y la seguridad de que hemos continuado, en la cátedra y en las funciones públicas que el destino nos deparó, por la senda que nos marcó.

Por lo expresado los que lo acompañábamos somos testigos del extraordinario desarrollo que imprimió a su actividad intelectual en todos los campos, a su arribo al país.

Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior -1955/1956-, su aporte a la gestión del Ministro del Interior doctor Eduardo B. Busso en momentos cruciales para la Nación se recibió con respeto y se valoró en todos los ámbitos.

Sobrevendrá luego el publicista, y simultáneamente prepara el *“Tratado de la Ciencia de Derecho Constitucional Argentino y Comparado”* obra en nueve volúmenes, que merece el Primer Premio Nacional de Ciencias de la República Argentina en la sección Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, al período 1955-1957, cuya primera edición data de 1953-1963; luego actualizada con una segunda edición de 1977-1987. Lo notable es que apresta la preparación de una tercera.

Obra cumbre en la materia, con notoriedad internacional, ya en su Introducción el eminente profesor Kart Lowestein la reputa de hazaña monumental y afirma “no resulta fácil admitir y, en efecto no tiene

parangón –en la literatura contemporánea- que un solo autor, sin ayuda haya compilado esos nueve volúmenes, escribiendo 4.500 páginas, ordenadas en más de 6.000 secciones y documentadas por más de 6.000 notas”.

Su entusiasmo trasciende su labor cotidiana, crea instituciones, promueve congresos y conferencias, porque sabe que el oficio del maestro es enseñar y que enseñar, para Rubém Alves es un ejercicio de inmortalidad.

Funda y preside en 1957, la Asociación Argentina de Ciencia Política, la afilia a la International Political Science Association, de cuyo comité ejecutivo fue vocal y presidió la delegación argentina al IV Congreso Mundial de Ciencia Política Organizada por el nombrado ente internacional, en Roma -1959-.

Ese mismo año se llevó a cabo en Córdoba el Primer Congreso Argentino de Ciencia Política, que despertó un gran interés, y permitió el conocimiento e intercambio con distinguidos juristas de aquella ciudad como así también de otras capitales del interior, con temas como “*Los grupos de presión*” cuya importancia e impacto jurídico, económico y político, era novedoso para la época.

1960 es un año crucial para la cátedra del maestro.

Con el auspicio de la Comisión Nacional Ejecutiva de Homenaje al 150° Aniversario de la Revolución de Mayo, se inaugura el 13 de agosto de ese año el “Segundo Congreso de Ciencia Política” organizado por aquella Asociación, que adquirió carácter internacional con la presencia y participación de distinguidos juristas, profesores y académicos de diversos países, entre ellos el Presidente del Instituto de Derecho Público e Ciencia Política de Brasil y representante de la International Political Science, Profesor doctor Themistocles Brandao Cavalcanti, y de la del hoy ex Presidente de Chile doctor Patricio Aylwin, entonces joven y destacado profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Chile, más tarde brillante presidente del país hermano, y artífice del traspaso de un régimen autoritario, a una plena democracia constitucional.

Este Congreso de Ciencia Política, reunido en los salones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, bajo la presi-

dencia de nuestro homenajeado; por la jerarquía de sus participantes, el temario de las distintas mesas redondas, la actualidad en el momento de los temas presentados y los debates originados, y por sobre todo el brillante discurso de inauguración del doctor Linares Quintana, al señalar que el Congreso se realizaba en el marco del Sesquicentenario de Mayo y destacar la “importancia y vigencia de la ciencia política, soberana entre las ciencias y ciencia madre de todas las ciencias como Aristóteles la calificara “... e indicar, además en aquel tiempo entre los tópicos extraordinarios a tratarse, dos, ‘Las condiciones y límites de la investigación parlamentaria’ y ‘La delegación de las facultades legislativas’ y establecer ‘criterios esclarecedores en materias de indudable relevancia internacional y de no menor progresión en el ámbito de las instituciones argentinas’”. Estábamos en 1960, no en el 2009.

Más tarde otro desafío lo aguardaba.

En octubre de 1963, el Presidente Arturo Illia le ofrece y el doctor Linares acepta, nuevamente el cargo de Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior, entonces a cargo del doctor Juan Palmero.

Entre los asuntos pendientes de la administración anterior se hallaba la ratificación por el Congreso Nacional de los decretos-leyes dictados. Uno de ellos de importancia trascendental que instituyó la Justicia Nacional Electoral, y regló el Estatuto de los partidos políticos. En sus considerandos se reputaba indispensable la existencia y atribuciones suficientes para cumplir sus fines. En su parte dispositiva creaba una Cámara Nacional Electoral, compuesta por cinco jueces y un Procurador General Electoral, y demás Tribunales y autoridades, cuya creación, organización, atribuciones, competencia y funcionamiento establecía. No es el momento de analizar las vicisitudes, cambios e interrupciones que experimentó con el tiempo este Alto Tribunal, pero sí dar cuenta de la visión del doctor Linares Quintana cuando fue llamado a pronunciarse sobre su inclusión en el ante – proyecto de ley que preparaba sobre la materia.

Consultado por el Ministro Palmero acerca de la permanencia de este Tribunal, nuestro maestro fue terminante y fundó su sentido positivo. El Ministro le hizo saber que el Presidente de la Nación, no compartía ese criterio y le sugirió que se lo planteara personalmente. En una larga

entrevista y tras un intenso diálogo con argumentos, casi irrefutables por ambas partes, el doctor Linares Quintana logró convencer al Primer Magistrado, y obtener la elevación al Congreso del anteproyecto de ley de su redacción, sobre los partidos políticos con la continuidad de la Cámara Nacional Electoral, que mantenía. Un casual encuentro en la Casa Rosada con el doctor Ricardo Balbín, a quien no conocía, este le ponderó el aludido ante proyecto de ley, con su implícita conformidad.

Una vez más el criterio del jurista primó sobre causales políticas respetables pero llamadas a ser pasajeras y dio cuenta de la conducta intachable del nombrado Primer Magistrado.

Se confirmó así las bases de un Tribunal, cuyo prestigio ascendente se ha proyectado en el tiempo y ha demostrado en estas horas cómo jueces independientes, con sentencias fundadas, constituyen la mayor garantía de la ciudadanía para el respeto de sus facultades electorales, como también para resguardar el resultado fehaciente de los comicios.

No obstante los compromisos que le insumía el ejercicio de estos cargos, el doctor Linares Quintana no cejaba en su obra escrita, tampoco en el ejercicio de sus cátedras y en el permanente contacto con sus discípulos. A tal punto que cuando comenzó la enseñanza de la llamada “Promoción sin examen”, su dictado lo prestaba la cátedra en pleno, para luego hacerlo en diversas comisiones a cargo cada uno de sus adjuntos.

Hombre de consulta de destacados miembros de distintos partidos en el Congreso, su alternancia en el ejercicio de la profesión, o en el asesoramiento de importantes instituciones públicas o privadas, no dispersaban su profunda vocación docente ni lo distraían del escrito de sus libros.

Abogado asesor de la Presidencia y del Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires, con un cometido impecable, de lo que doy fe por haber integrado su Directorio en esa época. Esas funciones las asumió a poco de publicar “El Gobierno y Administración de la República Argentina” en dos tomos, que fue distinguida por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires con el Premio “Donación Benito Nazar Anchorena”, trabajo señero que en su segunda edición advirtió: “... *Que es el fruto del estudio del régimen constitucional argentino, que realiza en sus clases de las universidades de Buenos Aires y La Plata, en*

cumplimiento de su vocación fundamental”, y agrega, como de un catecismo: “*A través de todas y cada una de sus páginas se trasunta el respeto hacia los principios eternos del gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, y muy en especial, hacia la sabia, humanitaria y previsoras Constitución que desde hace casi una centuria rige los destinos de la Patria, cuyos autores, al decir de Orlando, pareciera que actuaron inspirados por Dios*”.

Estas líneas escritas en 1959, trasuntan el espíritu de este gran maestro, autor de veintiséis libros, que el anteaño presentó su “Tratado de Interpretación Constitucional”, en dos tomos, con un total de 1845 páginas y está finalizando otro titulado “La Ciencia del poder en el nuevo mundo: la Revolución Empírica”, que denota actualizada vigencia en su labor científica.

Su participación en las academias que integra causa asombro y admiración. En la de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a la que ingresó en 1956, presentado por su Presidente el doctor Carlos Saavedra Lamas, que siempre lo distinguió con su amistad y reconocimiento por su valía intelectual; sus pares sienten por él respeto y orgullo. Respeto al caballero, que con sencilla naturalidad en el trato disimula su talento y condición; pero revela su espontaneidad en el sentido de servicio para su país, su argentinidad, patriotismo y total desinterés por lo material; y entrega a sus discípulos porque cree con Sarmiento que “*los discípulos son la biografía del maestro*”. Por eso se esmeró para transmitir su mensaje con lo mejor de si mismo.

De ahí la pléyade cuyas personalidades plasmó, en el respeto a la libertad, a la democracia constitucional, y a los héroes que nos dieron patria, Belgrano y San Martín, y el de los que nos organizaron como nación, unos, sus precursores, como Echeverría y Alberdi, otros constituyentes, integrantes de las Convenciones Nacionales de 1853 y 1860, autores de nuestra Constitución Histórica, a la que Juan María Gutiérrez calificara “*la Constitución Nacional es la Nación Argentina hecha ley*”.

Es la Ley Suprema que convirtió a nuestra patria, en uno de los países más importantes del mundo, y por la que José Manuel Estrada antes y usted doctor Linares Quintana ahora la convirtieron, con su prédica, su docencia, en todos los estratos de nuestra sociedad, desde los más modestos hasta los más calificados, en el libro testigo del largo y cruento

proceso constituyente argentino, al consumir el afianzamiento de la democracia representativa y del sistema republicano, con forma el Estado mixto –federal – unitario- como lo estableció nuestro Juan Bautista Alberdi en la palabra XIII del Dogma Socialista.

Doctor Segundo V. Linares Quintana:

No quiero terminar sin invocar algo que va a ser grato a su corazón. La memoria de doña Elena Elvira Molina de la Vega de Linares Quintana, gran señora, que lo acompañó en todo momento porque interpretó y valoró la meta de su vida, y compartió sus esperas y sus éxitos, de ahí el recuerdo y su presencia espiritual en estos momentos.

Es usted hoy, como lo fue antes José Manuel Estrada, protagonista, testigo y artífice de nuestra historia, porque como lo señaló un gran poeta, “... *más allá de las terribles contradicciones que nos consume subsiste un país grande, ese que hicieron nuestros padres, los suyos y tantos otros, al que usted con su obra contribuyó y defendió como pocos*”.

Ante su monumental obra, sus discípulos y colaboradores de ayer, amigos entrañables de hoy, en su centenario pleno no vacilamos en proclamarlo un grande de la Patria.

Gracias, querido maestro, muchas gracias por todo lo que nos ofreció y recibimos de usted.

SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

POR JORGE R. VANOSSI (*)

El nombre de SEGUNDO V. LINARES QUINTANA es todo un símbolo para el mundo académico y universitario argentino; y también más allá de nuestras fronteras y de nuestro continente. Estamos ante:

Un destacadísimo especialista

Una rica y multifacético personalidad

Un verdadero amigo, siempre dispuesto a brindar buen consejo y estímulo.

Pero, sobre todas sus dotes, es un notable *maestro*. La síntesis de su vida espiritual cabe enteramente en el arquetipo enunciado por Cicerón: “Pro legibus, pro libertate, pro patria”.

Al descubrirlo en el ejercicio de todas esas calidades y cualidades, se abrieron y despertaron vocaciones en muchos de los aquí presentes en este merecido acto académico de público reconocimiento a su trayectoria y de gratitud por su incansable obra de docente, de publicista y de investigador, ejercitando una función “propulsiva” de inagotable energía.

(*) Disertación pronunciada por el Académico en el homenaje conjunto al Académico Decano doctor Segundo V. Linares Quintana con motivo de cumplir 100 años de edad, de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión pública del 5 de agosto de 2009.

Linares Quintana dio siempre testimonio de su grandeza de espíritu y de la infinita dimensión humana al ofrecer generosamente nuevas oportunidades a quienes se sentían atraídos por el estudio de los amplios horizontes visualizados en el campo del derecho constitucional y de las ciencias políticas.

Al eliminar los vestigios de barreras y candados, el Profesor al que rendimos homenaje en los fulgurantes y vivaces días de su centenario, estamos tributando honores válidos a quien abrió las puertas de acceso a su Cátedra para que ingresaran y trabajaran en ese prestigioso sitio los que le deben -o, mejor dicho- los que le debemos el haber obtenido feliz cabida y continuos alicientes o estímulos que él brindaba y sigue brindando en el espacio del derecho público argentino y comparado. Supo inspirar vocaciones detectando las capacidades de cada uno y alentando a sus discípulos en el apasionante itinerario del saber, donde paso a paso se llega hasta los confines de lo impredecible; pues como bien explica Immanuel Kant “todo conocimiento humano comienza con intuiciones, continúa con conceptos y termina con ideas”. Podríamos sostener que esa es la “aventura” del científico.

Su constante aplicación del método comparado enriqueció el conocimiento científico de esa área, sacándola de las visiones aldeanas y dejando de lado el riesgoso subjetivismo de las parcialidades o de las cuevas sombrías de los fundamentalismos. Buscó la luz y nos indicó un rumbo; jamás imaginó la imposición de un “pensamiento único”.

Fiel a los valores fundamentales y a los preceptos principistas de la Constitución Histórica de los argentinos (1853-1860), no trepidó en abrazar la causa de la libertad en cuanta ocasión corrieron peligro las instituciones republicanas y el gran sistema de garantías previsto en la Ley Fundamental. La búsqueda de una atmósfera propicia para el ejercicio de la enseñanza y para la ampliación de las capas del saber durante una década de régimen populista autoritario, lo condujeron al exilio espiritual en una Universidad prestigiosa de los EE.UU.; del mismo modo que años más tarde presentó su renuncia indeclinable como Director General de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior ante la destitución por la fuerza de un gobierno (los tres poderes) que era constitucional, republicano y democrático; gesto similar al que tuvo años después ante el desborde extremista que sofocó a las Facultades y motivó su alejamiento de las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata. Al recordar

esas vicisitudes viene a cuento la afirmación de Vicente Fidel López al referirse a la índole de nuestras precarias democracias: “ellas tienen siempre un pacto virtual con la *mediocridad* y con la *intriga*, que son, la una el tipo y la otra el único resorte de su gobierno” (Historia de la República Argentina”, tomo 5, pág. 291). Así, en el plano de las universidades, muchos argentinos han padecido el mal causado por el copamiento de las aulas y de los institutos para utilizarlos como armas en la lucha ideológica, lo que ya en 1918 llevó a advertir el filósofo austríaco Rudolf Steiner que “todo lo que ocurre en el mundo exterior y que ha conducido a la presente catástrofe es, a la postre, el resultado de lo que se enseña en las universidades”.

A su vigor cívico, suma Linares Quintana las notas de un estilo amical, sencillo y profundo a la vez, con rasgos de humildad cristiana que facilitan el acercamiento de alumnos y discípulos hacia las ricas fuentes de su sabiduría y experiencia. Así fue como lo traté personalmente y por primera vez a este maestro. Corría el año 1957 y se acercaba el tiempo de la instalación de la Convención Nacional Constituyente que convalidaría el restablecimiento de la Constitución Histórica. En caminata por los pasillos de la Facultad de Derecho porteña, advertí un cartel de aviso en la puerta del Instituto de Derecho Constitucional y Político que anunciaba los horarios de consulta al Director, y en mi carácter de estudiante solicité una audiencia con el Dr. Linares Quintana, que para mi sorpresa me hizo pasar de inmediato a su despacho, donde le manifesté mi interés por conocer los datos más relevantes que ofrecía el constitucionalismo contemporáneo de esa época, como fuentes a ser tenidas en cuenta por los legisladores electos que asumirían las potestades constituyentes. Con absoluta calma y prístina claridad, el Profesor Titular y ya un tratadista consagrado, me obsequió una amplísima información durante cuarenta y cinco minutos, que jamás olvidaré como auténtica ofrenda del docente dicente que ilustra al estudiante ansioso y curioso. Como admirador de John Locke, Linares Quintana aplicaba con el ejemplo lo dicho por uno de los padres de la doctrina de la separación de los poderes, en el sentido de que “la mayor habilidad de un maestro es provocar y mantener la atención de sus alumnos”.

Para él, tanto la ciencia como la docencia fueron causas abrazadas con amor, con desprendimiento y con muchos sacrificios. Y si amar es -al decir del poeta- olvidarse de sí mismo para ir hacia los demás, la vocación docente de Linares Quintana fue una extensión de su natural filantropía

(amar al género humano) con la anticipada aceptación de todos sus riesgos y sinsabores, que se toman o asumen “sin beneficio de inventario” o, como alentaba la Madre Teresa de Calcuta que, ante el desánimo, aconsejaba: “ama hasta que te duela, si te duele es buena señal”.

No podría omitir en estas breves palabras, incluir en los méritos del centenario de vida que tan lúcidamente exhibe Linares Quintana, su empeñosa tenacidad en la convicción de expandir el tirocinio de la Ciencia Política, en un momento de la historia en que se cuestiona el acudimiento a los clásicos -de Aristóteles en adelante- y hasta se llega a sentenciar “la muerte de la Ciencia Política”, tal como reza el título de una obra reciente (Cansino, César; Ed. Sudamericana, Bs.As., 2008).

Es probable que estas estentóreas afirmaciones fúnebres resulten tan relativas como las ya conocidas del “fin de las ideologías” y la no muy lejana tesis -no demostrada- del “fin de la Historia” (Fukuyama); todas ellas desmentidas por el cúmulo de acontecimientos y de experiencias que suman y alimentan el infinito caudal del temario de estudio y análisis a cargo de los politólogos. Más sentido y menos sensacionalismo revestía el interesante cambio de opiniones entre Hans Kelsen y Eric Voegelin, en 1954, donde ambos profesores defendían a la ciencia política, aunque desde puntos de vista distintos (el primero como positivista y el segundo incluyendo elementos axiológicos e ingredientes ideológicos); pero ambos discurrieron sesudamente -en un atrapante cruce epistolar- en torno a las diversas maneras de abordar el examen y comprensión de los fenómenos nacidos de la política. Nosotros podemos tener la absoluta certeza de la postura creyente en el valor de la Ciencia Política que mantiene Linares Quintana, puesto que siempre promovió en las aulas su conexión metodológica con la enseñanza del derecho constitucional; por lo que lejos está de toda tentación de negacionismo hacia esa milenaria Ciencia que ya los griegos colocaban en el pináculo.

En proseguimiento de la línea marcada por Rodolfo Rivarola, nuestro homenajeado de hoy fundó la Asociación Argentina de Ciencia Política como entidad pionera en estas latitudes; creando al propio tiempo la “Revista de Ciencia Política” que dio cabida en sus páginas a las nuevas vertientes de esa disciplina; asimismo organizó el Primer Congreso Internacional de la especialidad con motivo de la celebración del Sesquicentenario de la Revolución de Mayo, al que concurrieron destacados exponentes. Todo ello se logró a través de la infatigable labor de Linares

Quintana, que empujó hacia delante el vuelco de las energías de muchos colegas y amigos, despertando inquietudes que se tradujeron en frutos de gran valía, como la traducción de la obra del maestro francés Georges Burdeau sobre el método de la Ciencia Política, que tomó a su cargo el siempre recordado Profesor Mario Justo López. Por último, no olvidar la organización de la Licenciatura en Ciencia Política que Linares Quintana llevó a cabo como innovadora etapa del postgrado en la Facultad platenense, con el sacrificio de añadir a las obligaciones docentes de la semana la jornada sabatina, que restaba a su merecido descanso reparador.

Señoras y Señores: si tuviera que enunciar en breve expresión el rasgo distintivo de la formación inculcada por este maestro, yo destacaría la posesión de una notable amplitud de miras, con la honestidad del que procura la verdad sin imponer dogmas y con la sinceridad de recoger y reconocer fielmente el aporte de quienes lo precedieron en su tesonera indagación de las fuentes.

Al cumplir un siglo de dignísima vida y no menos fecunda producción, sigue estudiando y escribiendo, a la vez que continúa atento en la observación de los sucesos universales y nacionales que a él -como a nosotros- nos sacuden con “el vértigo de lo ininteligible”. Todo esto nos permite decirle en esta emocionante jornada, que: Usted, Maestro y guía permanente, puede tener la alegría y sentir la paz serena que el poeta Conrado Nalé Roxlo dejó dicho en memorables octosílabos:

“Hay que ponerse risueño,
vendar cantando la herida,
y hacerle frente a la vida
con lo que resta de un sueño”

PALABRAS DEL ACADÉMICO

DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA (*)

Señores Presidentes de Academias;
Señores Académicos;
Señores Profesores;
Señoras;
Señores Estudiantes y público en general:

Sean estas breves pero sentidas palabras para expresar mi más profundo agradecimiento por este honroso homenaje que me brindan las Academias Nacionales de las que soy Miembro Titular desde hace medio siglo, con motivo de cumplir cien años de edad, y haber dedicado toda mi vida al estudio y enseñanza de la Ciencia que Aristóteles, su fundador, calificara como la Ciencia soberana entre las Ciencias; lo cual me hizo merecedor del Primer Premio Nacional de Ciencias, máxima distinción que se otorga al trabajador intelectual.

Agradezco especialmente a los destacados colaboradores y queridos amigos que, con su valioso aporte, han contribuido a la calidad, dignidad y prestigio de la Cátedra, a través del tiempo y de las vicisitudes institucionales del país, como también al personal administrativo por su dedicación y excelente desempeño. Y, en fin, cumplo un elemental deber

(*) Palabras de agradecimiento del Académico Decano en el homenaje conjunto con motivo de cumplir sus 100 años, de las Academias Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Morales y Políticas y de Ciencias de Buenos Aires, en la sesión pública del 5 de agosto de 2009.

en expresar lo mucho que aprendí de mis alumnos, porque, como dijera Miguel de Unamuno, Rector de la famosa Universidad de Salamanca, en su última lección, al ser destituido de su cargo por la tiranía: “enseñar es también aprender”.

Todo lo que tengo y lo que soy, no me pertenece: se lo debo a la Gracia de Dios y al amor y ejemplo de los míos; como también a las sabias lecciones de mis maestros.

También agradezco profundamente la ilimitada colaboración de un conjunto de relevantes colegas y discípulos, que entregaron lo mejor de sus notables personalidades para formar un verdadero bastión de resguardo de los valores éticos e institucionales en tiempos difíciles de turbulencia y confusión.

Toda mi actividad intelectual y docente estuvo inspirada en la Doctrina Constitucional de Mayo consagrada por aclamación del pueblo reunido frente al Cabildo de Buenos Aires, y a propuesta del mismo en un acto de democracia pura y directa, como consta en el Acta Capitular, y que conforma la primera Constitución argentina, al decir de Bartolomé Mitre.

Cumple asegurar que los integrantes de la Cátedra siempre pensaron y actuaron plena y sinceramente convencidos de la inolvidable afirmación de Sarmiento, que en carta dirigida a su amigo José Posse el 30 de abril de 1855, escribiera: “yo creo en la libertad”.

Como también coincidieron, con Joaquín V. González, el intérprete por excelencia de la Constitución Nacional, que en su clásico Manual de la Constitución Argentina escrito hace un siglo, expresaba que: “no debe olvidarse que es la Constitución un legado de sacrificios y de glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir, que ella dio cuerpo y espíritu a nuestra Patria hasta entonces informe, y que como se ama la tierra nativa y el hogar de las virtudes tradicionales, debe amarse la Carta que nos engrandece y nos convierte en fortaleza inaccesible a la anarquía o al despotismo”.

El famoso escritor Dante Alighieri, en “La Divina Comedia” escribió: “si sigues tu estrella arribarás a glorioso puerto”. Por mi parte me atrevería a afirmar que durante mi existencia siempre he procurado seguir mi

estrella, por supuesto la más pequeña y menos luminosa del firmamento pero también estrella.

Y en fin, nuestro más hondo reconocimiento a todos aquellos que físicamente están, y a los que ya no están el recuerdo perdurable en nuestros corazones.

Muchas gracias. Buenas tardes

INDICE

ANALES 2009

I. INCORPORACIONES

Palabras de apertura del acto por el Académico Presidente doctor Julio César Otaegui..... 3

Discurso de recepción por el Académico doctor Héctor Alegria

A más de doscientos años del Código Napoleón. Disertación pronunciada por el Académico correspondiente en la República del Perú, doctor Felipe Osterling Parodi, en oportunidad de su incorporación como Académico correspondiente, en la sesión pública del 14 de mayo de 2009 5

Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge H. Alterini . 19

La protección de la voluntad en la contratación contemporánea. Disertación pronunciada por el Académico doctor José W. Tobías, en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 11 de junio de 2009 25

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

Favor debitoris y su aplicación en el régimen societario. Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 23 de abril de 2009 43

La acción colectiva resarcitoria en el Código italiano de protección de los consumidores. Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 28 de mayo de 2009..... 51

<i>La 'empresa' en la terminología de la Constitución Nacional: Una singularidad.</i> Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vannosi, en la sesión privada del 25 de junio de 2009	135
<i>La Corte Interamericana de Derechos Humanos como instancia jurisdiccional superior de la Corte Suprema de Justicia.</i> Comunicación del Académico doctor Gregorio Badeni, en la sesión privada del 23 de julio de 2009	151
<i>La gestión judicial eficiente ¿supone la realización de un cambio radical?.</i> Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 10 de septiembre de 2009.....	202
<i>La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor.</i> Comunicación del Académico doctor Félix A. Trigo Represas, en la sesión privada del 8 de octubre de 2009	214
<i>Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial.</i> Comunicación del Académico doctor Héctor Alegria, en la sesión privada del 12 de noviembre de 2009	238
<i>Derecho económico y análisis económico del derecho.</i> Comunicación del Académico doctor Julio H. G. Olivera, en la sesión privada del 26 de noviembre de 2009	298
<i>El derecho patrimonial privado codificado. Su evolución desde el Centenario de la Revolución de Mayo hasta las vísperas del Bicentenario.</i> Comunicación del Académico doctor Julio César Otaegui, en la sesión privada del 10 de diciembre de 2009	302

III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo	347
Instituto de Derecho Civil	351
Instituto de Derecho Constitucional	353
Instituto de Derecho Empresarial	355
Sección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Instituto de Derecho Empresarial	376
Instituto de Derecho Internacional Público	380
Instituto de Derecho Procesal	382

IV. XVIII REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS
NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

Programa	387
----------------	-----

V. HOMENAJES

<i>Doctor Augusto Mario Morello. Resolución del 22 de abril de 2009</i>	391
---	-----

<i>Doctor Ricardo Levene. Disertación del Académico doctor Julio César Otaegui en el acto público de homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Academia Nacional de la Historia y la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el 12 de mayo de 2009</i>	393
--	-----

Disertación del Académico doctor Horacio A. García Belsunce .	401
---	-----

Disertación del Académico doctor Alberto Rodríguez Galán	405
--	-----

Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi	415
---	-----

Palabras de cierre del acto del Académico Decano doctor Segundo V. Linares Quintana	421
---	-----

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE SETIEMBRE DE 2010
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA