

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

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL
Director: Héctor Alegria

Cuestiones de Derecho Empresarial

Mauricio Boretto - Juan Malcolm Dobson
Mariano Gagliardo - Francisco Junyent Bas
Miguel Piedecabras - Ricardo Prono
Rubén Stiglitz - Juan Carlos Veiga



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

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

**CUESTIONES DE DERECHO
EMPRESARIAL**

DIRECTOR: ACADÉMICO HÉCTOR ALEGRIA



**BUENOS AIRES
2011**

Héctor Alegría
Cuestiones de derecho empresarial. - 1a ed. - Buenos Aires : La Ley; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2012.
272 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2316-7

I. Derecho Comercial. I. Título.
CDD 346.07

Copyright © 2012 by Academia Nacional de
Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, 1° (C1014AAE) Buenos Aires

Copyright © 2012 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y del autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 350 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-2316-7
SAP 41353040

ARGENTINA

**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, Nº 1 (1915) - Segunda época, Nº 1 a 49.

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad. Elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).

20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
26. *Los posibles 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 - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios sobre Derecho Civil.*
2. *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. *Estudios sobre daño moral.*
6. *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
7. *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
8. *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
9. *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
10. *Los vicios de la voluntad.*
11. *Los vicios de la voluntad. Parte II*
12. *Capacidad civil de las personas.*
13. *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
14. *Sociedad Conyugal.*
15. *Teoría y práctica de los contratos*

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.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de Derecho Empresarial.*

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.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*

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. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Félix A. Trigo Represas

Secretarios

**Académico Dr. Jorge H. Alterini
Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia**

Tesorero

Académico Dr. Roberto E. Luqui

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 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bernejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
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 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 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 septiembre 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 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
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 Arifio Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. 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
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro

Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaña
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Manuel V. Ordóñez
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 Rfo
Dr. Marco Aurelio Risolfa
Dr. Horacio C. Rívarola
Dr. Rodolfo Rívarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guíñazú
Dr. Isidoro Ruiz Morenó
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 Zavallá
Dr. Estanislao S. Zeballos

PRÓLOGO

El Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumple con la edición de este libro un viejo anhelo: dar a publicidad su trabajo durante un año –en el caso 2011– en cuanto a las Comunicaciones expuestas por sus integrantes en reuniones celebradas cada mes, las que en todos los casos fueron seguidas por importantes debates entre los asistentes.

¡A la satisfacción que produce la aparición del volumen, que esperemos perdure en los años siguientes, se une el convencimiento que, mediante ella estamos cumpliendo los objetivos de la Academia, en cuanto nos concierne, que en su Estatuto se definen claramente y que es oportuno transcribir: “1) Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales, que se promuevan en su seno o se le consulten; 2) Fomentar y difundir el estudio de las ciencias sociales; 3) Propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen legal”. Nada más ajustado a estos fines que la organización misma de las reuniones antedichas y, ahora, la publicación de los estudios de gran valor que surgieron de ellas.

No trataré de brindar aquí un comentario pormenorizado del índice de la obra, que seguramente es superfluo para el lector, pero si me parece insoslayable destacar el alto valor y gran actualidad de todos los trabajos. La contribución al progreso de nuestra ciencia, entonces, es varias veces valiosa: por la jerarquía de sus autores, por la enjundia de su tratamiento y por los temas abordados, propios del actual derecho en constante evolución.

Para demostrar esta última afirmación, bastará referirse a que el Académico *Mariano Gagliardo*, subdirector del Instituto, nos brinda una acertada reflexión sobre una cuestión de moderno debate: la significación jurídica de la culpa en la solidaridad pasiva, lo que cobra realce en materia societaria y concursal; *Rubén Stiglitz* trata con autoridad el “espinoso

tema” de las cláusulas abusivas en ls relaciones de consumo, con una adecuada exposición del derecho nacional y también identificación de las soluciones en el derecho comparado; *Juan Malcom Dobson* nos ilustra sobre la “necesidad de adoptar una política jurídica sobre la inhabilitación de los administradores de personas jurídicas en quiebra”, problema aún no abordado de manera coherente tanto por la legislación como por su aplicación doctrinaria y jurisprudencia, sugiriendo fundadas soluciones; *Mauricio Boretto* contempla casos novedosos con relación a las llamadas “garantías autoliquidables”, esta vez con relación a la prevención de los daños que pueda causar su ejecución indebida; *Ricardo Prono* afronta un tópico desde antiguo conflictivo, como es el del concepto y reglas especiales del derecho procesal concursal, cuyas aristas desmenuza en todos sus perfiles relevantes, proponiendo interpretaciones de armonización y coherencia, sobre todo por la especialidad del proceso concursal y la diversidad de ordenamientos procesales locales; *Francisco Junyent Bas* nos introduce a un gran tema de candente actualidad: la última “reforma concursal” (ley 26.684), a la que trata con detalle y donde brinda interpretaciones novedosas sobre una base legal que, por sus características, se ha tornado inestable y a veces poco menos que inescrutable, aun cuando sus objetivos sean claros; *Juan Carlos Veiga* analiza el mercado de crédito y el derecho concursal, aspecto a veces descuidado en la doctrina al exponer la materia, pues frecuentemente se examinan los efectos microeconómicos del fenómeno sin distinguir eficientemente sus relaciones con campos más generales de la vida de la comunidad, lo que es apremiante por su apertura metodológica; finalmente *Miguel Á. Piedecabras* examina otra cuestión medular del derecho de nuestros días, como es el vínculo entre “Negocios, medicina prepaga y derecho”, universo en el que se insertan diversas normativas, en especial la última ley de medicina prepaga (n° 26.682) pero que, según bien lo estudia el autor, deben vincularse muchas dimensiones socio económicas y culturales y abordarse la actuación de múltiples sujetos, muchos de ellos con especial protección legal en un espacio de amplia sensibilidad, como es el de la salud.

Esta apretada síntesis demuestra lo que antes afirmamos. Pero tiene otros matices que me gustaría destacar: salvo el primer trabajo debido a la pluma del subdirector del Instituto, Académico Gagliardo, los demás han sido elaborados por otros

destacados profesores recientemente incorporados al Instituto, que acudieron con entusiasmo y solidez al llamado para exponer sus ideas. Además, las incorporaciones se dirigieron en lo substancial a juristas del interior, en una necesaria apertura federal que reconozca los valores que actúan en todo el país. Finalmente, se advertirá la participación de jóvenes profesores cuyo valor se ha demostrado ya en trabajos precedentes y que permite integrar a las generaciones en el devenir intelectual de nuestra Institución.

Deseo finalmente agradecer a todos por su colaboración, así como el apoyo de las autoridades y funcionarios de la Academia y al Secretario honorario del Instituto, doctor Gonzalo Ballester, esperando que la obra sea de interés y concite la atención de la doctrina y la jurisprudencia.

HÉCTOR ALEGRIA
ACADÉMICO DIRECTOR DEL
INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

PREVENCIÓN Y RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDADABLES

POR MAURICIO BORETTO

I. PUNTO DE PARTIDA

En la República Argentina, calificada doctrina extiende la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 Constitución Nacional), pensada originariamente para el derecho penal, al ámbito privado patrimonial negocial. En este sentido, se ha afirmado sin hesitación que "Ningún habitante de la Nación podrá ser *penado o ejecutado en sus bienes sin juicio previo fundado en ley*" (1).

Es más, jurisprudencia de la Corte Federal argentina ha reafirmado la importancia del principio de bilateralidad procesal desde la óptica de la cosa juzgada, negando la existencia de esta última si falta el contradictorio (2).

A mayor abundamiento, el art. 75 inc. 22º de la Constitución Nacional ha incorporado con máxima jerarquía normativa a la Convención Americana de Derechos Humanos. En virtud de dicho tratado (art. 8º), toda persona tiene el derecho humano a tener un proceso justo y a que termine en un tiempo razonable.

Ante este panorama doctrinario, jurisprudencial y normativo -que en principio impondría la necesidad de realizar las garantías crediticias con *previa* intervención jurisdiccional en virtud de la cual

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

(1) CLARIÁ OLMEDO, JORGE, "Derecho Procesal", Conceptos fundamentales, t. 1, Buenos Aires, ed. Depalma, 1989, pág. 68. Sobre garantías autoliquidables véase el trabajo liminar: ALEGRIA, HÉCTOR, "Las garantías autoliquidables" en revista de Derecho Privado y Comunitario, número 2, 1993, págs. 152 y ss.

(2) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/02/71, "Campbell, Davidson v. Provincia de Buenos Aires", JA. 11/1971/231.

el deudor pueda ser oído y ejercer sus medios de defensa- estudiar las garantías autoliquidables es necesario pues, como regla, en este tipo de garantías, el deudor no es oído ni puede ejercer sus medios de defensa en la misma ejecución privada que se le sigue en su contra; cabe, pues, preguntarse si las garantías autoliquidables no son inconstitucionales por importar una renuncia anticipada de un derecho irrenunciable como es el de defensa en juicio del deudor.

Así las cosas:

- ¿cómo es posible que las garantías autoliquidables hayan sido, sin más, consentidas por los operadores económicos, por los juristas, y por quienes ejercen la función jurisdiccional como si constituyeran un fenómeno jurídico-económico que viene dado de la realidad negocial y que debe aceptarse como tal?

- ¿Cómo se explica que estas garantías ganen cada vez más terreno en el "mundo de los negocios" sin que se cuestione su legitimidad constitucional?

En general, ni la doctrina ni la jurisprudencia explican por qué las garantías con autoejecución no son inconstitucionales a pesar de que, a la luz del art. 18 de la Norma Fundamental y de algunos Tratados Internacionales, *prima facie* no respetarían el derecho de defensa del deudor.

En su mayoría, autores y jueces, analizan y estudian directamente las garantías autoliquidables como instrumento de ejecución patrimonial, sin preguntarse si es legítimo y justo que se acometa contra la propiedad del ejecutado soslayando la oportunidad de que sea oído de manera previa dentro de la misma ejecución extrajudicial impetrada en su contra.

Es más, llama la atención que la moderna doctrina y jurisprudencia ni siquiera se pregunte si desde la óptica constitucional el juicio ordinario posterior a la ejecución es una alternativa eficaz para la protección de los derechos del deudor, ejecutado extrajudicialmente.

Sin embargo, este interrogante sí se lo formuló prestigiosa doctrina procesalista de la primera hora, y contestó negativamente. Dijo Podetti en forma contundente: *"Un proceso en el cual el demandado no pudiera ejercitar sus defensas, sería claramente contrario a la garantía aludida. La circunstancia de que el ejecutado pueda iniciar luego un proceso de repetición por la vía ordinaria, no elude la violación constitucional, ya que el 'juicio' sin audiencia y sin posibilidad de controversia, no sería tal*

y sus consecuencias nunca podrían ser totalmente reparadas mediante el proceso posterior” (3).

Ante esta laguna de fundamentos justificativos por parte de los autores modernos, básicamente desde el punto de vista del Derecho Constitucional y Procesal argentino, creemos necesaria nuestra investigación pues es menester desentrañar el alcance y proyección de la garantía del debido proceso legal -propia del ámbito penal- en el área privada patrimonial negocial. En consecuencia, se requiere dilucidar si el “conocimiento judicial anterior a la ejecución” es una exigencia que sólo rige para la esfera penal, o si, por el contrario, tampoco puede ser postergado en el ámbito privado patrimonial.

II. INTENTO CONCEPTUALIZADOR DE LAS “GARANTÍAS CON AUTOEJECUCIÓN”.

Entendemos que las garantías autoejecutables son medios de ejecución patrimonial bajo la forma de negocios de garantía, en los cuales:

a) la *ley* (vgr.: warrants, ley 9643; prenda con registro “privada”, art. 39 del decreto-ley 15.348/46; prenda comercial común, art. 585 Código de Comercio; etc.) o la *autonomía de la voluntad de los particulares ejercida al amparo de la ley* (art. 1197 del Código Civil argentino) (vgr.: garantías a primera demanda) asignan a ciertas convenciones o negocios jurídicos de garantía efectos análogos a los de una sentencia judicial (equiparación de títulos ejecutivos judiciales y de títulos extrajudiciales);

b) de tal manera que los títulos extrajudiciales y privados que sustentan esos negocios jurídicos de garantía son susceptibles de agotar autónomamente el contenido de la función jurisdiccional, esto es, llevar a cabo la ejecución forzada sin que ella haya sido precedida -dentro del propio trámite autoliquidativo- de un etapa de conocimiento judicial. Se prescinde así de una etapa de tales características *dentro* del propio trámite privado de autoejecución patrimonial que lleva adelante el acreedor, en el cual el deudor y/o tercero garante pueda ser oído (ofrecer prueba, oponer defensas, excepciones, alegar sobre el mérito de la prueba ofrecida, etc.), y

(3) PODETTI, RAMIRO, “*Tratado de las ejecuciones*”, 2ª edición, t. VII-A, segunda parte, El proceso ejecutivo típico, capítulo VI, Buenos Aires, ed. Ediar, 1968, pág. 108.

c) la ejecución de la garantía por el acreedor tiene carácter extrajudicial o privada; sea mediante la realización, venta o enajenación privada de la cosa dada en garantía; o, alternativamente, a través de la estimación de su valor según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero; o bien, mediante la satisfacción directa del crédito por parte del garante previa notificación por el acreedor del incumplimiento en el que incurriera el deudor, como ocurre en la garantías a primer requerimiento (en las que no se realiza cosa alguna).

En consecuencia, no obsta a la calificación de autoejecutable el hecho de que pueda existir "alguna" intervención jurisdiccional. Tal es el caso de las *garantías a primer requerimiento* en las cuales se han admitido las medidas cautelares de prohibición de pagar contra el garante en aquellos casos en los cuales el deudor -ordenante- invoca y acredita fehacientemente la existencia de abuso o fraude manifiestos por parte del beneficiario al reclamar la ejecución de la garantía. Lo mismo podemos decir con respecto al "secuestro" en la prenda con registro privada, materializado a los efectos de entregarle al acreedor la "cosa pignorada" -que estaba en manos del deudor- para que la remate privadamente.

Así las cosas, quedan comprendidas en el concepto de autoejecutables, entre otras, las siguientes garantías:

- el warrant (ley 9643)
- la prenda con registro privada (decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962 y modificado según decreto 897/95 de la República Argentina).
- la prenda comercial común (arts. 580 y 585 del Código de Comercio)
- el fideicomiso de garantía (ley 24.441)
- las garantías a primera demanda (art. 1197 Código Civil)
- los depósitos en caución o *back to back* o depósito bancario en garantía o "*escrow accounts*" (principalmente regulados por las normas del Banco Central de la República Argentina (LISOL - "Liquidez y solvencia"), difundida por la comunicación A 3918, complementadas por el Código Civil y el Código de Comercio)
- la cesión de créditos en garantía (arts. 583 y 586 del Código de Comercio y art. 1197 del Código Civil)

- la ejecución hipotecaria del banco de la Provincia de Buenos Aires (art. 65 de la carta orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires, dec.-ley 9434/79, modif. dec.-ley 9840/82, según decreto 9166)

III. EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO

Como lo explicamos precedentemente, en las garantías autoejecutables la agresión patrimonial es directa, sin posibilidad de que el ejecutado pueda ejercer contra la misma -en forma *previa*- el derecho de defensa. Éste podrá ejercerse a través de un juicio de conocimiento amplio -distinto de la vía ejecutiva privada- cuya promoción estará a cargo del deudor o tercero garante ejecutado.

Es más, si la ejecución llevada a cabo por el acreedor fue abusiva, fraudulenta o sin derecho, en el juicio de conocimiento iniciado por el ejecutado para plantear aquellas defensas que no pudo concretar en la autoejecución patrimonial dirigida en su contra podrá, además, reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la ejecución antijurídica.

La Carta Magna no impone que el deudor deba ser oído previamente en la "*misma vía ejecutiva*" que se está utilizando en su contra. Lo que sí asegura la Constitución -pues *la defensa en juicio de la persona y sus derechos es inviolable*- es la oportunidad de que "pueda" ser oído en forma previa, y ello a través de distintas vías:

- a) por medio de la propia ley que impone la 'vista' o 'traslado' previo a favor del deudor dentro de la propia vía ejecutiva utilizada contra este último (caso del juicio ejecutivo), o,
- b) porque, si bien no impone el 'traslado' o 'vista' previa en la misma vía ejecutiva incoada, deja librado a la iniciativa del propio deudor la promoción del contradictorio por cuerda separada a través de un juicio de conocimiento (caso de las garantías autoliquidables); juicio este último que, aunque no esté expresamente previsto por el derecho procesal o sustancial, tiene fundamentos en el Derecho constitucional.

Erróneamente se sostiene que la única posibilidad con que cuenta el deudor autoliquidado para defender sus derechos es el *juicio de conocimiento "posterior" a la ejecución*; es decir, después de ejecutado patrimonialmente.

Sin embargo, esta afirmación carece de respaldo normativo toda vez que el deudor tiene -a la luz del art. 18 de la Constitución Nacional- la posibilidad de promover el juicio de conocimiento -con la amplitud probatoria y de audiencia necesarias- *antes, durante y después* de la ejecución para hacer valer sus derechos, **sin que ello obste a que el acreedor siga adelante con la propia ejecución extrajudicial**. El deudor podrá activar su defensa por cuerda separada (juicio de conocimiento) y no dentro de la propia vía ejecutiva privada a través de la cual se lo está ejecutando.

Se confunde la situación del deudor *autoliquidado* por el acreedor con la del deudor agredido en virtud de un *juicio ejecutivo*.

Todos los Códigos Procesales prevén la existencia de un juicio ordinario '*posterior*' que tiene como presupuesto la tramitación *previa* de un juicio ejecutivo.

Sólo cuando ha existido un juicio ejecutivo previo se justifica la posibilidad de promover un juicio de conocimiento amplio posterior (no anterior) a aquél pues, en definitiva, el deudor ha tenido la posibilidad de defenderse -aunque acotadamente- en el propio juicio seguido en su contra, lo que legitima el hecho que se postergue el planteo de aquellas cuestiones ajenas al título ejecutivo para un momento posterior.

Sin embargo, aún tratándose de 'juicio' ejecutivo la Corte Suprema de la Nación de la República Argentina, in re, "Laperuta, Guillermo c/The Chase Manhattan Bank SA" (4) y el Dr. Jorge Peyrano -al estudiar a las acciones de revisión y rectificación de la cuenta corriente bancaria (5)- admiten que el "juicio de conocimiento" puede no ser posterior al juicio ejecutivo. He aquí el punto de equilibrio.

El último párrafo del art. 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN) (según ley 22.434) puede extraerse la posibilidad que tiene el ejecutado de cuestionar la deuda que se le atribuye mediante un proceso de conocimiento, que si bien no paraliza la ejecución, tampoco se ve impedida por ésta. En el caso, mientras era ejecutado por el banco en virtud del certificado de saldo de la cuenta corriente de que era titular, el deudor promovió demanda a través de la cual solicitó la nulidad del contrato celebrado con el ejecutante, pues los aspectos atinentes a la causa sólo podían ser atacados por la vía del proceso ordinario.

(4) E.D. 123-280.

(5) "Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria", JA. 1995-III-899.

Tanto en primera como en segunda instancia se resolvió que no debía sustanciarse la demanda hasta tanto -conforme al art. 553 CPCCN- estuviese firme la sentencia recaída en el juicio ejecutivo. La Corte entendió que los jueces inferiores habían incurrido en arbitrariedad, tras haber desinterpretado la mentada norma (que sí autoriza a tramitar el juicio ordinario concomitantemente con el ejecutivo), lesionando la garantía constitucional que asiste al ejecutado y que le asegura el derecho al debido proceso.

En otro precedente, la sala I de la Cámara Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 19 de diciembre de 2008 en autos "*Paz, Fernando E. c/Ciudad Autónoma de Buenos Aires*" (6) resolvió que resulta procedente la acción meramente declarativa incoada por un contribuyente invocando la existencia de incertidumbre sobre los períodos sobre los cuales recae la deuda fiscal que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires le reclama respecto de un inmueble, pues, no resulta razonable restringir el acceso a la vía preventiva de la acción prevista en el art. 277 del CCAyT, difiriendo el tratamiento de la cuestión a una acción de repetición, previo pago de la suma reclamada en concepto de caducidad del plan de facilidades de pago, en tanto el trámite de la acción en nada interfiere en la prosecución de la ejecución fiscal ya iniciada, garantizándose así el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el principio pro accione.

En el caso, un contribuyente dedujo una acción meramente declarativa invocando la existencia de incertidumbre sobre los períodos sobre los cuales recaía la deuda fiscal que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires le reclamaba respecto de un inmueble. El demandado dedujo la excepción de cosa juzgada y, apelada la sentencia de grado que admitió la acción y rechazó la defensa, la Cámara resolvió confirmarla.

De lo expuesto cabe concluir que en el Derecho procesal argentino no hay obstáculo legal para que el deudor promueva -concomitantemente o con posterioridad al juicio ejecutivo- el juicio ordinario en el cual se discutan con amplitud el alcance y la relación causal motivo de la emisión del título ejecutivo.

Tal aserto nos guía a la siguiente reflexión: si la concomitancia del juicio ordinario es viable respecto de un juicio ejecutivo que tramita en contra del ejecutado, con mayor razón sería viable cuando el obligado es ejecutado por un mecanismo autoliquidativo en el cual no hay juicio previo.

(6) LA LEY, 2009-B-413 con nota de Orlando D. Pulvirenti "*Juicio ordinario: ¿posterior o simultáneo a la ejecución fiscal?*"

En efecto, el deudor ejecutado por el acreedor munido de *garantía autoliquidable* lisa y llanamente no puede hacer valer defensa alguna, ni siquiera referida al título, pues no hay "juicio" en su contra en el cual las pueda plantear.

Se justifica que el *deudor* pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y prueba necesarias) *antes* o *durante* (y por supuesto con posterioridad) a la ejecución para ser oído, **aún cuando no podrá impedir que lo ejecuten extrajudicialmente.**

En aquellos casos en que el juicio de conocimiento es iniciado con *posterioridad* a la ejecución autoliquidable, podrá adoptar *también* la forma de un *juicio de repetición*. En éste el deudor autoejecutado podrá pretender, además de plantear aquellas defensas que no pudo hacer valer en la ejecución privada, repetir contra el acreedor lo percibido por éste -sin derecho- con motivo de la autoliquidación de la garantía. Puede además acumular la pretensión resarcitoria.

IV. LA "PREVENCIÓN" DEL DAÑO ANTE LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES. EL "EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO DEL DEUDOR" EN LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Intentaremos dar respuesta al interrogante precedente. Tarea nada fácil, que hasta parece contradictoria, pues trataremos de explicar cómo puede el deudor defenderse ante una autoliquidación privada; la que presupone -aparentemente- que el ejecutado no puede ser oído en forma "previa".

En uno de los acápites precedentes, por los fundamentos dados (garantía de acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el principio pro accione, arg. art. 18 Constitución Nacional), concluimos que en el Derecho procesal argentino no habría obstáculo legal para que el deudor *de manera excepcional* promueva concomitantemente al juicio ejecutivo, el juicio ordinario en el cual se discutan con amplitud el alcance y la relación causal motivo de la emisión del título ejecutivo.

A fortiori, cabría sostener que tratándose de garantías de ejecución privada -en las cuales no hay posibilidad alguna de ser oído dentro de la misma ejecución- con mayor razón el *garante* ejecutado privadamente debería poder promover un juicio de conocimiento amplio -en cuanto a la audiencia y a la prueba- *antes* o *durante* (y por supuesto con *posterioridad*) a la ejecución patrimonial seguida en su contra para ser oído y hacer valer sus derechos (v.gr.: que pagó, que la garantía es inválida, etc.), aún

cuando no podrá impedir que lo ejecuten extrajudicialmente (principio de libre demandabilidad a favor del acreedor, art. 17 Const. Nac.).

En efecto, puede ocurrir que la vía -judicial o extrajudicial- de ejecución patrimonial utilizada por el acreedor no prevea traslado alguno previo a la agresión patrimonial; sin embargo, ello no es óbice para que 'exista' la posibilidad defensiva aún *previa* del ejecutado. Ello así, en función de una interpretación y de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico constitucional que otorga a toda persona el derecho al 'juicio previo' (art. 18 de la Constitución Nacional).

La Carta Magna no impone que el deudor deba ser oído previamente en la "*misma vía ejecutiva*" que se está utilizando en su contra; lo que sí asegura la Constitución -pues *la defensa en juicio de la persona y sus derechos es inviolable*- es la oportunidad de que "pueda" ser oído en forma previa, y ello a través de distintas vías tal como lo expresamos precedentemente:

a) por medio de la propia ley que impone la 'vista' o 'traslado' previo a favor del deudor *dentro de la propia vía ejecutiva* utilizada contra este último (caso del *juicio ejecutivo*), o,

b) *por cuerda separada*, a través de un juicio de conocimiento (caso de las *garantías autoliquidables*), juicio este último que, aunque no esté expresamente previsto por el derecho procesal o sustancial, tiene fundamentos en el Derecho constitucional.

En efecto, "el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio "pro actione", hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción" (7).

Para nosotros, por ejemplo, el hecho de que los cuerpos legislativos que regulan el warrant (ley 9643), la prenda con registro privada (art.39

(7) Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29/09/1999, "caso 10.194: Palacios, Narciso - Argentina". con nota de Carlos A. Botassi, "Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa y derechos humanos", LA LEY 2000-F-594.

del decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962 y modificado según decreto 897/95), la prenda comercial común (arts. 580 y 585 del Código de Comercio), el fideicomiso de garantía (ley 24.441) y la ejecución hipotecaria del Banco de la Provincia de Buenos Aires, no prevean la existencia de un traslado o vista al ejecutado 'antes' de agredirlo patrimonialmente, no significa que este último no pueda defenderse en forma *previa*.

A la luz de los principios constitucionales -arts. 17, 18 y 19 Constitución nacional- cabe destacarse que la ley en particular, y el ordenamiento jurídico en general, no imponen en forma expresa que el juicio de conocimiento debe ser necesariamente 'posterior'.

Lo que ocurre, es que se confunde la situación del deudor *autoliquidado* por el acreedor con la del deudor agredido en virtud de un *juicio ejecutivo*.

Todos los Códigos Procesales prevén la existencia de un juicio ordinario 'posterior' que tiene como presupuesto la tramitación *previa* de un juicio ejecutivo (8).

(8) CPCCN, artículo 553 que reza "Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas. Toda defensa o excepción que por la ley no fuese admisible en el juicio ejecutivo podrá hacerse valer en el ordinario. No corresponderá el nuevo proceso para el ejecutado que no opuso excepciones, respecto de las que legalmente pudo deducir, ni para el ejecutante, en cuanto a las que se hubiese allanado. Tampoco se podrá discutir nuevamente las cuestiones de hecho debatidas y resueltas en el juicio ejecutivo, cuya defensa o prueba no tuviese limitaciones por la ley, ni las interpretaciones legales formuladas en la sentencia, ni la validez o nulidad del procedimiento de la ejecución. La falta de cumplimiento de las condenas impuestas podrá ser opuesta como excepción de previo y especial pronunciamiento. El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último". CPCMza, artículo 246 que expresa "Cualquiera sea la sentencia en el juicio ejecutivo, quedará, tanto al actor como al ejecutado, su derecho a salvo para promover el proceso por repetición. No corresponde el derecho de promover nuevo proceso al demandado que no se defendió y al actor que se allanó a las defensas perentorias opuestas por el demandado, salvo reserva expresa formulada por éste en el plazo para oponer excepciones y por el ejecutante en el que se le confiera para contestarlas. El proceso ordinario podrá promoverse después de ejecutoriada la sentencia recaída en la ejecución, sin necesidad de cumplir previamente las condenaciones impuestas. La iniciación del juicio ordinario posterior no suspenderá la ejecución de la sentencia dictada en el ejecutivo. El derecho a promover el juicio de repetición caducará para el ejecutante sesenta días después de quedar firme la sentencia que rechaza la ejecución, y para el demandado, en la oportunidad

Sólo cuando ha existido un juicio ejecutivo previo se justifica la posibilidad de promover un juicio de conocimiento amplio posterior (no anterior) a aquél pues, en definitiva, el deudor ha tenido la posibilidad de defenderse -aunque acotadamente- en el propio juicio seguido en su contra, lo que legitima el hecho que se postergue el planteo de aquellas cuestiones ajenas al título ejecutivo para un momento posterior.

No obstante ello, hemos visto cómo aún tratándose de 'juicio' ejecutivo la Corte Suprema de la Nación in re "Laperuta, Guillermo c/The Chase Manhattan Bank SA" (9), admiten que el "juicio de conocimiento" puede no ser posterior al juicio ejecutivo.

En cambio, el deudor ejecutado por el acreedor munido de *garantía autoliquidable* lisa y llanamente no puede hacer valer defensa alguna, ni siquiera referida al título, pues no hay "juicio" en su contra en el cual las pueda plantear. Así las cosas, se justifica con toda claridad que el *deudor* pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y prueba necesarias) *antes o durante* (y por supuesto con posterioridad) a la ejecución para ser oído, aún cuando no podrá impedir que lo ejecuten extrajudicialmente.

En conclusión, en el caso de las autoejecutables, si bien como regla el deudor no puede impedir la "agresión" patrimonial privada del acreedor, sí puede promover el juicio "previo" para que lo "oigan antes" y, esta facultad no le puede ser vedada desde ningún punto de vista. Es decir, la ley puede posponer la promoción del juicio de conocimiento pero no puede ***prohibir la facultad constitucional de la cual goza el deudor de poder iniciarlo antes o durante la autoliquidación de la garantía.***

Obviamente, destacamos, que el *deudor* solo podrá plantear este *juicio de conocimiento iniciado por separado y con carácter previo, paralelo o posterior* a la autoliquidación de la garantía, en forma *excepcional*, cuando existan ***indicios patentes y graves de "abuso" o "ilícitud" (de fácil prueba y rápida producción*** (10)) en la ejecución privada que se sigue

prevista en el artículo 258 apartado II de este Código y si tal evento no se produce, caducará su derecho después de transcurrido el plazo de sesenta días desde la ejecutoria de la sentencia que manda llevar adelante la ejecución".

(9) E.D. 123-280.

(10) En el viejo continente esta es la conclusión respecto de la prueba que debe existir respecto del fraude para que prospere la medida cautelar para impedir el pago del garante al beneficiario en materia de garantías a primera demanda. En este sentido, se dice que: "(...) quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho, lo que se ha dado en llamar *fumus boni iuris* ordinariamente presentando un principio de prueba por escrito (...) en lo

en su contra. **De lo contrario, si no se subraya el carácter “excepcional” de esta facultad del deudor, carecería de sentido *nuestra propuesta* pues el conocimiento judicial “previo”, si bien marginado *dentro* de la misma vía ejecutiva, se logra por *fuera*. En otras palabras, sería más de lo mismo.**

Este es el sentido del juicio previo que *siempre debe existir*, que permite conciliar los intereses en juego de acreedor y deudor (11).

Ahora bien, de igual modo a lo que ocurre con un juicio ejecutivo común (cambiario, prendario, hipotecario, etc.), tratándose de garantías autoejecutables, como regla, el deudor no puede impedir la “agresión” patrimonial privada del acreedor en resguardo del derecho de propiedad de este último (art. 17 Constitución Nacional).

Este juicio de conocimiento amplio que el deudor puede promover contra la ejecución privada y extrajudicial del acreedor, puede tener

substantial, será la prueba documental la que, en mayor medida, va a dar el grado de conocimiento y casi la única cuando se adopta inaudita parte deudor. Para los casos de existencia de una fase de contradicción, esta semiplena probatio podría también realizarse acudiendo a otros medios, pero siempre teniendo en cuenta que no se trata de una cognitio plena ni ha de examinarse el derecho con el grado de certeza que se requiere en la sentencia (...) el ordenante debe alegar y probar los hechos que alega y debe establecer las consecuencias legales de estos hechos. Por el contrario, si el ordenante no es capaz de presentar una prueba clara del fraude de manera inmediata, su solicitud de libramiento de una orden impositiva del pago debe quedar desestimada (...)” (SAN JUAN CRUCELAEGUI, JAVIER, “*Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*”, ed. Thomson Civitas, 2004, Madrid, España, págs. 524 y 525).

(11) La propia doctrina europea, al referirse a los presupuestos de las medidas precautorias susceptibles de dictarse para detener las ejecuciones abusivas en materia de garantías a primera demanda, al referirse a la “audiencia previa” sostiene que “(...) la audiencia previa es una garantía de defensa para el demandado que deberá observarse cuando resulte posible. No obstante, el factor sorpresa quedaría diluido si la audiencia previa fuera regla general. Por ello, la forma de acordarlas inaudita parte resulta adecuada. Sin embargo, cuando ello suceda, deberá existir una fase posterior de oposición e impugnación del demandado que comporta lo que se ha denominado como doble juicio provisorio: primero, en la fase previa sin audiencia de éste, y luego, en la fase posterior, en la que se otorga al demandado la necesaria contradicción. Si por razones de urgencia han de adoptarse sin audiencia previa, ello no obsta a que, cuando sea posible, resulta conveniente que la oposición a las medidas cautelares se realice con carácter previo (...)” (SAN JUAN CRUCELAEGUI, JAVIER, “*Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*”, ed. Thomson Civitas, 2004, Madrid, España, pág. 534).

mayor o menor entidad y efectos, según que “intervenga” o no un juez en la realización de la garantía autoliquidable (vgr., secuestro prendario en la prenda con registro privada).

A continuación veremos la diferencia entre ambos casos.

IV.a. Garantías autoliquidables en las cuales *existe intervención jurisdiccional*.

Como regla, el deudor promoverá el juicio de oposición a través de un juicio de conocimiento amplio planteando aquellas cuestiones que no puede hacer valer en la ejecución extrajudicial; reiteramos, sin embargo, *no podrá detener ni suspender la ejecución extrajudicial*.

Por ejemplo, el deudor constituye una prenda con registro, que el acreedor ejecuta en su contra alegando el incumplimiento de la obligación principal garantizada. No obstante, el deudor invoca que -en realidad- la deuda garantizada ha sido pagada; encontrándose, por lo tanto, extinguida.

Frente a este escenario, el ejecutado no puede impedir la autoliquidación de la garantía real conforme al art. 39 del decreto-ley 15.348/46. Tampoco puede promover recurso alguno contra la ejecución, ni contra la orden judicial de secuestro del bien pignorado.

No obstante, *nada impide que el deudor incoe el juicio de oposición “antes” de la autoliquidación de la garantía*. En este caso, si bien no se suspenderá la orden judicial de secuestro del bien prendado (y el consiguiente remate), llamará a la reflexión al acreedor sobre la real conveniencia de ejecutar la garantía cuando existe el grave riesgo de incurrir en una conducta abusiva o ilícita. En efecto, si el deudor acompaña en el “juicio de oposición” los recibos de pago correspondientes, el derecho del acreedor aparecerá claramente negado.

Así las cosas, de seguir con la ejecución adelante pese al abuso, al acreedor le significará seguramente la promoción en su contra de un juicio por los daños sufridos por parte del deudor ejecutado atento al obrar antijurídico de aquél.

No obstante lo expuesto, la línea de razonamiento planteada, puede conducirnos a la siguiente inquietud:

¿Puede el garante suspender la actuación del órgano jurisdiccional a través del juicio de oposición solicitando “medidas cautelares”?
Como veremos a continuación, en principio, ello no es factible.

En efecto:

1) Las medidas cautelares (v.gr.: prohibición de innovar) no pueden impedir que prosiga el juicio promovido ante otro juez; la solución contraria implicaría otorgar facultades de revisión a un tribunal distinto al que lleva adelante la ejecución, facultad que no existe en ninguna disposición legal (12).

2) El deudor que ha iniciado una acción de oposición y que pretende paralizar la ejecución privada (v.gr.: el secuestro del bien prendado en la ejecución de la prenda privada con registro) contraría el *principio de prevención* según el cual cuando un tribunal se ha avocado al conocimiento de un asunto ningún otro puede interferir de modo directo o indirecto en el desarrollo y desenlace de aquél (13).

3) La naturaleza jurídica de una medida cautelar como, por ej., la medida de no innovar es residual y contingente, o sea, procede únicamente cuando "la cautela no pudiere obtenerse por medio

(12) AQUILIO, JORGE, "Prohibición de innovar", Bs. As., ed. Abeledo-Perrot, 1969, pág. 56; PEYRANO, JORGE W. "Medida cautelar innovativa", Bs. As., ed. Depalma, 1981, pág. 75; CNApels. Comercial, sala "B", 13/07/1960, "Scherb, Ricardo A. c. Baruffaldi de Vtiello, Zulema", LA LEY 103-21; CNApels. Civil, sala "C", 15/05/1963, "V. de O., M. L. c. C. M., I.", L.L. 112-790; Cámara Segunda, C.C., La Plata, sala II, 16/11/1965, "Badano de Cabrera, María A. c. Fernández, Oscar", E.D. 14-775; CN-Civ., sala A, 15/03/1994, "Vaserman, Olga c. Vaserman, Ana Sofía s/nulidad de los actos jurídicos" E.D. 158-227 (con nota de OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI "Acerca de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de innovar a procesos conexos"). En materia de amparo "(...) mucho antes de sancionarse la ley nacional de amparo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había marcado pautas en torno a este problema, abonando lo que puede denominarse tesis negativa, con relación a la admisión del amparo contra actos de autoridades judiciales. En tal sentido se dijo que no correspondía en el amparo sustituir a los jueces propios de la causa, en las decisiones que éstos deben pronunciar (...) la demanda de amparo "no autoriza la substracción de las causas a los jueces competentes (...) la argumentación clave, en este punto, consistía en la defensa del valor seguridad jurídica, que podría verse comprometido si un tribunal interfiriera en los actos de otro. Sintéticamente, aquella doctrina, en defensa de tal valor, observó que nadie puede sustraerse al juez de su causa; que un magistrado no debe irrumpir en el pleito dirigido por un colega; que los pronunciamientos judiciales únicamente son recurribles en la forma y antes las instancias propias de cada proceso, pero no en una sede tribunalicia paralela; que debía salvaguardarse la institución de la cosa juzgada, cuando hubiere pronunciamientos firmes (...) (SAGUÉS, Néstor Pedro, "Ley de amparo", Bs. As., ed. Astrea, 1979, págs. 160 y 161).

(13) Conf. PEYRANO, JORGE W., "Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria", JA 1995-III-899, esp. pág. 901

de otra medida precautoria”, y generalmente es posterior al inicio del proceso. Es decir, suple la inoficiosidad de otras acciones precautorias y queda supeditada a un litigio en curso. Tal marco conceptual impide extender la medida a un juicio diferente, porque ella no puede interferir en las decisiones que adopte otro juez y como una orden superior en la salvaguarda del derecho al debido proceso (14).

Sin perjuicio de la regla expuesta **-el juicio de oposición no suspende la autoliquidación de la garantía por ser de aplicación el principio de prevención-** creemos que “vedar” *a priori* y en todos los casos la posibilidad de plantear la suspensión por parte del deudor, podría constituir una limitación irrazonable del derecho de acceso a la justicia que le asiste a aquél; a la luz del principio de la buena fe y la doctrina del abuso de derecho (arts. 1071 y 1198, ap. 1º, Código Civil).

En nuestra opinión, los supuestos de abuso o fraude **manifiestos** autorizarían la suspensión.

Por ejemplo, el deudor es ejecutado habiéndose pagado la obligación principal, o habiéndose ésta declarado judicialmente inválida por vicios de nulidad; etc.; circunstancias todas éstas conocidas por el acreedor.

En esta línea de razonamiento, se ha dicho que “(...) la valla es prudente siempre y cuando entre los procesos no exista conexidad, porque si entre el que tiene la medida decretada y aquél que pretende obtener la extensión existe algún punto de conexión o complemento, la cautelar podría aplicarse sujetas a pocos y precisos requisitos (...) dicha conexión entre los procesos es imprescindible para habilitar, extraordinariamente, la intromisión de un juez en el campo de las decisiones jurisdiccionales de otro, pues estando ella ausente, estaríamos en la certeza de vulnerar el derecho de ocurrir al órgano constitucional genuino, o dándole a otro magistrado facultades de revisión que no posee (...) si bien es cierto que para dictar medidas precautorias no se requiere más argumento que la fundamentación del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, también lo es que este marco se reporta para el proceso donde han de ordenarse; circunstancia que se modifica cuando esa decisión toma cuerpo en extensiones que afectan por conexidad a otros procesos vinculados. Este acreditamiento previo obliga a quien solicita la precautoria a demostrar más que la verosimilitud,

(14) GOZAÍNI, OSVALDO A., “Acerca de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de innovar a procesos conexos”, E.D. 158-226; CNCiv., sala A, marzo 15-1994, “Vaserman, Olga c. Vaserman, Ana Sofía s/nulidad de los actos jurídicos”, E.D. 158-227.

para decir dónde está el perjuicio imposible de reparación ulterior si no se ordena la medida tal como lo peticiona. Igual confirmación argumental debe tener el peligro en la demora, por idénticas razones. De suyo, la medida procederá mediante la pertinente contracautela (...) (15).

En el caso de las garantías autoejecutables, entendemos que el “punto de conexión” que puede justificar la “intromisión” de juez viene dado por el hecho de que se está procediendo en forma abusiva o fraudulenta contra el garante, careciendo la ejecución de todo fundamento jurídico, circunstancia que la torna antijurídica al no existir derecho alguno a la realización de la garantía.

Ergo, si los actos privados de los hombres que no perjudiquen los derechos de terceros *están exentos de la autoridad de los magistrados*, aquellos que causan efectivamente una lesión o presuntamente la pueden causar con visos de certeza, autorizan la intervención jurisdiccional (arts. 19, Constitución Nacional y 1109, Código Civil). En la misma línea argumental, en virtud del artículo 43 de la Constitución Nacional, toda aquella persona *-deudor o garante autoliquidado-* que en forma actual o *inminente* tema sufrir una lesión o *amenaza*, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, en sus derechos y garantías constitucionales, puede solicitar una tutela judicial *-expedita y rápida-* a los efectos de obtener el cese de la amenaza lesiva hacia sus derechos.

A mayor abundamiento, aunque desde otra óptica, y con otros fundamentos, el legislador concursal ha consagrado en el artículo 24 de la ley 24.522 una *excepción* importante al *principio de prevención* (en adelante L.C.Q., concursos y quiebras).

El mentado artículo de la L.C.Q dice: “En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del art. 16, párr. final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada, en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de noventa días. La resolución es apelable al solo efecto devolutivo por el acreedor, el deudor y el síndico”.

En virtud de esta disposición normativa, el concursado puede solicitar ante el juez del concurso la suspensión de los remates o medidas

(15) GOZAÍNI, OSVALDO A., “Acerca de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de innovar a procesos conexos”, E.D. 158, págs. 226 y 227.

precautorias ordenados por otros jueces no concursales. Es que sólo el juez del concurso está en condiciones de apreciar la “conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores” (art. 16, in fine, L.C.Q.).

No obstante que la normativa referenciada corresponde al ámbito concursal exclusivamente, esfera en la cual encontramos una disposición legal específica que autoriza la interferencia de juez respecto de otro (16), la misma no importa una solución aislada en el escenario del ordenamiento jurídico en general y, por ende, es proyectable a otras ramas del Derecho, tal como surge de los fundamentos constitucionales que hemos brindado en respaldo de la *petición de suspensión* (arts. 19 y 43, Constitución Nacional).

(16) Lo cual se debe al hecho de que -mediando estado de cesación de pagos o insolvencia patrimonial- se explica que exista una legislación diferenciada (como la falimentaria) que dé respuestas distintas de las del derecho común a los conflictos intersubjetivos que se suscitan. En efecto, los distintos intereses en juego afectados por la insolvencia, las graves repercusiones de ésta y los plurales sujetos involucrados que aspiran a la tutela legal, la necesidad de realizar justicia de tipo distributivo ante la imposibilidad de llevar a cabo la justicia conmutativa, así como los principios orientadores del derecho positivo vigente elaborados a través de la historia; tales como: la defensa del crédito e igualdad de trato de los acreedores, la salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor, y la preservación de la actividad empresarial útil. En algunas normas se manifiesta con más fuerza uno de esos principios orientadores, al paso que otro se pone de resalto con más intensidad en otras reglas (ROUILLÓN, ADOLFO A. N., “*Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*”, 13ª edición actualizada y ampliada, Ciudad de Buenos Aires, ed. Astrea, 2004, pág. 37). Tal es lo que ocurre con la mentada norma del art. 24 L.C.Q. para el concurso preventivo, según la cual es el juez del concurso ante quien debe tramitar y debe resolver la suspensión de los remates o medidas precautorias ordenados por otros, pues solamente el juez del concurso está en condiciones de apreciar la aplicación de aquellos principios (la defensa del crédito e igualdad de trato de los acreedores, la salvaguarda de la integridad patrimonial del deudor, y la preservación de la actividad empresarial útil) en función de apreciar la conveniencia para la continuación de las actividades del concursado y la protección de los intereses de los acreedores (art. 16, L.C.Q.). Para el caso de la quiebra y su influencia para modificar los principios del derecho común ante un incumplimiento contractual (*in bonis*), al producirse una alteración de la situación de igualdad que existe entre acreedor y deudor con motivo de una relación contractual perfeccionada antes del quebranto, ver ROITMAN, HORACIO, “*Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes*”, segunda edición actualizada, Santa Fe, ed. Rubinzal, Culzoni, 2005, esp. cap. IV “incumplimiento ‘in bonis’ e incumplimiento concursal”.

Así, en materia de acción de amparo la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los autos "Miró, Héctor D.", atendió por vía de amparo el problema suscitado por la detención de un letrado, dispuesta por razones disciplinarias por la CCC de Mercedes (sala 1ª). Tal detención fue juzgada por aquella Corte como improcedente, dado que había sido dictada sin oír al profesional, y sin admitir el carácter sustitutivo de la multa oportunamente impuesta (17).

Con igual criterio, desde la doctrina se ha dicho que debe admitirse el amparo contra actos o sentencias judiciales pues en ciertos casos, por sobre el valor seguridad, se procuran salvaguardar otros valores (18).

Bidart Campos ha sostenido que un procedimiento de amparo contra actos procesales viciados (sea por defecto de trámite o de contenido) no puede descartarse con el único argumento de que las decisiones del juez de la causa no deben ser revisadas por otro magistrado ajeno al expediente (19). En la misma línea, Genaro Carrió argumentó que habiéndose admitido jurisprudencialmente interdictos de despojo aun contra decisiones judiciales -v.gr., cuando se hubiera omitido el debido proceso adjetivo- debía analógicamente concederse el amparo respecto de actos de funcionarios (v.gr.: actos y sentencias judiciales) si se hubiera violado alguno de los requisitos del debido proceso (20).

Así las cosas cabe concluir que, en principio, por aplicación del principio de prevención, a través del juicio de oposición, el deudor no puede suspender la actuación del órgano jurisdiccional en aquellas garantías autoliquidables en las cuales está prevista alguna intervención judicial.

Sin embargo, como excepción, en los casos de ejecución *abusiva o fraudulenta* contra el deudor o garante autoliquidado, si esa ejecución puede provocar un perjuicio de imposible o difícil reparación ulterior, el ejecutado puede suspender la actuación jurisdiccional a través de medidas cautelares (v.gr.: medida de no innovar) solicitadas en el juicio de oposición.

Se trata de aquellos casos en los cuales, al mediar *abuso o fraude manifiesto*, la limitación del derecho de defensa ínsito en las garantías

(17) LA LEY 95-626.

(18) FIORINI, BARTOLOMÉ, "El recurso de amparo", LA LEY 93-946, esp. págs. 947 y 956.

(19) "Régimen legal y jurisprudencial del amparo", Bs. As., ed. Ediar, 1969, pág. 266.

(20) "Recurso de amparo y técnica judicial", segunda edición aumentada, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 1987, pág. 201.

autoejecutables puede afectar principios tales como el de justicia, libertad y dignidad del hombre, incluidos en los derechos del hombre reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución. Se trata, simplemente, de una aplicación del *principio del debido proceso legal* (art. 18, Const. Nacional).

IV.b. Garantías autoliquidables en las cuales *no hay intervención jurisdiccional*

IV.b.1. Planteo de la cuestión

Debemos partir de la siguiente premisa: al igual que en los casos de ejecución privada en los que existe una "mínima" intervención judicial, el deudor ejecutado tampoco puede postular una cautelar dentro del proceso de oposición que suspenda e impida al acreedor ejecutar privadamente la garantía.

Es que tal pretensión sería violatoria de la garantía constitucional de "libre demandabilidad" enraizada en el artículo 17 de la Constitución Nacional conforme a la cual:

(i) a nadie se le puede impedir el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos (21).

(ii) de igual modo, resulta violatorio del derecho de propiedad impedir que el *acreedor* ejecute por vía privada la garantía cuya constitución ha sido prevista -precisamente- para recuperar el crédito concedido, en caso de incumplimiento de la deuda garantida (siempre que se le asegure por contraposición y coetáneamente al *deudor o garante* la posibilidad de iniciar *acción de oposición contra* la autoliquidación, en los términos explicados precedentemente).

Sin embargo, creemos que cuando en la realización de las garantías autoliquidables no hay intervención jurisdiccional alguna (como ocurre, vgr., con la ejecución hipotecaria del Banco Provincia de Buenos Aires), la cuestión cambia con respecto a aquellos casos en las cuales sí existe intervención jurisdiccional. Cuando no hay injerencia judicial, el deudor tiene más chances -en el juicio de oposición- de obtener medidas precautorias idóneas para "detener" o "suspender" la ejecución privada de la garantía. No está en juego, en este supuesto, el *principio de no intervención* analizado anteriormente.

(21) Conf. PEYRANO, JORGE W., "Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria", J.A. 1995-III-899, esp. pág. 901

Así, en materia de **garantías a primera demanda**, Kemelmajer de Carlucci (22) ha explicado con precisión que "(...) los ordenantes (23) de estas garantías suelen intentar paralizar el pago del garante; a veces, cuestiones de política internacional motivan que las posibilidades de éxito en un juicio de reembolso por ante los tribunales del beneficiario sean mínimas; otras, se quiere evitar el daño económico cierto de la dilación de los procesos judiciales mediante los cuales se intentan acciones rectorias, etc.. Los deudores (no siempre de buena fe) recurren, entonces, a medidas precautorias mediante las cuales pretenden se ordene al banco garante no pagar y, de este modo, obtener tiempo para poder probar que han cumplido sus obligaciones; buscan, simplemente, decisiones provisionales y conservatorias; como bien se las ha denominado, son técnicas de bloqueo provisorio. En los países del Common Law la vía es la de las *injunctions*, que no está reglamentada. En Francia, el mismo tipo de orden tramita bajo la forma de una prohibición o interdicción de pago. ¿Deben los tribunales acoger favorablemente estas cautelares? (...) La mayoría de los tribunales alemanes, austríacos e italianos admiten estas cautelares, si bien en casos excepcionales, se habla de una regla restrictiva de derecho jurisprudencial, impuesta por la (de seguridad y liquidez) de la garantía a primera demanda. En otros términos, el sector mayoritario sostiene que las cautelares son admisibles en los mismos supuestos en que se permite al banco garante rehusar el pago. O sea, cuando existe *fraude o abuso manifiesto surgido de prueba líquida* (24). A través de estas cautelares, el beneficiario de estas

(22) "Las garantías a primera demanda", Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 2, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 127 y sigtes..

(23) Sin embargo, la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre este extremo parece decir lo contrario (aunque referido al aval a primer requerimiento). En efecto, en el Auto de la secc. 11 de 19.10.2009 (JUR 2010, 20375), el Auto de la secc. 13 de 17.9.2008 (JUR 2009, 28808), el Auto de la secc. 21 de 10.12.2008 (JUR 2009, 88860) y en el Auto de la secc. 11 de 11.6.2010 (AC 1248), la Audiencia Provincial ha sostenido que el ordenante de la garantía, que no es parte en la relación de aval entre el banco y el beneficiario, no puede paralizar el pago por medio de una medida cautelar que ordene al banco abstenerse de pagar. Esta posibilidad sería contradictoria con la naturaleza autónoma del aval, al menos mientras el ordenante del mismo no sea un consumidor. Pero sí es compatible con esta naturaleza la concesión de medida cautelar consistente en embargo preventivo de todas las cantidades recibidas del banco por la beneficiaria. Con esta medida no se atentaría a la naturaleza abstracta del aval, y bastan los estándares ordinarios de *fumus* y *periculum in mora*.

(24) Según la doctrina extranjera, la concepción del fraude en materia de garantías independientes en la jurisprudencia europea y norteamericana tiene diversos matices. Por ejemplo, los tribunales británicos aceptan generalmente la

garantías seguirá teniendo una posición particularmente privilegiada, pero no gozará de una potestad *arbitraria e ilimitada*. Se aclara que estas precautorias no tienen justificación axiológica en la protección del contratante débil, ni en consideraciones de naturaleza equitativa, sino en la moralización, en este sector específico, de la práctica de los negocios, con el fin de impedir las iniciativas fraudulentas de operadores poco escrupulosos (...).

Así las cosas, y no encontrándose en juego en este supuesto el *principio de no intervención*, hallamos sólidos fundamentos para sustentar la facultad con que cuenta el deudor ejecutado abusivamente -a través de aquellas garantías autoliquidables en las cuales no se verifica intervención jurisdiccional alguna- para oponerse a la ejecución extrajudicial, a través de medida cautelares (v.gr.: medida de no innovar) planteadas en el marco de juicio de conocimiento amplio *previo* o *concomitante* a la ejecución. Se trata, claro está, de aquellos supuestos también excepcionales en los cuales aparece manifiesto que el acreedor carece de todo derecho o abusa de él al mediar *dolo o fraude manifiestas de fácil prueba* (por ejemplo,

alegación de fraude frente a la reclamación de la ejecución de la garantía cuando el beneficiario no puede honestamente creer en la validez de su reclamación, por lo que el ordenante puede oponerse a dicha reclamación del beneficiario. En EE.UU existen básicamente dos concepciones. Una estricta según la cual una solicitud de pago de la garantía puede ser considerada como fraudulenta si fue hecha con el ánimo de crear problemas a la otra parte. La más flexible entiende que, si las circunstancias muestran llanamente que el beneficiario carece de todo derecho a hacerlo, si las circunstancias revelan que la solicitud de pago del beneficiario carece de toda base, si la conducta del beneficiario ha viciado la transacción en su conjunto de forma que el legítimo propósito de independencia del emisor ha perdido todo su sentido, en tal caso el tribunal emitirá un mandamiento interdictorio. En Alemania se ha sostenido que el ordenante que afirma que la reclamación de la garantía había sido indebidamente planteada por relación al contrato subyacente que le ligaba al beneficiario, no implicaba apariencia de abuso de derecho. Si el banco, por el contrario, dispusiera de pruebas líquidas y evidentes demostrativas de que el supuesto para cuya cobertura había sido librada la garantía no se hubiera producido, o que el derecho asegurado por el contrato de garantía no existiera jurídicamente, en tal caso habría abuso evidente si el beneficiario reclamara su pago. En suma, la evidencia del fraude es necesaria y exigible en interés de la seguridad del comercio. Por lo tanto, los jueces no acordarán la adopción de medida provisional alguna solicitada por el ordenante de la garantía en orden a impedir el pago por el garante, pues la esencia de la garantía consiste en asegurar el pago al beneficiario aun cuando se produjera un desacuerdo entre éste y el ordenante y la adopción de una medida provisional es incompatible con tal función (para ver estos criterios SAN JUAN CRUCELAEGUI, JAVIER, "*Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*", ed. Thomson Civitas, 2004, Madrid, España, pág. 291 y sigtes.).

porque el deudor pagó la deuda cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; etc.).

IV.b.2. Algunos precedentes.

Veamos algunos precedentes que respaldan nuestra conclusión.

(1) Análisis de casos nacionales

• El precedente “Vázquez”

En línea con nuestra opinión, la Cámara Federal, Civil y Comercial, sala II, el 11/03/04, en autos “Vázquez, Diana G. C. Poder Ejecutivo Nacional y otro” (25) resolvió que era procedente la medida cautelar solicitada con el objeto de que se ordene al banco demandado abstenerse de iniciar la subasta de un inmueble en el marco de la ley 24.441, hasta tanto se resuelva la acción interpuesta para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 39 del decreto 1387/2001, 6 del decreto 1570/2001 y de la comunicación “A” 3398 del banco Central de la República Argentina, pues las argumentaciones expuestas en la demanda convencen acerca de la existencia de un derecho “*prima facie*” verosímil, ya que el resguardo perseguido no podría obtenerse por medio de otra medida precautoria y de negarse la petición se provocaría en la actora un perjuicio prácticamente irreparable.

El fallo fue dictado en el marco de una acción amparo interpuesta con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 39 del decreto 1387/2001, 6 del decreto 1570/2001 y de la comunicación “A” 3398 del banco Central de la República Argentina y, consecuentemente, se ordene a la entidad bancaria aceptar la cancelación de la deuda hipotecaria mediante títulos de la deuda pública. La actora requirió cautelarmente que se ordene al banco demandado abstenerse de iniciar la subasta del inmueble hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

• El precedente “The Bank of New York” (26)

El 6 de febrero de 2003, en autos “The Bank of New York c. Institutos de servicios sociales bancarios”, la Corte Federal resolvió favorablemente e hizo lugar a la presentación directa revocando la decisión recurrida pronunciada por la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social (sala II), que había denegado el recurso extraordinario deducido.

(25) LA LEY 2004-E-205.

(26) LA LEY 2003-D-160.

En el caso, se había pedido -como medida cautelar de no innovar- que una obra social se abstuviera de ejecutar unos certificados de deuda hasta que se resolviese el recurso de alzada planteado contra las resoluciones que habían determinado las deudas en cuestión.

La medida peticionada fue acogida en primera instancia por el Juzgado Federal de Seguridad Social n° 1, que ordenó al Instituto Nacional de Servicios Bancarios que se abstuviera de ejecutar los certificados de deuda emergentes de las actas de verificación 660 y 661, hasta tanto se resuelvan los recursos de alzada interpuestos por la actora contra las resoluciones 2/98 y 3/98 emitidas por aquel organismo.

La Cámara de Apelaciones en cuestión fundó el rechazo del recurso contra la sentencia de primera instancia, sosteniendo que: 1) la finalidad de las medidas es garantizar el cumplimiento de las sentencias definitivas; 2) la prohibición de innovar no puede ser utilizada para impedir el acceso a la justicia de quien pretende hacer valer lo que estima sus acreencias legítimas; 3) la procedencia de la pretensión debe ser juzgada en el proceso ejecutivo; y 4) la mera invocación de urgencia no autoriza la admisión del planteo en tanto no ocurran los restantes recaudos de admisibilidad.

Contra esta decisión, la peticionante de la cautelar interpuso recurso extraordinario; invocó que se le había privado de un procedimiento administrativo regular, respetuoso del debido proceso y del derecho de defensa substancial; que se le había negado información sobre la deuda reclamada, así como el acceso a la alzada administrativa; hizo especial hincapié en la insuficiente reparación que significaban para sus agravios los procesos ejecutivos u ordinario posterior y que el levantamiento de la prohibición de innovar precipitaba los perjuicios constitucionales que se procuran evitar mediante su dictado. Negó que la cautelar impida a la obra social acceder a la justicia; sostuvo que queda al arbitrio de la Administración poner fin a la medida cautelar, puesto que ésta se concedió limitadamente hasta tanto se resolviera el recurso por ante el Ministerio de Salud y se habilite con ello la vía judicial, según prevé el art. 95 del decreto 1759/72. Precisó que el propósito de la medida no fue otro que suspender los efectos de actos administrativos tachados de nulidad. Destacó que la accionada es un ente en liquidación, intervenido por el Poder Ejecutivo, sin objeto social y fuera del régimen de la ley 23.660, motivo por el que, de no acogerse la cautela se estaría obligando a la actora a demandar a un ente insolvente, con un régimen patrimonial transitorio, lo que, por sí mismo, evidencia el peligro en la demora.

La Corte de la Nación, que hizo lugar al recurso extraordinario, entendió que "(...) si bien, por regla, las resoluciones dictadas en materia de medidas

cautelares no constituyen sentencias definitivas a los fines del recurso extraordinario, ello es así, en tanto su mantenimiento o rechazo no genere, en virtud de las particularidades del caso, consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 308:144; 312:409; 313:116; 279, etc.) (...) las decisiones sobre medidas cautelares son equiparables a la sentencia definitiva cuando con la disposición precautoria se ocasiona un agravio insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior y se advierte cuestión federal suficiente para admitir la vía del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 314:1968) (...)."

El fallo que se ha reseñado es fundamental para nuestra conclusión por cuanto revela la opinión del Supremo Tribunal del país que, con carácter excepcional, admite a la medida precatoria como instrumento procesal eficaz para impedir que el presunto acreedor abuse de su derecho a demandar; especialmente, cuando de las circunstancias del caso, resulta indubitable que dadas las limitaciones cognoscitivas que atañen al procedimiento utilizado por aquél al perseguir el cobro de su acreencia, las consecuencias nocivas para el deudor -de no prosperar la suspensión- no podrán ser suficientemente reparadas en eventuales juicios ordinarios ulteriores.

- **El precedente "S.A. LITO GONELLA"**

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, el pasado 10 de junio de 2010, tuvo oportunidad de expedirse sobre la problemática que plantea la ejecución de las garantías a primera demanda y *la posibilidad que tiene (o no) el ejecutado de detener la pretensión ejecutiva privada puesta en movimiento por el acreedor.*

El precedente al cual nos referimos es **"S.A. Lito Gonella e Hijo ICFI c/ Bisa Seguros de Reaseguros S.A. y otros s/ medida precautoria"**, cuya aristas más relevantes pasamos a analizar dada su relevancia al estar vinculado a una especie en particular de garantía autoliquidable.

a.- Hechos

a sala F de la Cámara Nacional de Comercio toma conocimiento en la causa con motivo de la apelación de la resolución que rechazó el dictado de una nueva medida de no innovar para que Bisa Seguros y Reaseguros SA, Banco de Galicia y Buenos Aires SA, Catler Uniservices Sociedad Accidental y Banco Mercantil Santa Cruz SA se abstengan, por sí o a través de terceros, de ejecutar y/o realizar cualquier acto tendiente a la ejecución de las garantías de los contratos y/o de efectuar por sí o a través de terceros, pago de suma alguna a Bisa Seguros y Reaseguros SA, Catler

Uniservice y/o a cualquier tercero, en virtud de dichas garantías, hasta tanto no medie orden judicial en contrario.

Cabe destacar que, en primera instancia, el juez a quo había entendido que la citación al juicio de Bisa Seguros y Reaseguros SA, no modificaba el estado de situación contemplado por esta Sala al resolver el anterior pedido de no innovar. Ello desde que restaba incólume como valladar insalvable, la insuficiencia en la motivación cautelar como correlato del objeto originario de la pretensión; todo lo cual perjudicaba un análisis diverso al temperamento que ya había quedado esbozado en la Alzada.

De los hechos de la causa resulta que, Lito Gonella SA y Catler Uniservice celebraron diversos contratos, a saber:

- (i) para la fabricación y transporte terrestre desde Argentina de 35 tanques móviles para la planta de YPFB en Río Grande, Bolivia;
- (ii) para la fabricación de 14 tanques para almacenaje de GLP para la planta de YPFB turboexpanders;
- (iii) para la fabricación de dos tanques para almacenaje de gasolina cruda.

Acordaron que el precio de U\$S 2.003.400 sería abonado a Gonella SA por YPFB, por cuenta y orden de Catler Uniservice, dentro de los 15 días corridos de la fecha de certificación del acopio de los materiales efectuada por la empresa SGS.

Como garantía de cumplimiento de los contratos, se pactó la contratación de una garantía bancaria irrevocable stand by con el Banco de Galicia y Bs. As. designando a Catler como beneficiario; consignándose expresamente que las referidas garantías se aplicarían única y exclusivamente a garantizar las obligaciones asumidas frente a su contratista, no extendiéndose a ninguna obligación asumida por Catler con YPFB y/o con BISA y/o cualquier otro tercero.

Seguido a ello y por única vez, Lito Gonella SA autorizó la cesión de tales garantías a favor de BISA (v. cláusula 4.1.c y 4.2.c.), disponiéndose casi al finalizar, que: "CATLER UNISERVICE se obliga a mantener indemne a GONELLA por cualquier ejecución errónea de las garantías por BISA, como así también para el caso que BISA ejecute las garantías en virtud de incumplimientos de CATLER UNISERVICE a las obligaciones asumidas por esta última con BISA y no imputables a GONELLA."

Además, de la instrumentación de las garantías puede colegirse que, el Banco de Galicia y Bs. As., solicitó a su vez al Banco Mercantil Santa

Cruz SA -Bolivia-, que honrara el pago frente al primer requerimiento del beneficiario, comprometiéndose a su reembolso, en idénticas condiciones, vía swift.

b.- La expresión de agravios del cautelante

El memorial de agravios de la peticionante de la cautelar refiere que, con el rechazo de la nueva solicitud, y con la adelantada intención de BISA en el escrito de reposición con apelación subsidiaria del 24.11.2009, se encontraba expuesta a la ejecución cierta e inminente de garantías por U\$S 858.600, en exceso de lo convenido con Catler Uniservice, desde que Gonella SA nunca asumió el carácter de garante de la obligaciones del primero frente a BISA y/o, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos o cualquier tercero.

Agrega que, en las actuaciones principales, se había accedido a la convocatoria de BISA en los términos del art.89 CPCC, y que no había mediado en el anterior decisorio de la Sala concreta ponderación sobre el requisito de accesoriedad cautelar en torno de la pretensión tendiente a obtener la cancelación de las garantías como consecuencia de la resolución de los contratos con Catler Uniservice.

c.- El razonamiento de la Cámara

Según el Tribunal de Alzada, admitida la solicitud de incorporación de BISA al proceso, y persiguiéndose con la acción incoada la cancelación de las garantías otorgadas por Gonella SA a Catler; el quid de la cuestión en debate, se vinculaba directamente con la extensión que pretende sea otorgada a las mismas.

En efecto, mientras la promotora sostuvo que sólo asegurarían los incumplimientos de las obligaciones que asumió frente a Catler Uniservice en virtud de los contratos que las vincularon; de otro lado BISA SA postuló que, a partir de la cesión efectuada a su favor, se encontraba en condiciones de ejecutarlas también en el supuesto que su parte fuera, a su vez, ejecutada por Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos -YPFB-.

Así las cosas, en un primer análisis de la cuestión fáctica, la Cámara advierte que se está en presencia de una especial categoría de garantías: las llamadas "automáticas" o "a primera demanda-solicitud-requerimiento".

Con buen tino entiende que, en virtud de estas garantías, queda postulada la ruptura de la ligazón clásica entre la garantía y el contrato garantido, la cual se verifica mediante la atención inmediata del pago

frente a la primera exigencia formulada por parte del beneficiario, quien no tendrá necesidad de invocar o explicar la relación de causalidad que justifica el pedido. En este sentido, la "abstracción" del negocio tiene lugar en relación a la obligación del otorgante de la garantía a primer requerimiento, pues es comúnmente incondicionada e implica una renuncia a oponer las defensas que pudiera tener el obligado principal contra el beneficiario de la garantía.

Añade la Cámara que el esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia europea ha sido en el sentido de desvincular la garantía a primera demanda de la fianza. Ello así, con la finalidad específica de considerar a aquélla no como contrato accesorio y sí como contrato principal, justificando así su propia existencia, que sólo se explica, como vimos, por el rompimiento del vínculo de causalidad que la disocia del contrato fundamental.

Por ello, la interpretación mayoritaria de los tribunales foráneos, se ha inclinado de manera restrictiva a habilitar cautelarmente la orden de no pagar, impuesta principalmente por la función de seguridad y liquidez de las garantías a primera demanda, cediendo sólo frente a hipótesis de mala fe, abuso del derecho y de fraude del beneficiario. En tales supuestos, la prueba del abuso del derecho y de la inminencia e irreparabilidad del daño debe ser hecha por el requirente de la suspensión del pago; a la vez que debe surgir de prueba líquida, o sea, de la que el *fumus bonus iuris* emane de modo claro, terminante y no dudoso.

d.- La conclusión del Tribunal y el nuevo rechazo de la cautelar de no innovar

Recuérdese que S.A. Lito Gonella e Hijo ICFI había requerido cautelarmente la suspensión del pago de las mentadas garantías "automáticas". La Cámara entiende que, a tal efecto, el cautelante debe probar la mala fe, abuso del derecho y/o fraude; concluyendo que, en la especie, tales recaudos no aparecen cumplidos.

En efecto, aún cuando se conjeturase que Gonella SA hubiera cumplido con todas y cada una de las obligaciones que asumió frente a Catler Uniservice, y a pesar del acotamiento en la extensión de responsabilidad plasmada en las cláusulas citadas de la addenda contractual, lo cierto es que podría considerarse "prima facie" -y sin que implique adelantar opinión sobre el fondo del asunto- que a BISA podrían resultarle inoponibles tales previsiones específicas, de reputárselo un tercero ajeno a la contratación (arg. art. 1199 Cód. Civil).

En el contexto particular del negocio habido, no puede perderse de vista que BISA garantizaba las obligaciones de Catler frente a YPFB

-aparentemente, y según los trascendidos periodísticos, rondarían los 9,3 millones de dólares-; por lo cual, en tal hipótesis, no se presentaría "prima facie" como un ejercicio abusivo del derecho la ejecución de la garantía cedida por Gonella SA, si esta hubiera sido concebida como una suerte de "contragarantía" para BISA, respecto de aquellas obligaciones que tuviera que asumir frente a YPF, por los incumplimientos de Catler.

Así las cosas, la decisión que adopta la Cámara guarda estrecha vinculación con la elección de la especial operatoria de garantías efectuada por Gonella SA; priorizando, entonces, una solución acorde a la instrumentación llevada adelante por las partes.

En definitiva, la asunción del mayor riesgo que implicaba para su parte la cesión de tal garantía abstracta, no puede pensarse que fuera ajena a las previsiones de Gonella SA al tiempo de la firma del contrato. En primer lugar por su carácter profesional en la ejecución de obras de infraestructura y la habitualidad en la negociación de sus términos, que debieron precaverlo suficientemente para anticipar cualquier situación adversa a sus intereses. Y desde un lado más concreto, a partir de la propia conformación de las voluntades, a poco que se recale en la previsión específica de la cláusula de indemnidad, que da cuenta, justamente, de la posibilidad de una ejecución fuera de los límites fijados por los contratantes.

Por lo tanto, la sala F de la Cámara Nacional Comercial, bajo el amparo interpretativo señalado supra, concluye que siguen sin advertirse configurados los presupuestos necesarios para acceder a la cautelar denegada por el Juez de grado.

Efectivamente, ***dentro del preliminar análisis que permite la presente etapa procesal y con la precariedad propia de la misma, no ha de entenderse acreditado con el grado de verosimilitud necesario, ninguno de los supuestos que habilitarían el dictado de la medida innovativa antes reseñados (vgr. mala fe, fraude o abuso de derecho por parte del beneficiario).*** Es que, si bien podría predicarse en el escenario descrito y dentro del estrecho cauce cognoscitivo propio de este estadio, que el ejercicio de derechos potestativos (como es el del beneficiario a reclamar la garantía) podría generar un perjuicio irreparable a Lito Gonella SA -frente a un supuesto de insolvencia de Catler-; de otro lado, no puede pasarse por alto que tal situación bien pudo ser tenida en cuenta al tiempo de contratar. Así, podrían haber sido generados mecanismos necesarios para prevenirse de dicha eventualidad; no correspondiendo que la vía cautelar se erija en un modo elíptico de subsanación de eventuales yerros en la etapa de negociación.

Por ello, la Cámara de Comercio resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de 1ra. instancia.

(ii) Derecho extranjero (27)

En la jurisprudencia foránea también se han admitido medidas cautelares -básicamente tratándose de garantías a primera demandada- con el objetivo de detener la ejecución privada de la garantía.

La tendencia que exige fraude o abuso manifiestos que resulten de prueba líquida es también la regla aplicada en la práctica tribunalicia; lo que ha provocado que, en ocasiones, se desestimen las precautorias.

- **el precedente "Soc. New Holland Italia e altro c/Credito it." (28)**

El este caso el Tribunal de Módena, Italia, en sentencia del 11 de julio de 1998, sostuvo que el hecho de que el beneficiario reclame la garantía sin justificar los motivos de su proceder es suficiente, desde la perspectiva del *fomus boni iuris*, para conceder la tutela cautelar y suspender la operatividad de la garantía; pues se considera violada la buena fe comercial que conlleva la carga de justificar los motivos de la reclamación.

Consecuentemente, omitir este deber se traduce en privar a la otra parte de la posibilidad de probar el eventual fundamento de una *exceptio doli* como único instrumento generalmente reconocido contra el abuso de la garantía autónoma.

- **el precedente "Ground Air Transfer vs. Westate's Airlines" (29).**

En este caso, la jurisprudencia norteamericana resolvió, con fundamento en una concepción más flexible del fraude, que los tribunales -en principio- no deben emitir interdicciones de pago porque ello constituye una importante excepción a la regla de *no injunction*.

(27) Se puede consultar con provecho ESPIGARES HUETE, José C., "*La garantía a primer requerimiento. mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*", Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2006; SAN JUAN CRUCELAEGUI, JAVIER, "*Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*", Thomson, Civitas, Madrid, 2004, pág. 297 y sigtes.. y el "*Trattato dei Contratti*", Diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, "*I contratti di garanzia*", tomo primo, a cura de Fulvio Mastropaolo, Utet Giuridica, 2006.

(28) Giur. It., 1990, 50, B.B.T.C., 1999, II, 592 nota (Corsini)

(29) Cfr. comentario de BERTRAMS, Bank Guarantees in International Trade, 2ª ed., Kluwer Law International and the International Chamber of Commerce, Deventer, 1996, pág. 270; 899 F.2d. 1269, 1270 (1st. Cir. 1990).

La excepción debe consistir en un fraude de tal gravedad que su comisión produce el efecto injusto de permitir al beneficiario obtener un cobro.

Si las circunstancias muestran que el beneficiario carece de todo derecho a hacerlo, si las circunstancias revelan que la solicitud de pago del beneficiario carece de toda base, si la conducta del beneficiario ha viciado la transacción en su conjunto de forma que el legítimo propósito de independencia del emisor ha perdido todo su sentido; en tal caso, el Tribunal emitirá un mandamiento interdictorio.

IV.c) Conclusión en materia de prevención de daños ante la ejecución abusiva

Conforme lo expresado precedentemente, creemos que los intereses constitucionales en juego (defensa en juicio, derecho de propiedad, y derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable) pueden ser compatibilizados a la luz de la Carta Magna:

Por un lado, el *acreedor* no encuentra dilaciones al pretender el cobro de su crédito; esto es, *dentro* de la propia vía extrajudicial que utiliza para cobrar su acreencia, el deudor no pueda plantear cuestiones que dilaten o retarden aquél objetivo.

Por el otro, el *deudor* que prueba en forma indubitable que la ejecución que se sigue en su contra es "abusiva" o "ilícita" puede plantear y acreditar tal situación, *excepcionalmente*, a través de un *juicio de conocimiento amplio iniciado por separado y con carácter previo, paralelo o posterior* a la autoliquidación de la garantía, siempre que no interrumpa la pretensión ejecutiva del acreedor.

En estos términos, el deudor puede ejercer "a tiempo" su derecho de defensa sin perjudicar la vía de cobro del crédito del acreedor, quedando, sin embargo, en manos de éste último -al ver que se denuncia por "juicio separado" una situación de "abuso" o "ilicitud"- la prudente decisión de no iniciar la ejecución, detenerla y no seguirla hacia adelante, so riesgo de tener que reparar los daños y perjuicios ocasionados por su obrar antijurídico (en caso de haber ejecutado mal y sin derecho, o en forma abusiva).

En definitiva, no puede "prohibirse" que el juicio sea "previo", ni en la ejecución patrimonial, ni en la penal. Este derecho del ejecutado no puede ser derogado por el legislador, ni por las partes. Se trata de un derecho amparado por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional Argentina, que tutelan el derecho de defensa en juicio de la persona y el derecho de propiedad privada.

En la esfera patrimonial, el legislador puede postergar el ejercicio del derecho de defensa del deudor. Tal parecería ser el caso de las autoejecutables. Sin embargo, por imperio de la Constitución nacional, el deudor goza siempre de la facultad de poder instar -carga del contradictorio- de manera "previa" el juicio necesario para ser oído. Dicha facultad encuentra base normativa en los arts. 17 (inviolabilidad de la propiedad privada), 18 (inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos) y 19 de la Constitución Nacional Argentina (principio de legalidad). En cambio, en la esfera penal, el juicio o el conocimiento judicial debe ser *indefectiblemente* previo a la ejecución o condena.

En conclusión, desde la óptica de los derechos patrimoniales, el conocimiento judicial "puede verse postergado" por el legislador bajo ciertas condiciones, siempre y cuando se deje en manos del deudor la "posibilidad" o la "facultad" de iniciarlo en forma previa en casos de ejecuciones privadas abusivas o fraudulentas (circunstancias que tiene la carga de probar).

V. REPARACIÓN DEL DAÑO INJUSTAMENTE SUFRIDO POR LA EJECUCIÓN ABUSIVA DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDADABLES

V.1. Introducción

Cuando el garante ha sido ejecutado extrajudicialmente y lo ha sido de manera antijurídica, cuenta a su favor con la posibilidad de reclamar contra el acreedor la reparación de los daños ocasionados por dicha circunstancia.

Debemos entonces diferenciar dos tipos de juicios que puede incoar el garante autoejecutado, según los casos. Éstos son procesos de amplio conocimiento y debate en los cuales pueden hacerse valer distintas pretensiones.

De esta manera, el garante autoliquidado puede incoar dos especies de juicios:

(i) un "juicio de conocimiento" para ventilar aquellas defensas que no tienen cabida en la vía extrajudicial autoejecutiva. En este proceso, cuando lo inicia con anterioridad o concomitancia, también podrá plantear medidas inhibitorias para suspender excepcionalmente la ejecución en caso de abuso y fraude manifiestos. Es lo que hemos analizado precedentemente.

(ii) un "juicio de conocimiento amplio" para obtener la reparación de los daños causados por el acreedor si es que éste autoliquidó

la garantía culposa, abusiva o ilícitamente. De esta manera, el ejecutado autoliquidativamente en forma injusta, podrá iniciar con posterioridad el proceso respectivo para obtener la debida reparación de los daños ocasionados por el acreedor. Así, para el caso de que el acreedor haya ejecutado una garantía autoejecutable sin derecho, abusivamente o en forma culpable, deberá reparar los daños ocasionados al deudor. Se nos ocurren algunos ejemplos en los cuales el acreedor ejecutante causa al ejecutado un daño injusto:

- a) el ejecutado logró demostrar en el juicio de conocimiento que había pagado la deuda garantizada con anterioridad a la ejecución de la autoliquidable
- b) el garante pudo demostrar en el juicio de conocimiento que la obligación principal había sido declarada nula en virtud de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material; no obstante, la garantía autoejecutable se liquidó en su contra

Huelga destacar que en aquellos supuestos en que el deudor inicie el juicio de oposición con anterioridad o concomitantemente a la ejecución privada y obtenga sentencia favorable, podrá promover ulteriormente el juicio de conocimiento necesario para alcanzar la debida reparación. En cambio, si el deudor inicia con posterioridad el juicio de conocimiento (razón por la cual no es "propriadamente" de oposición) para plantear aquellas defensas que son inaudibles en la ejecución privada, tendrá la posibilidad de acumular la pretensión reparadora de daños contra el acreedor que obró antijurídicamente. En este caso, el garante -en un mismo juicio de conocimiento- podrá plantear defensas que no pudo invocar contra la autoliquidación, podrá repetir lo pagado sin causa (fruto de la ejecución abusiva), y también podrá reclamar la reparación de los daños sufridos por el abuso del acreedor.

V.2. Análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil en los casos de autoejecución antijurídica

V.2.a. Órbita de la responsabilidad del acreedor con garantía autoliquidable

La fuente de la responsabilidad del acreedor munido de esta especie de garantía es, generalmente, el incumplimiento del contrato de garantía que lo vincula con el garante o deudor. Por lo tanto, la responsabilidad del acreedor se ubica normalmente en el ámbito contractual toda vez que su conducta se manifiesta respecta de una "obligación preexistente".

Este aserto tiene importantes efectos.

- (i) La extensión de la reparación se despliega hasta las consecuencias inmediatas, si el acreedor obró con culpa (art. 520, Cód. Civil) y hasta las consecuencias mediatas, si lo hizo con dolo (art. 521, Cód. Civil)
- (ii) El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad se produce a los 10 años (art. 4023, Cód. Civil)

V.2.b. Autoría

En primer término, para que haya responsabilidad, es necesario que el acreedor con garantía autoejecutable haya ejecutado una conducta en virtud de la cual se lo pueda calificar de autor (v.gr., el banco unido de prenda con registro privada que remata el bien tras obtener el secuestro judicial del mismo).

V.2.c. Antijuridicidad

Es antijurídica toda conducta del acreedor que causa un daño injusto al garante autoejecutado.

¿Cuándo es injusto el daño? Cabe analizarlo desde dos ópticas. Cuando se contraria la "ley" que rige la garantía en cuestión -que nos ubica en el terreno de la *antijuridicidad formal*- (v.gr., porque el acreedor no satisfizo los requisitos estatuidos por la ley 9643 al ejecutar el warrant); pero también cuando se conculcan otras fuentes del Derecho (arg. arts 15 y 16, Cód. Civil), especialmente, el principio general del Derecho que consagra el deber jurídico de no causar un daño a otro, de raigambre constitucional (art. 19 y el *principio de reserva*); que se localiza en el terreno de la *antijuridicidad material*.

En este último sentido el daño causado es injusto cuando no está justificado, sea porque responde a un obrar abusivo (art. 1071, Cód. Civil) o a un obrar ilícito (arg. arts. 1109 y 1072, Cód. Civil).

Por ejemplo, el acreedor ejecutó la garantía no obstante que el deudor había pagado.

V.2.d. Factor de atribución

En materia de tutela inhibitoria o prevención del daño hemos visto que, a los efectos de "suspender" la ejecución de la autoliquidable es necesaria la concurrencia de "fraude" o "abuso" manifiestos. Es decir, la intención de causar el daño con la ejecución privada de la garantía debe ser manifiesta para que el garante pueda aspirar a obtener la *suspensión excepcionalísima* de la autoliquidación.

En cambio, en materia de reparación del daño efectivamente causado no es necesaria la existencia de una manifiesta intencionalidad. Basta con que concurra una razón suficiente que justifique la atribución de responsabilidad por el daño que el garante o la persona del deudor ha sufrido.

En tal sentido, esa razón puede ser de naturaleza subjetiva u objetiva. En el primer caso, el acreedor causó el daño actuando descuidadamente por negligencia, impericia, etc.. En el segundo caso, obró con intención dañina.

Entre los factores objetivos -que descartan el juicio de reproche- podemos ubicar el abuso de derecho (art. 1071, Cód. Civil).

V.2.e. La relación de causalidad

Este presupuesto de la responsabilidad tiene dos aspectos.

En primer término tenemos la *causalidad a nivel de autoría* que trata de determinar cuál es la causa del daño sufrido por el garante ejecutado privadamente. A tal efecto, es necesario formular un juicio de probabilidad *ex post ipso*. Habrá que considerar, entonces, si la acción del acreedor era idónea -en función de lo que un hombre de mentalidad normal hubiese podido prever- para producir normalmente el perjuicio sufrido por el deudor.

Por ejemplo, producido el daño al garante (v.gr., fue privado del bien asiento de la garantía) y acreditada la ejecución extrajudicial abusiva, dolosa o culposa a cargo del acreedor, hay que preguntarse si esta última fue la que produjo el resultado (privación del bien).

En segundo término debemos analizar la *causalidad a nivel de extensión del daño resarcible*. Hemos sostenido que la responsabilidad en la cual incurre el acreedor munido con garantía autoliquidable con respecto al deudor ejecutado es normalmente contractual. Desde esta óptica habrá que tener en cuenta si el acreedor actuó con dolo, en cuyo caso se deberán resarcir las consecuencias mediatas (art. 521, Cód. Civil). Mientras que si actuó con culpa o si incurrió en abuso, solo se extenderá el resarcimiento hasta las consecuencias inmediatas (art. 520, Cód. Civil).

6.2.f. Daño

El daño injustamente sufrido por el deudor autoliquidado que deberá resarcir el acreedor que realizó la garantía antijurídicamente será normalmente de índole patrimonial; pudiendo consistir en:

- (i) En la privación de la cosa asiento de la garantía que fue ejecutada

(ii) Gastos en que deberá incurrir el deudor para adquirir en el futuro una cosa similar a la ejecutada, en aquellos casos en que es un bien importante para el desarrollo de la actividad productiva del ejecutado (v.gr., fue ejecutada la flota de vehículos prendados con los cuales el deudor distribuía las mercaderías de su negocio)

(iii) Gastos causídicos que debió realizar el deudor autoliquidado antijurídicamente para "repetir" contra el acreedor lo que pago indebidamente (v.gr., fue declarada nula la deuda principal con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y, no obstante, el acreedor abusando de su posición, ejecutó al deudor)

(iv) Ingresos que ha dejado de percibir atento a la privación -al ejecutarse la garantía- de cosas o bienes de la empresa afectados al giro del negocio

No descartamos de plano la existencia de daño moral, el que podrá configurarse en aquellos casos en que el ejecutado padeció una alteración disvaliosa del espíritu de su persona, como consecuencia de la autoliquidación de la garantía.

VI. CONCLUSIÓN

Los conceptos expuestos en las presentes líneas refuerza la idea de que el deudor que ha constituido una garantía autoliquidable no se encuentra privado de la garantía del juicio previo (art. 18 Constitución Nacional).

Como hemos visto, el garante puede iniciar un juicio de conocimiento amplio antes, durante y después de la ejecución privada de manera tal que no se encuentra impedido de ser "oído" antes de la agresión patrimonial. Solo tiene la "carga" de iniciar la oposición a la ejecución para plantear aquellas cuestiones que no podrá hacer "dentro" de la vía autoliquidación por su carácter netamente privado.

Puede prevenir el daño cierto que puede sufrir ante posibles ejecuciones abusivas o fraudulentas cuando es patente y notorio que el obrar del acreedor es antijurídico y que la ejecución aparece como injusta.

Por otro lado, para el caso en que la ejecución haya sido llevada a cabo y haya ocasionado un daño injusto al deudor, imputable al obrar culposo, fraudulento o abusivo del acreedor, el deudor podrá accionar contra aquél, con el objeto de que repare el perjuicio sufrido por la autoliquidación de la garantía. A esta pretensión resarcitoria podrá plantearla a través de un juicio de conocimiento iniciado por fuera separada al juicio de oposición, o bien, acumulándola a este último.

INHABILITACIÓN DE ADMINISTRADORES DE PERSONAS JURÍDICAS EN LA QUIEBRA

POR JUAN MALCOLM DOBSON (*)

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de adoptar una posición de política jurídica sobre la inhabilitación de administradores de personas jurídicas en quiebra

Existen al respecto de este tema dos puntos de vista: por un lado establecer una mayor seguridad del comercio —“sanear el comercio”—sancionando a los administradores que se han comportado con negligencia o con fraude en la administración de las sociedades.

Por el otro lado, se halla la cuestión de permitir que los mejores profesionales actúen en la dirección de empresas, en un mundo de economía libre. En efecto, la posibilidad de imponer sanciones por negligencia puede actuar como un efectivo disuasivo para que los mejores profesionales del derecho y de la economía estén dispuestos a brindar sus servicios interviniendo como directores o administradores de sociedades. En una economía donde la mayor parte de los proveedores de bienes y servicios son las empresas privadas bajo formas societarias, es un imperativo que los más aptos se hallen a cargo de esas empresas.

De manera que debe buscarse un equilibrio, algún significativo término medio que permita sancionar sin convertirse en un disuasivo importante.

La discusión en Inglaterra en el año 1985 al sancionarse la nueva ley de insolvencias -que incluía una inhabilitación

(*) Profesor Honorario, Universidad Nacional de Rosario.

automática para los directores de compañías declaradas en quiebra- adquirió mucha publicidad, llegando a ser la noticia de la tapa del "Times" de Londres. Como se verá más abajo, la inhabilitación automática en la ley inglesa debió ser derogada por las presiones ejercidas en contra, sobre todo provenientes de los colegios profesionales.

Primera Parte

ARGENTINA LEY 24.522 / 1995 (Ley de Concursos y Quiebras, Arts. 234/ 238).

La inhabilitación de administradores de personas jurídicas

La inhabilitación de administradores y el desapoderamiento del fallido

- Es necesario distinguir entre la inhabilitación del *fallido* como "falta de legitimación" para actuar sobre los bienes integrantes del patrimonio de afectación de la quiebra, y su sanción: la ineficacia, con la
- Inhabilitación a los *administradores del fallido* (y del *fallido* mismo) como prohibición de realizar actos ajenos al patrimonio de afectación de la quiebra. Los efectos de esta última serán analizados más abajo.

La calificación de conducta y la inhabilitación de la ley 24.522

- Se intentará demostrar que la "Calificación de Conducta" subsiste en el derecho argentino.

Los textos legales en la ley 24.522

Veamos ahora la legislación en la materia en nuestro país:

- Art. 236 LCQ: En el caso de quiebra de personas jurídicas, la inhabilitación se extiende a las personas físicas que hubiesen integrado sus órganos de administración desde la fecha de cesación de pagos. A este efecto no rige el límite temporal previsto en el art. 116. (2 años previos a la declaración de quiebra)

Las prohibiciones contenidas en el Art. 238, Ley 24.522

[Efectos] Además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado **no puede:**

- **Ejercer el comercio** por sí o por interpósita persona,
- **Ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones.**
- **Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas.**

Naturaleza jurídica de los efectos de la inhabilitación concursal de los administradores de personas jurídicas

Se intentará demostrar que la inhabilitación concursal de administradores importa una incapacidad de derecho. Asimismo, que los actos realizados en violación a esa incapacidad de derecho no tienen como efecto una nulidad absoluta, sino dos sanciones distintas: (1) para los administradores de sociedades comerciales, una causal de remoción; y (2) para los administradores de las restantes personas jurídicas, una nulidad relativa.

La incapacidad de derecho

Como se verá más adelante, pueden establecerse dos aproximaciones al tema, cada una de las cuales conllevando distintas consecuencias jurídicas.

Pero ambas posiciones parten de la base de que las inhabilitaciones concursales son incapacidades de derecho sancionadas por la ley (1), por cuanto los actos realizados lo han sido en violación a la misma (falta de aptitud para ser titular de intereses que obtengan protección de la ley).

La nulidad del acto como sanción a la prohibición legal de realizarlo

Las personas a quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos o el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho.

(1) Art.949, Código Civil argentino, y la nota del Codificador: "La capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código. La capacidad civil de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos, o ejercer actos por sí, que no le sean prohibidos. Las personas a quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos, o el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos o esos actos prohibidos.

Las personas a quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos o el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho (n° 50). La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de intereses que obtengan protección de la ley (n° 42).

La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de intereses que obtengan protección de la ley. La doctrina concuerda, en general, que el art. 1043 Código Civil ("Son igualmente nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare") trata del caso de las incapacidades de derecho" (2).

- La incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral: se espera mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido (3).
- La incapacidad de derecho no es susceptible de remedio, pues sería contradictorio de la prohibición legal que se previera algún modo de eludirla (4)
- Frente a una incapacidad de derecho, en principio, la ley reacciona rigurosamente, imponiendo al acto obrado en contravención la sanción de nulidad absoluta (5)

Las incapacidades de derecho:

- No son susceptibles de ser suplidas por representación: el acto prohibido no puede ser realizado ni por sí ni por apoderado
- En principio, las incapacidades de derecho responden al orden público, por lo que su realización da lugar a una nulidad no susceptible de confirmación (6)
- Imprescriptibilidad de la nulidad de orden público. La acción derivada de una nulidad absoluta no es prescriptible: lo que es inmoral, lo que es contrario a los intereses públicos, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo (7).

(2) BUSSO, EDUARDO B., "Código Civil Anotado", Ediar, 1944, t. 1, pp.247/248, en especial nros. 42 y 50 con cita de Llambías, Parte General, II, 1930). En el mismo sentido TOBIAS, JOSÉ W., "Derecho de las Personas- Instituciones de Derecho Civil- Parte General", Ed. LA LEY, 2009, p.101, BREBBIA, ROBERTO, "Hechos y Actos Jurídicos", Astrea, p.597, comentario al art. 1044, Código Civil.

(3) LLAMBÍAS, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Parte General, 5a ed., t. 1, p.337/8, Parte General, t.1, p.388/339.

(4) LLAMBÍAS, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Parte General, 5a ed., t. 1, p.337/8, Parte General, t.1, p.388/339.

(5) LLAMBÍAS, op., loc. cit.

(6) BORDA, "Tratado de Derecho Civil", Parte General, t. 1, p.391, n° 457.

(7) La solución es jurisprudencial: CSJN, 24.11.37, JA, 75-919.

Segunda Parte

Dos posibles interpretaciones (distintas) de la naturaleza jurídica de la sanción de inhabilitación concursal de administradores

Ambas tienen dificultades interpretativas ya que ponen a la luz algunas incoherencias con un sistema razonable. Son incompatibles entre sí

- Primera interpretación: la inhabilitación concursal es una sanción civil *independiente* o autónoma de la sanción penal y *concurrente* con la misma. Serían dos procedimientos sancionatorios distintos (uno civil y otro penal). Se trata de una interpretación que no se comparte, pero se desarrollará a fines de demostrar su inviabilidad legal.
- Segunda interpretación: la inhabilitación concursal es una sanción civil preventiva, *dependiente* de la sanción penal de inhabilitación. Se trata de una sanción *única*, a ser impuesta por el juez penal, y en la cual la inhabilitación concursal opera sólo a modo de prevención.

La inhabilitación concursal como sanción civil independiente y concurrente con la inhabilitación penal

Una primera posición –que se intentará rebatir—conlleva la nulidad absoluta de los actos realizados por los administradores inhabilitados

Esta posición lleva como sanción a la violación de la incapacidad de derecho la nulidad de los actos realizados (art. 18, Código Civil). Se trataría de una nulidad fundada en razones de orden público, y por lo tanto nos encontraríamos frente a una nulidad absoluta (imprescriptible e inconfirmable). Se trataría de una sanción impuesta por la ley concursal *independiente* de una posible sanción penal, con la cual coexistiría.

Al respecto puede citarse un fallo donde esta construcción parece hallarse aplicado plenamente:

- *Si bien se acreditó que la actora se desempeñó con funciones de asistente [...] ello no prueba que la existencia de una relación laboral, en especial teniendo en cuenta que la demandada se encuentra inhabilitada civilmente*

para ejercer el comercio, y, por ende, no puede revestir el carácter de empleadora (8).

Esta posición se halla fundada en la noción que establece la naturaleza de orden público de la inhabilitación concursal y su aplicación de pleno derecho.

Finalidad de la inhabilitación concursal: la protección del orden público (tutela del crédito)

- *La inhabilitación no tiene carácter represivo sino que tiende a tutelar el crédito y la seguridad del tráfico mercantil (9)*
- *El art. 238 LCQ es claro en la previsión de efectos que son netamente personales (ejercicio de [...], desempeño del cargo de administrador, gerente, síndico, liquidador o funcionario de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones, integración de sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales) y estimase que al respecto de estos efectos son claras las previsiones del efecto de pleno derecho (10).*

A los fines de determinar si esta construcción que considera que los efectos de la incapacidad de derecho es la nulidad absoluta (como lo considera el fallo comentado) es adecuada, o, si es posible otra posición más conforme con las necesidades del comercio, analizaré primero los caracteres de la inhabilitación de administradores de personas jurídicas en el derecho nacional.

Caracteres del derecho argentino en materia de inhabilitación concursal

Previo a todo análisis, deben ser consideradas las siguientes características de la inhabilitación concursal para administradores de personas jurídicas, de los cuales se intentará extraer una posición jurídica adecuada:

- **Inicio de la inhabilitación:** La inhabilitación personal es automática y se produce desde la misma fecha de la

(8) Argentina: CNApel.Trab., sala I, 15.12.04, "Blanco, Irma c/ Lozano, Emma", TySS, 235.

(9) Cámara Nacional de Comercio- Buenos Aires, sala A, 24.4.2007, "Barreiro", LA LEY, 2007-E, 166.

(10) Argentina: Cámara Nacional de Comercio (Buenos Aires), sala A (Kolliker, Frers, Miguez, Uzal), 24.4.2007, "Barreiro", LA LEY, 2007-E, 166.

sentencia de quiebra (para los administradores que se hallan en funciones, los anteriores deberán esperar a que se fije la fecha de cesación de pagos);

- No existe aptitud para ejercer el comercio como persona física, pero puede desempeñarse en relación de dependencia (11);
- No se describen en la ley concursal los supuestos por los que se aplica la inhabilitación, la sola declaración de quiebra acarrea la inhabilitación;
- La ley se remite enteramente a la ley penal;
- No existe un proceso previo a la imposición de la inhabilitación provisoria: es "automática".
- No hay vinculación entre la imposición de la inhabilitación y la determinación de responsabilidad civil del administrador por la conducción deficiente o fraudulenta.
- Si el juez civil *no* encuentra mérito para declarar que el administrador ha incurrido en hechos reprimidos por el Código Penal, la inhabilitación se levanta automáticamente al año. No hay inhabilitación relacionada con aspectos no penales.
- Puede levantarse antes a pedido de parte.
- Si el juez penal encuentra que existe la posibilidad de una condena --auto de procesamiento--, la inhabilitación se prorroga hasta que se dicte sentencia.
- El síndico concursal tiene la obligación de informar si el accionar de los administradores incidió en la cesación de pagos de la sociedad (art. 39, Ley 24.522). Si no lo hace así, el Juez concursal puede ordenar le informe sobre el particular (art. 274, Ley 24.522), bajo apercibimiento de remoción (arts. 255 y 275 Ley 24.522).
- No existe publicidad adecuada de las inhabilitaciones de administradores de personas jurídicas. La Resolución General n° 17/2004 de la Inspección General de Justicia (Capital Federal) ordena que el Registro Público de

(11) FALTA NOTA O ESTÁ DEMÁS???

Comercio lleve por medios informáticos un “Registro de Personas Inhabilitadas por Quiebra”. Se *pueden* anotar allí las comunicaciones de jueces de competencia en quiebras de todo el país. En la Provincia de Santa Fe no existe ese registro.

No existe distinción entre “medida provisoria o preventiva de inhabilitación” e incapacidad de derecho

Se ha sostenido que la inhabilitación concursal es una medida de seguridad (12). Entiendo que las nociones de “medida preventiva” e “incapacidad de derecho” son perfectamente compatibles: la medida preventiva de inhabilitación consiste en una prohibición legal, esto es, una incapacidad de derecho.

Entiendo asimismo que la calificación de la inhabilitación concursal como “medida de seguridad” puede llevar a confusión. La locución “medida de seguridad” en el derecho penal designa aquellas decisiones que adoptan los jueces sobre las personas que se hallan privados de la capacidad de comprender la amenaza penal y se hallan vinculados con un delito. Consisten en establecer sobre el sujeto una considerable restricción a su libertad, pero no son una pena en sí mismas. El ejemplo más usual de estas medidas de seguridad es el internamiento de una persona que ha delinquirido en estado de inimputabilidad en un establecimiento especial: reclusión manicomial (CP, art. 34).

Por ello entiendo que sería más adecuado denominar a la inhabilitación concursal como “Medida Provisoria” o “Medida Preventiva”, atento su especificidad: medida dictada por un juez civil en prevención de una sanción a ser dictada por un juez penal

Tendría un efecto similar a la medida cautelar de “prohibición de innovar”, la que puede extenderse a los terceros en la medida en que exista publicidad suficiente (13)

El carácter sancionatorio de la inhabilitación de administradores en la quiebra

La inhabilitación es claramente una sanción.

En el análisis de la posición que considera a la inhabilitación

(12) GARCÍA, SILVANA, “Régimen...”, p.31, n° 3.

(13) PODETTI, “Tratado de las Medidas Cautelares”, p. 377, n° 118.

como sanción civil independiente de la inhabilitación penal, sería necesario consignar las razones de la imposición de tal sanción.

¿Será una sanción impuesta a los administradores por la ley concursal atento la falta de cumplimiento de las obligaciones declarada por el juez concursal mediante la apertura del procedimiento de quiebra ("cesación de pagos")? (14).

Pero la petición de quiebra es un derecho asignado por la ley, por el ejercicio del cual no caben sanciones. La presentación en quiebra también un deber, pero el cumplimiento de un deber, tampoco da lugar a sanciones. (arts. 1066 y 1071, Código Civil) (15).

Para que el acto ilícito del incumplimiento generalizado de las obligaciones justificara la *automaticidad* de la sanción sería necesario la existencia de una presunción de haber cometido los administradores delitos penales relacionados con la quiebra.

Esa presunción requiere un texto expreso (art. 920 Código Civil), la cual no existe. No hay presunciones tácitas.

Principal obstáculo a la posibilidad de admitir la inhabilitación concursal como sanción civil autónoma y concurrente de la sanción pena. La inconstitucionalidad por violación al derecho de defensa del inhabilitado

La principal fortaleza de la teoría que se critica es que explica porqué la LCQ (art. 236 últ. Párr.) prescribe que la inhabilitación concursal dura *hasta el cumplimiento* de la accesoria de la inhabilitación que imponga el juez penal. La inhabilitación concursal y la inhabilitación penal serían así distintas, concurrentes, simultáneas, y autónomas.

No obstante, al no existir una presunción legal que posibilitara la imposición de una sanción, la inhabilitación automática deviene inconstitucional por violación al derecho de defensa del administrador inhabilitado.

(14) Así parece desprenderse de la opinión de GARCÍA, SILVANA, op., loc., cit.

(15) Art. 1006 C.C., Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuera expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policías; [...]. Art. 1071, Código Civil: El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La LCQ no establece otra causal que la declaración de la quiebra para la imposición de la sanción (“inhabilitación automática”).

Conforme a los principios jurídicos básicos de nuestro derecho, el administrador afectado por la medida tiene que tener derecho a probar que la insolvencia es imputable a causales que le son ajenas (un incendio por ejemplo), procedimiento que la ley no contempla.

Ello señala la principal debilidad de la teoría, en cuanto la inhabilitación concursal -al ser “automática”- es impuesta al administrador sin haberlo oído, lo cual implica una clara *violación del derecho de defensa* y la inconstitucionalidad de tal automaticidad.

Para salvar los aspectos constitucionales relevantes, la inhabilitación requeriría de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, donde se determine la existencia prima facie de haber el administrador incurrido en delito penal vinculado con la insolvencia, otorgando derecho a su defensa *con intervención del administrador a quien se pretende inhabilitar*. De lo contrario, se estaría sancionando sin prueba alguna (16). Pero ello requeriría previamente que el juez concursal declarara la inconstitucionalidad de la disposición del art. 235, párr. 2 de la ley 24.522. Esta declaración de inconstitucionalidad es siempre la “última ratio”, conforme a las decisiones de nuestra Corte Suprema nacional (17).

Por ello, la doctrina de la Corte Suprema es que siempre que sea posible una solución adecuada del juicio por otras razones, debe apelarse a ella en primer lugar (18).

(16) CARROLL, LEWIS (Charles Dodgson), “Alicia en el País de las Maravillas”:
“No, no, dijo la Reina. “Primero la sentencia - después la prueba”

“Qué tontería, dijo Alicia en voz muy alta. “¡La idea de dictar sentencia antes de oír la prueba!”

“Refrena tu lengua” dijo la Reina, con la cara enrojecida.

“¡No lo voy a hacer! Dijo Alicia.

(17) Corte Suprema de Justicia Nacional Doctrina de Fallos 260:153.

Que, con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía constitucional constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo practicable, en consecuencia, como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales exámenes debe estimárselos como la “última ratio” del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad así lo requiera.

(18) CSJN, Fallos, 260:153.

Esta es la solución que se propone: la inhabilitación concursal como sanción civil autónoma de la sanción penal y concurrente con la misma.

Punto de partida necesario para el análisis: la inhabilitación de los administradores se impone sólo en función de una posible condena penal

En el derecho argentino, se debe partir del art. 236, Ley 24.522:

“Este plazo [el de la inhabilitación automática] puede ser reducido o dejado sin efecto si verosímilmente, el inhabilitado -a criterio del Magistrado- *no estuviera incurso en delito penal*. La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal.

No existe en la ley concursal vinculación alguna de la inhabilitación con aspectos *no penales*.

Se propone una segunda posición -la que se intentará sostener por mi parte- en la que se afirmará que la sanción no es la nulidad absoluta de los actos realizados por los administradores

- La inhabilitación concursal no es una sanción civil (concursal) sino sólo una medida preventiva (provisoria) impuesta por el juez civil (concursal) a los administradores de personas jurídicas.
- Es impuesta por el juez civil (concursal) en función de una posible condena penal. Pero es el juez penal quien impone la sanción definitiva, si encuentra que hay fundamento para ello.
- El administrador podrá probar que es ajeno a los hechos que llevaron a la insolvencia (incendios, cierre de la exportación, etc.).
- Si el juez penal *no* encuentra mérito como para declarar abierto el proceso penal, la inhabilitación se levanta.
- Para imponer la pena de inhabilitación definitiva, el juez penal deberá encontrar a la conducta del administrador incurso en los arts. 176, 177 del Código Penal (delitos de

quiebra fraudulenta o culpable) (19) o en violaciones a la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 25.156/1999) en el mercado.

La inhabilitación concursal como medida preventiva de la inhabilitación penal

La inhabilitación del art. 235 de la ley 24.522, es una medida preventiva (provisoria) establecida por la ley, sometiendo la conducta de los administradores a una restricción (incapacidad de derecho) en función de una futura y posible condena de inhabilitación dispuesta por el juez penal.

La inhabilitación concursal y la inhabilitación penal son partes sucesivas de un **proceso único**.

Será el juez penal en el proceso penal quien fije la inhabilitación definitiva que sustituye a la inhabilitación concursal "preventiva", extinguiendo a esta última.

La inhabilitación penal podrá tener un contenido distinto de la inhabilitación concursal (p.ej.podría no inhabilitarlo para ser socio), ya que el art. 238 LCQ no integra el Código Penal ni cercena las facultades del juez penal de imponer inhabilitaciones.

Las inhabilitaciones preventivas no son extrañas a nuestro sistema jurídico. Por ejemplo el art. 328 II, del Código Procesal Penal de Santa Fe (introd. Ley 11.583/98) establece como medida cautelar hasta el dictado de sentencia en las causas por infracción a los arts. 84 y 94, Código Penal, cuando las lesiones o muertes sean consecuencia del uso de automotores, el juez podrá, en el auto de procesamiento, inhabilitar provisoriamente para conducir al procesado, reteniéndole a tal efecto la licencia habilitante y comunicando la resolución a los Registros Nacional y Provincial de Antecedentes de Tránsito. En el mismo sentido, en el Régimen Penal Cambiario (modificaciones introducidas por la ley 24.144/92)

(19) Las causales de quiebra culpable o fraudulenta tipificados en el Código Penal, aplicable a los administradores de personas jurídicas en función del art. 178 C. Penal, son: Art. 176 C. Penal- Quiebra Fraudulenta: 1) simular deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2) No justificar la salida de bienes que debiera tener; 3) Conceder ventajas indebidas a algún acreedor; Art. 177 C. Penal- Quiebra Culpable: 1) gastos excesivos; 2) especulaciones ruinosas, juego, abandono de los negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

se establece que el Banco Central de la República Argentina podrá aplicar las siguientes medidas precautorias: a) para los inspeccionados o sumariados: 1) no acordarles autorización de cambio, 3) no dar curso a sus boletas de embarque de mercadería, 4) suspender las autorizaciones para operar o intermediar en cambios [...]; b) prohibir la salida del territorio nacional a las personas investigadas o procesadas [...].”

Las Principales fortalezas de la teoría la inhabilitación concursal como medida preventiva de la inhabilitación penal son:

- Justifica la imposición “automática” de la inhabilitación de administradores con la declaración de quiebra (o de la fijación de la fecha de cesación de pagos).
- Se trata de una medida de tipo preventivo que puede dictarse inaudita parte.
- Explica porqué la medida “dura hasta el sobreseimiento o absolución (art. 236 LCQ)”.
- Justifica la constitucionalidad de la inhabilitación automática en la medida de que se trata sólo de una medida preventiva de la sanción penal y no de una sanción independiente de ella. La medida de inhabilitación automática dispuesta por la ley 24.522 (art. 235) sólo cumplirá con los estándares de razonabilidad de la Corte Suprema de Justicia nacional como “medida preventiva” de la inhabilitación a ser dictada por el juez penal.
- Se trata de una medida creada por la ley concursal en resguardo del interés público, pero vinculada estrecha y necesariamente con la inhabilitación a ser dispuesta por el juez penal, en los casos en que ésta (la inhabilitación penal) resulte procedente.

La principal debilidad de la teoría consiste en no explicar cómo la medida “dura hasta el cumplimiento de la inhabilitación que imponga el juez penal” (art. 236 LCQ). Una medida preventiva no puede coexistir con la pena definitiva. La coherencia de la teoría que se propugna con el texto legal citado es interpretar que esta situación se da cuando el juez penal imponga inhabilitación penal y ella sea coherente con la inhabilitación concursal.

Los delitos por los cuales cabe disponer la prórroga de la inhabilitación son principalmente los delitos vinculados con la administración del patrimonio de afectación

- **Quiebra fraudulenta o culpable** (arts. 176 y 177, CP). La figura penal contiene la posibilidad de imponer una inhabilitación especial en ambos casos.
- **Defensa de la competencia:** art. 48, ley 25.156: prevé inhabilitación para ejercer el comercio para los directores, gerentes, administradores o síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de personas jurídicas condenadas por infracciones a la ley.

Defraudaciones: (arts. 172 a 174 CP). En ningún caso las figuras prevén la posibilidad de imponer una inhabilitación especial, por lo que habría que referirse a la pena de inhabilitación dispuesta por el art. 20 bis, Código Penal para contemplar la posibilidad de una inhabilitación.

La conclusión de este acápite sería que los jueces concursales sólo podrían prorrogar la inhabilitación en el caso en que el inhabilitado se hallare incurso en algún delito por el cual el juez penal puede imponer inhabilitaciones, que son los tres indicados más arriba.

Otro tipo de inhabilitaciones: las "especiales" del art. 20 bis, Código Penal

El art. 20 bis, Código Penal contempla la inhabilitación "especial", esto es:

- Podrá imponerse inhabilitación especial [...] aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:
- [...]
- 3. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

Por cierto que el Código Penal contiene otros tipos penales que admiten inhabilitación (20) pero estos casos no contemplan la

(20) como el caso de la inhabilitación "absoluta" de los penados con reclusión y prisión de más de tres años, en caso de tenencia y tráfico de es-

competencia del juez concursal, que está limitada al patrimonio del deudor en quiebra.

Interpretación de la frase "autorización, licencia o habilitación del poder público" para imponer la inhabilitación especial del art. 20 bis Código Penal

Lo primero que puede señalarse es que la imposición de una inhabilitación no es obligatoria para el juez. El art. 20 bis Código Penal prescribe que la pena "podrá" imponerse, es decir que su imposición no es obligatoria para el juez. Se transcriben a continuación algunas reseñas de la jurisprudencia y doctrina que han caracterizado al instituto de la inhabilitación:

"El tribunal podrá en cada caso si la inhabilitación implica una carga excesiva para el penado, si resulta contraproducente para la obtención del fin resocializador, particularmente si sume al sujeto en la miseria o le dificulta la obtención de ingresos, si trasciende negativamente en su familia, etc." (21)

"La doctrina que establece el art. 20 bis, párr. 3° del Código Penal es que la profesión debe estar reglamentada por el poder público. Quedan excluidas las actividades cuyo ejercicio no depende de la autorización estatal del poder público" (22)

"La exigencia de la profesión o actividad sean de las que requieran autorización, licencia o habilitación del poder público presupone la existencia de un *minimum* de reglamentación, donde se establezcan los requisitos a los que está supeditada su concesión" (23).

tupefacientes (ley 23.737), en general para los funcionarios públicos (arts. 143, 144 bis, 144 ter. Código Penal), en el Código Aduanero (ley 22.415), para los médicos, cirujanos, parteros, farmacéuticos, en caso de prevaricato para el caso de jueces o abogados, en el caso de entidades de seguros (ley 20.091, art. 59), en casos de violación a la prohibición y conservación de la fauna silvestre (ley 22.421, en caso de resistencia y atentado a la autoridad de peritos e intérpretes (art. 242 Código Penal), en caso de delitos contra la seguridad de la Nación (ley 13.985), en la Ley de Espectáculos Deportivos (ley 24.192), en la Ley de Abastecimiento (ley 20.680), en la Ley de Antidopíng en el Deporte (ley 24.819) y en el caso de homicidio culposo (art. 176, Código Penal).

(21) ZAFFARONI, *"Tratado de Derecho Penal, Parte General"*, 1997, t. V, p. 246.

(22) ZAFFARONI, *"Tratado de Derecho Penal, Parte General"*, 1997, t. V, p. 244.

(23) BROGLIA, GAUNA, *"Código Penal"*, 6ª ed., 2007, t. 1, p.162.

“La actividad sobre la que puede recaer la inhabilitación [del art. 20 bis CP] se circunscribe a las que requieren la intervención del poder público “para su propio ejercicio” y no las que la requieren “para el funcionamiento de los medios que se emplean para su ejercicio”. “Nadie puede abusar de facultades que no le fueron concedidas” (24).

Resulta improcedente aplicar la pena de inhabilitación especial –art. 20 bis inc. 3, Código Penal– para ejercer el comercio –en el caso, rubro compraventa de automotores, toda vez que dicha actividad no requiere de autorización, licencia o habilitación del poder público (25).

El art. 20 bis del Código Penal no puede referirse a cualquier profesión no reglamentada –como la de periodista– por lo que no cabe imponer la inhabilitación para ejercer el periodismo como sanción por el delito de calumnias e injurias (26).

“Claramente el inciso 3 del art. 20 bis del Código Penal está dirigido a aquellas profesiones o actividades en las cuales el Estado interviene como regulador, y en sentido contrario, la inhabilitación que allí se prevé no alcanza a aquellas otras que quedan al margen de tal intervención, y se despliegan al amparo de la garantía contenida en el art. 14 de la C.N. que asegura el derecho de ejercer toda industria lícita.” (27)

El Estado no puede prohibir una actividad cuando no ha considerado que tiene que permitir expresamente su ejercicio (principios de legalidad de la pena y reserva) (28).

La “actividad” de administrador de personas jurídicas: ¿requiere licencia del poder estatal?

El Art. 264 de la Ley de Sociedades 19.550 establece una serie de prohibiciones para el ejercicio del cargo de director de una sociedad anónima, disposiciones que son aplicables a las

(24) ZAFFARONI, “*Tratado de Derecho Penal, Parte General*”, t.V, Bs. As. 1997, pp. 244/5.

(25) CNCasación Penal, sala IV, 7.10.02, “Minetto”, LL, 2003-D, 637.

(26) CNApel.Crim.Corr., sala VI, 17.02.93, “R.H.”, LL., 1994-C, 197.

(27) Opinión del Fiscal General de la CNCasación Penal en la causa “Minetto”.

(28) CREUS, “*Derecho Penal. Parte General*”, 4ª ed., Bs. As.1999, p. 454.

sociedades de responsabilidad limitada por disposición del art. 157 de la misma ley (29).

A su vez, diversos artículos de la Ley de Sociedades prescriben algunos requisitos para poder ejercer el cargo de director, como la de prestar una garantía de su desempeño (art. 256 "Condiciones"); o la duración máxima de ese desempeño (art. 261 "Duración"); o las condiciones de su remuneración (art. 261 "Remuneración").

Existen disposiciones similares en el art. 13, ley Asociaciones Mutuales 20.321; y en el art. 64, ley Cooperativas 20.337.

Estas disposiciones: ¿importan una efectiva reglamentación que desemboca en una autorización estatal? La respuesta debe ser no positiva.

En primer lugar, ninguna de estas condiciones establecidas importan el prolegómeno de una efectiva autorización del Estado para el ejercicio de una actividad, sino que consisten en el libre ejercicio de una actividad en base al derecho constitucional de ejercer toda industria lícita (art. 14 CN). Las autorizaciones estatales para el ejercicio de actividades lícitas deben ser interpretadas con criterio restrictivo, ya que importan limitaciones a la libre actividad que es un derecho humano básico.

Además, existen otras personas jurídicas cuyas reglamentaciones no tienen los mismos requisitos para sus administradores, tales como las sociedades de hecho, sociedades civiles, sociedades colectivas.

Estos requisitos tampoco son exigibles a los fallidos personas físicas.

(29) Art. 264, Ley de Sociedades. [Prohibiciones e incompatibilidades para ser director]. No pueden ser directores:

- 1) Quienes no pueden ejercer el comercio.
- 2) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez años [...]; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez años [...].
- 3) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta diez años después de cumplida la condena.
- 4) Los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos años del cese de sus funciones.

No hay posibilidad de aplicación del art. 20 bis, Código Penal, a las actividades de un administrador de personas jurídicas en quiebra.

La Calificación de Conducta subsiste en el derecho argentino

La consecuencia de este análisis es que la Calificación de Conducta subsiste en el derecho concursal argentino.

Tanto los jueces comerciales como los penales deben obligatoriamente calificar la conducta del administrador (y la del fallido). En el trámite de la quiebra, el juez concursal para poder denegar un acortamiento del plazo de un año, o para disponer su alongamiento deberá encuadrar el accionar, ya sea en las disposiciones del Código Penal sobre quiebra fraudulenta o culpable, o en las actividades reprimidas por la Ley de la Defensa de la Competencia, y sólo en ellas.

Tercera parte

Sobre el efecto de los actos realizados por los administradores de personas jurídicas en quiebra inhabilitados, en violación de las prohibiciones contenidas en la ley concursal.

El director de una sociedad anónima declarada en quiebra ha violado las prohibiciones contenidas en la ley concursal y efectivamente, ha ejercido el comercio, o se ha mantenido en el cargo de director de otra sociedad anónima, interviniendo en decisiones y actos de la misma, o se ha mantenido como socio de una sociedad de responsabilidad limitada, o como apoderado con poderes generales de una sociedad colectiva (art. 238 Ley 24.522).

¿Cuál será el efecto de estos actos realizados en violación de la prohibición expresa?

Una primera aproximación sería la de aplicar el art. 18 del Código Civil: "los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención". Esta interpretación redundaría en la nulidad de estos actos. Si se interpretara que la prohibición está fundada en el orden público, nos encontraríamos con una nulidad absoluta, imprescriptible e inconfirmable.

Ello significaría que todos los actos realizados por el director inhabilitado estarían sujetos a una acción de nulidad, y en

determinadas circunstancias, el acto realizado por la sociedad podría caer también.

Creo que esta no es la única interpretación posible, y que existen otras que permiten defender el tráfico comercial con solidez.

En primer lugar es posible encontrar una solución en la Ley de Sociedades Comercial 19.550. En efecto, el art. 265 de la misma impone como sanción a la violación de las prohibiciones del art. 264 (entre las que se encuentra la prohibición para ser director de quien no puede ejercer el comercio) la remoción del inhabilitado. La norma no contempla la nulidad del acto realizado por el inhabilitado. Creo que esta norma es de aplicación prioritaria al art. 18 del Código Civil, atento lo prescripto por el art. I del Título Preliminar del Código de Comercio: "En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil" Es decir, primero debe buscarse la solución al caso dentro del Código de Comercio, y recién en caso de no encontrar dicha solución, recurrir al Código Civil. Pero la Ley de Sociedades Comerciales integra el Código de Comercio (art. 384, Ley 19.550) y efectivamente establece una solución para el interrogante. Las soluciones establecidas para las sociedades anónimas han sido aplicadas con anterioridad a las restantes sociedades comerciales, y se propone que en este caso se actúe de la misma manera.

Quedaría para resolver el caso de las personas jurídicas que no son sociedades comerciales.

El planteo coloca de lleno la situación en la discusión sobre los efectos de los actos jurídicos realizados por los incapaces de derecho, discusión que no ha sido superada todavía.

Un sector de la doctrina sostiene que "cuando la particular situación en que se encuentra el autor del acto, que constituye el fundamento de la nulidad, no es manifiesta y debe practicarse una investigación de hecho para comprobarla, los actos pasan a la categoría de anulables" (30). Ello con fundamento en lo prescripto por el art. 1045 del Código Civil: el acto es anulable cuando no fuere conocida la incapacidad impuesta por la ley al momento de formarse el acto (31). El acto realizado por el

(30) BREBBIA, ROBERTO H., *"Hechos y Actos Jurídicos"*, Astrea, 1995, t. 2, p. 597.

(31) Art. 1045 Código Civil: "Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental [...]o cuando no fuere conoci-

administrador de una persona jurídica (que no sea una sociedad comercial) será declarado anulable en cuanto el vicio no haya resultado evidente para los terceros que se ven afectados patrimonialmente por la nulidad (32). Los efectos no son *erga omnes* (art. 1051, part. 2, Código Civil) (33).

Efectivamente, si el acto declarado nulo importa una transferencia de inmuebles, se podrá invocar la protección del art. 1051, 2ª parte, Código Civil, y si se trata de muebles, del art. 2412 del mismo Código. En el caso de operaciones realizadas con consumidores, éstos podrán invocar el art. 37 de la ley 24.240. La nulidad relativa sólo podrá ser alegada por el perjudicado y en la medida que haya habido perjuicio derivado de la calidad de incapaz de derecho del administrador actuante.

Por cierto, que un sector de la doctrina y de la jurisprudencia sostienen que los actos realizados son nulos de nulidad absoluta (34).



da su incapacidad impuesta por la ley al momento de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho [...]"

(32) Criterio compartido por Lloveras de Resk, en Bueres, Highton, "Código Civil", t. 2C, p. 323.

(33) BREBBIA, op. cit. p. 593.

(34) Ver en Lloveras de Resk, op.loc. cit., nota 16.

SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CULPA EN EL SUPUESTO DE SOLIDARIDAD PASIVA (CONVENCIONAL O LEGAL)

Por MARIANO GAGLIARDO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El tema que motivan estas reflexiones, recibe un merecido tratamiento en el régimen civil y mediante reenvío legal -art. 207 y Título Preliminar del Código de Comercio-, es materia de aplicación en la esfera societaria.

Como punto de partida, parece lógico destacar que en una economía de mercado dinámica, donde prevalecen los intercambios de bienes y servicios, el genuino movimiento gira en derredor de la disciplina obligacional y sus consiguientes secuelas.

El núcleo de estas líneas versará sobre algunas contingencias de la solidaridad pasiva -legal o bien convencional-, con el antecedente del factor culpa.

El precedente desarrollo, da por cierto la existencia de una relación obligatoria entre dos sujetos, en dos posiciones subjetivas, destacando que cada una de ellas puede estar configurada por uno o varios sujetos de derecho.

La solidaridad de deudores, debe ser analizado -no sin cuestionamientos- como una hipótesis de litisconsorcio necesario, donde resulta factible en un enfoque procesal, la "llamada en garantía" que resulta el poder del deudor solidario demandado de dirigirse contra sus codeudores con la finalidad de involucrarlos en un proceso en trámite.

II. DILIGENCIA DEL DEUDOR EN EL CUMPLIMIENTO: ALCANCES EN LA DEUDA SOLIDARIA

2. La diligencia en el cumplimiento de la prestación comprometida, es parte del plan obligacional, consistente en la actuación material adecuada dirigida a que el débito sea realizado y, por tanto, a la efectividad del vínculo (1) y reviste en la solidaridad pasiva un doble cauce: cualquier codeudor puede sufrir los efectos del reclamo de la deuda y, en segundo término, la totalidad de codeudores están obligados a cumplir cualquier incumplimiento imputable a los distintos llamados a responder.

De tal manera la diligencia del codeudor solidario, al igual que la titularidad activa, se ejerce sobre la totalidad e integridad de la deuda con lo que deviene en elemento configurador de la solidaridad la noción de totalidad e integridad en los ejercicios de las titularidades activa y pasiva.

III. QUID DE LA SOLIDARIDAD PASIVA

3. Es sabido que la solidaridad pasiva posibilita el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores, resultando en definitiva una adecuada garantía personal. La génesis usual de esta figura es, entre otros, la ley y cuando no el contrato. Sin embargo, existen situaciones donde la esencia contractual, tiene particularidades en materia de solidaridad: se trata de la fianza, pues quien garantiza una obligación como codeudor solidario, carece del beneficio de excusión y no es necesario, demandar previamente su pago al verdadero deudor. No obstante, existen distingos a considerar pues la fianza es accesoria y mientras el fiador puede oponer defensas personales del deudor principal, excepto la incapacidad de este último, el deudor solidario carece de tales prerrogativas.

El régimen jurídico de la solidaridad pasiva debe considerarse desde una doble perspectiva: la relación externa que vincula al acreedor con los deudores solidarios y la que existe entre los codeudores solidarios (relación interna) que justifica que cualquiera de los deudores puede pagar la totalidad de la

(1) BADOSA COLL, FERRÁN, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 69.

prestación, mediante la liberación coactiva o bien a través del pago.

A propósito del daño con motivo de este apartado, debe tenerse en cuenta que la expresión daño significa que el daño es idéntico y no otro; exactamente igual, y por tanto, no distinto es decir que no se distingue de otra cosa; que no se perciba clara y distintamente. El mismo daño, será por tanto, un daño indiviso; no separado o dividido en partes y en el que existe, por tanto, unidad de sus elementos y no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere.

IV. OBLIGACIONES CONTRACTUALES

4. A) *Quid de la mancomunación.* Las obligaciones con pluralidad de acreedores y deudores, resulta mancomunada que puede -o no- ser solidaria (art. 690 Código Civil).

La mancomunación, en cuanto reúne a una pluralidad de sujetos de derecho, suele constituir una obligación mancomunada, donde la controversia puede suscitarse si existe un solo vínculo o bien una pluralidad de relaciones, prevaleciendo esta última posición que tiene sustento en distintos preceptos legales (arts. 675; 677 y 678, Cód. cit.).

De manera que si las partes -aun mediando pluralidad de otorgantes- no han exigido garantías de seriedad y certidumbre, la obligación será mancomunada. Es que en presencia de una relación vinculante de esta última índole y no mediando acuerdo en contrario en orden a la distribución del crédito y del débito entre ellos, el objeto de la obligación se dividirá en tantas partes iguales como sujetos hubieren, sin que resulte de ello que han tenido intención de configurar un vínculo solidario.

Resultado de lo expuesto, es que conceptualmente *-lato sensu-*, solidaridad se opone a mancomunidad, más no existe manera de contraponer ésta figura a "partes iguales", en cuanto su ámbito conceptual y existencial son disímiles.

A mero título informativo, así como existen regímenes tradicionales que presumen la mancomunidad, otros ordenamientos jurídicos con mayor rigor contemplan la presunción de solidaridad en la hipótesis de pluralidad de sujetos de fuente contractual.

Luego de lo dicho, la solidaridad operará cuando conste por medios extrínsecos que tal ha sido el querer de los obligados (art. 1920 Cód. cit.).

B) *Acerca de la solidaridad.* La cotitularidad en el crédito solidario, da por supuesto que cada uno de los acreedores ejerce una titularidad sobre la totalidad e integridad del crédito (art. 699 Cód. cit.): cualquier acreedor solidario, tendrá legitimación activa para reclamar la totalidad de la deuda a cualquiera de los codeudores solidarios. Dicha legitimación activa, supone que en ningún caso pueda limitarse su ejercicio por acto del deudor solidario reclamado, aunque sí, por acto de otro codeudor; además, cualquier acreedor puede recibir íntegramente el contenido de la obligación.

Y cuando un acreedor se anticipe y reclame la totalidad del crédito, los obligados sólo podrán pagar al acreedor que fue diligente en el reclamo y para éstos se limita el derecho de elección.

Este breve panorama, lo es respecto del obrar en ciertas circunstancias de parte del acreedor, centrándonos en más en el proceder del deudor.

La noción de “todo” caracteriza a la solidaridad, mientras la idea de “parte” es la que se predica de la mancomunidad, de donde cada deudor puede ser objeto de reclamo del total de la deuda y el acreedor no puede poner límites en su reclamo frente a los deudores.

Corolario de lo dicho, ante la demanda del acreedor, el deudor no puede argumentar el beneficio de división, ni el litis-consorcio pasivo, ni la llamada en garantía del resto de los codeudores, ni la litispendencia -defensa esta que habrá que analizar en que circunstancias se pretende oponer-.

De modo que la legitimación pasiva por la totalidad de la deuda tiene plena virtualidad en las relaciones entre los codeudores: uno de los efectos es la interrupción de la prescripción y el otro es la eficiencia de la cosa juzgada en la sentencia dictada a un deudor respecto de los restantes.

Si cualquiera de los obligados pagara la deuda, la relación interna subsiste y la legitimación pasiva del conjunto de los

codeudores se mantiene ante los codeudores que no han atendido su débito, más aquí sobresale una nota singular que es la "parte" en contraposición con el "todo" tal como se señaló en lo externo.

En estas líneas, se advierte el pensamiento de Pothier para quien la idea de totalidad e integridad en la deuda solidaria, resultaba una clásica formulación: de donde cada uno de los deudores solidarios será considerado como si fuera único deudor en la satisfacción de la deuda y el pago con alcance subrogatorio.

C) *Quid de la culpa en la solidaridad pasiva.* El art. 710 Cód. cit., plantea el problema de la responsabilidad pasiva, derivada de la pérdida de la cosa debida, por el hecho o culpa de uno de los deudores o de hallarse constituido en mora.

Nuestro Código, responsabiliza a todos los deudores por las consecuencias de la culpa o mora de uno de ellos, lo que mantiene el fin de la solidaridad, alejándose así alternativas de colusión entre los codeudores, significando el resarcimiento a abonar una transformación de la deuda primitiva.

De manera que ante una obligación solidaria pasiva, si la prestación se hubiese hecho imposible por causa imputable a uno o varios deudores, dicha obligación no se extingue y todos los deudores culpables y no culpables quedan obligados solidariamente a reparar los daños e intereses. Lo dicho, es propagación de los alcances de la culpa de uno de los deudores solidarios a todos los demás, excepción al sistema de la responsabilidad subjetiva.

La solidaridad aparece como una mutua garantía o corresponsabilidad y la culpa personal de un deudor puede tener repercusión colectiva a través de los vínculos de una comunidad pasiva.

El sistema del Código responde en materia de solidaridad a que los deudores solidarios no quedarán liberados de la obligación solidaria, incluso en aquéllos en los que no concurra la culpa: la solidaridad pasiva perjudica a los codeudores en cuanto al mantenimiento de la obligación, no en -principio- cuanto a la agravación.

La solidaridad pasiva cumple, esencialmente una función de garantía: se garantiza al acreedor en la medida en que todos los deudores asumen la total responsabilidad del cumplimiento del deber de cada uno de ellos. Es que cuando se habla de solidaridad de deudores se está aludiendo, en rigor, a una responsabilidad solidaria.

En suma, la responsabilidad de reparar la infracción de la obligación solidaria se convierte igualmente en solidaria al resultar cada uno de los deudores solidarios titular de su reparación. De allí pues deriva que exista la posibilidad de solicitar la oportuna reparación con la consiguiente ejecución forzosa.

V. OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

5. Hasta aquí, la exposición trata situaciones de normalidad en las relaciones jurídicas que vinculan a las partes: no caben en el cuadro precedente anomalías como las que seguidamente se delinearán.

¿El interrogante es que acontece cuando varias obligaciones involucran a sujetos que están vinculados por situaciones emergentes de la comisión de un acto ilícito no delictual?.

La responsabilidad derivada de la culpa extracontractual o aquiliana se regirá por las soluciones de la mancomunidad o, por el contrario, serán aplicables las pautas de la solidaridad.

El primer enfoque de la cuestión, queda encuadrado en los arts. 710 y 711 del Código Civil, preceptos que aunados con los arts. 705, 707, 706, 713, 714 y 717 dan una idea de "perjuicio".

En segundo término, "la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal" (art. 1081 Cód. cit.).

El primer grupo de preceptos, contemplan la responsabilidad jurídica en la obligación solidaria: mora, culpa por inexecución y reparación de daños e intereses.

En lo específico del tema, mediando solidaridad pasiva, la culpa se comunica a los restantes obligados y de mediar

actitud dolosa, la situación patrimonial se agrava respecto del sujeto que así hubiere obrado: el damnificado tiene una acción contra todos los obligados por el obrar culposo y, además, tiene una acción individual -o plural- con relación a los sujetos que hubieren obrado dolosamente, lo que no excluye la acumulación de acciones.

La reparación comprende los daños comunes del -o los acreedores- y deja fuera de reclamo los daños propios.

El segundo dispositivo -art. 1081- trata la responsabilidad extracontractual, con motivo de una obligación plural derivada de acto ilícito civil.

Es de señalar que así como el Código español, tuvo en cuenta nuestro Código Civil en el tratamiento de parte del tema central, el Código Civil francés, por su parte, estableció de manera expresa la responsabilidad solidaria de los obligados por la comisión de un acto ilícito común.

A propósito de su comentario al régimen germano que sigue nuestras huellas, Karl Larenz (2) ("si varios han causado un ilícito realizado en común, cada uno de ellos es responsable"), pues la comisión conjunta de una acción presupone una cooperación consistente y querida de varios para la obtención del resultado que cada uno quiere como el de su acto, y, en consecuencia, los varios sujetos participantes son en este caso coautores, por lo que el daño producido mediante la actuación conjunta es imputado en toda su extensión a cada uno de dichos autores.

Agrega Larenz, que el perjudicado puede reclamar la indemnización que le corresponde a cada uno de los obligados a su arbitrio, en su totalidad o en parte, si bien toda ella sólo una vez y con indiferencia de que se trate de un supuesto de responsabilidad por riesgos, ya que ambas categorías están comprendidas en la expresión "acto ilícito".

Von Thur, suministra un ejemplo ilustrativo al decir que no son deudores solidarios varias personas que respondan del mismo daño sin ser conjuntamente responsables de él, por efecto de dos actos ilícitos independientes el uno del otro, o bien como

(2) *Derecho de las Obligaciones*, Reus, Madrid, 1959, p. 623 y ss.

consecuencia de un acto ilícito y de la infracción de un deber contractual, o bien porque una de ellas responde como autora de un hecho y la otra por virtud de sus deberes de vigilancia, como poseedora de un animal o como propietaria de un edificio, pero de los principios de la conexión causal se desprende que ninguna de ellas puede descargarse de responsabilidad alegando la de la otra parte y que por tanto, cada cual responde del daño causado en su integridad (3).

Para Soto Nieto (4) existe la presunción de que si varias personas concurren a la producción de un daño, debe tutelarse al acreedor perjudicado a través del reconocimiento de un vínculo solidario entre los obligados. Ante la presencia -dice- de varios agentes que mediante su cooperación física o psíquica necesaria dieron paso a la consumación del hecho, el daño resultante merece ser imputado en toda su extensión a cada uno de aquéllos, y ofreciéndose al perjudicado un frente subjetivo repetido de personas a las que, simultánea o sucesivamente, le es dado demandar la satisfacción de la prestación, la que no puede multiplicarse, corolario lógico deviene el que se estime surgida una situación de solidaridad entre las mismas.

En suma: el derecho al resarcimiento que tiene la víctima del daño injusto es un crédito que puede venir reforzado por el establecimiento legal de la solidaridad, la más fuerte y adecuada de las garantías personales que puede encontrar el acreedor, cuyo antecedente y fundamento proviene de la ley, pues sólo a la ley le compete el sancionar genéricas desigualdades, y, en su defecto, ante la misma todas las obligaciones tienen idéntica consideración y tutela.

VI. LITISCONSORCIO Y SOLIDARIDAD PASIVA

6. El concepto de "pluralidad de vínculos" en cuanto integra la noción de obligación solidaria, pareciera no compadecerse con la primera noción, pues el vínculo es único con la variante de la concentración de codeudores en la obligación de responder por el débito.

(3) *Tratado de las obligaciones*, Madrid, 1934, Reus, t. II, p. 259 y ss.

(4) *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo*, Madrid, 1982, p. 172 y ss.

Con rigor técnico se explicita el estado de lo expuesto bajo la idea de pluralidad de situaciones subjetivas (5).

De manera que dentro de la unidad de vínculo, se configura una pluralidad de situaciones subjetivas.

La unidad de prestación, en la hipótesis de obligaciones solidaria, que incide en cualquier deudor en virtud de vínculo contraído por todos los deudores o impuesto a todos los deudores no obsta que alguno de los sujetos involucrados resulte beneficiario de una modalidad -plazo- o pago en cuotas, etcétera.

Algunas derivaciones del presente apartado, de índole excepcional pueden resultar: a) algún codeudor solidario puede haber constituido fianza para consolidar su responsabilidad y ser requerido respecto de esta no de las demás (doc. art. 2006 Cód. cit.); b) el vicio de voluntad de algún codeudor libera al involucrado en la situación de solidaridad pasiva.

Desde el instante en que el acreedor resulta titular del derecho de elección, se controvierte si se trata de un litisconsorcio pasivo necesario o cuasi necesario, caracterizado por que varias personas se hallan ante determinado evento jurídico en situación de igualdad de calidad, de tal modo que teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas en particular, sin embargo la resolución que los tribunales pueden adoptar les afectará a todas, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento (6).

En suma: al permitir la ley al acreedor que demande, además de a todos, a uno o varios de sus deudores solidarios, excluye la existencia de litisconsorcio pasivo necesario.

VII. OBLIGACIÓN SOLIDARIA Y RÉGIMEN SOCIETARIO

7. En la obligación solidaria cada uno de los deudores debe la totalidad de la prestación al acreedor aunque éste sólo puede cobrar íntegramente una vez.

(5) SALVAT-GALLI, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Obligaciones en General, 6° ed. Tea, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 62.

(6) FAIREN GUILLÉN B., *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*, Revista de Derecho Privado, 1954-859.

Según lo expuesto, caben los siguientes distingos:

1) Una pluralidad de deudores, concurrentes en el compromiso de deber la prestación.

Esa pluralidad puede nacer al constituirse el vínculo o después, incluso con una aplicación sucesiva.

2) Una única relación de obligación.

La identidad de prestación no impide que la solidaridad se constituya entre acreedor y deudores con varios vínculos distintos.

3) La existencia de relaciones internas entre los deudores solidarios, los cuales no están a la libre disposición del acreedor y explican el importe final de la deuda y el por qué de la solidaridad (7).

4) La unidad de la prestación objeto de la obligación.

5) Un recaudo sostenido como esencial en la solidaridad pasiva es la identidad de causa o fuente de la obligación.

8. En la regulación de sociedades, la noción unívoca de "solidaridad", la que resulta pasiva de origen legal (art. 59, ley 19.550) y de fuente contractual en atención a la naturaleza del contrato de sociedad (art. 1, ley cit.), tiene matices y aplicaciones particulares.

A) Caso de la sociedad colectiva. El régimen en esta especie asociativa es de responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria (art. 125 ley cit.). La solidaridad que compromete a los socios es un *status* jurídico asumido por éstos voluntariamente al adoptar el tipo societario.

B) Sociedad de responsabilidad limitada: rige como pauta la solidaridad ya comentada pero en materia de gerencia, existe en el ámbito de la responsabilidad una excepción de especie pues según la organización de la gerencia aquélla puede ser individual o solidaria.

C) En la sociedad anónima, la pauta genérica es la solidaridad, si bien la excepción que posibilita el análisis de la conducta individual del director es el art. 274, 2 ap. ley cit.

(7) LARENZ, KARL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Reus, 1959, p. 517 y ss.

VIII. DE LOS DIVERSOS OBLIGADOS

9. Existiendo pluralidad de obligados que realizan en común un acto ilícito dañoso, los llamados a responder son varios, más deberá delimitarse el orden en que quedarán obligados: en la responsabilidad objetiva el poseedor o el que se sirve de un animal, que responde (salvo que hubiese habido fuerza mayor o culpa del perjudicado) de los perjuicios que cause. Además, no hay que olvidar que la causalidad del daño no tiene que ser exclusiva y puramente material, sino que también puede imputarse -según las circunstancias- a quienes, aun sin participar personalmente en el acto inmediatamente causante del daño, intervinieron sin embargo, en el hecho que mediatamente dio ocasión a aquél.

En otro enfoque, en las hipótesis de daños causados por la conjunción de varias culpas individuales, cada uno de los que contribuyó a la producción del hecho está obligado a indemnizarlo totalmente, sea por el art. 1109 Código Civil, sea por ser el responsable de una consecuencia mediata (art. 904), puesto que la consecuencia perjudicial ha resultado de la conexión del hecho culposo de uno con el hecho culposo de otro (art. 901).

IX. FINAL

10. El sistema clásico de la responsabilidad examina y resuelve la cuestión teniendo en cuenta exclusivamente el autor del daño. Y a partir de este criterio, se pregunta a propósito de la solidaridad: ¿es justo y equitativo que se castigue a quien no se puede imputar dolo ni falta? ¿Qué a cargo de su patrimonio se compense el de la víctima de un daño del que moralmente no es responsable?.

A propósito de lo cual decía Planiol: todo caso de responsabilidad sin culpa sería una injusticia social; sería para el Derecho civil lo que en Derecho penal sería condenar a un inocente.



LUCES Y SOMBRAS DE LA REFORMA CONCURSAL

A propósito de la ley 26.684 que reformula el rol de los trabajadores y de las cooperativas de trabajo en el concurso preventivo y en la continuación de la exploración de la empresa

POR FRANCISCO JUNYENT BAS

SUMARIO: I. CUESTIONES PREELIMINARES. II. EL ORIGEN DE LAS FÁBRICAS RECUPERADAS Y LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN. II. 1. LA CRISIS ECONÓMICA Y SOCIAL. II. 2. UN CAMINO SIN RETORNO. III. ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA. III. 1. EL IMPACTO TANTO EN EL CONCURSO PREVENTIVO COMO EN LA QUIEBRA. III. 2. PRINCIPALES ASPECTOS REFORMADOS. IV. EL NUEVO ORDENAMIENTO LEGAL. IV. 1. UN NUEVO RECAUDO DE APERTURA DEL CONCURSO PREVENTIVO. IV. 2. ¿UN MERO RECAUDO FORMAL? V. EL MANTENIMIENTO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. V. 1. LA ELIMINACIÓN DEL CONVENIO DE CRISIS. V. 2. EL ESTATUTO LABORAL. V. 3. EL INFORME SINDICAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS EMPLEADOS. VI. EL SEGUIMIENTO DEL CONCURSO MEDIANTE EL COMITÉ DE CONTROL. VI. 1. LA CONVERSIÓN DEL COMITÉ DE ACREDORES. VI. 2. LA REPRESENTACIÓN LABORAL. VII. LA REFORMULACIÓN DEL PRONTO PAGO. VII. 1. LAS VÍAS DE COBRO DE LOS CRÉDITOS LABORALES. VII. 2. LOS FONDOS LÍQUIDOS DISPONIBLES Y LA RETENCIÓN DE LOS INGRESOS DE LA CONCURSADA. VII. 3. UNA NUEVA DIRECTRIZ: EL SUSTENTO DEL PRONTO PAGO. VII. 3. A. LA FACULTAD JURISDICCIONAL DE PRIORIZAR DETERMINADOS CRÉDITOS. VII. 3. B. LA JURISPRUDENCIA SOBRE ACREDORES INVOLUNTARIOS. VIII. LA LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR EN EL SALVATAJE. VIII. 1. ENTRE UNA NORMA INNECESARIA Y UN PASIVO INEXISTENTE O INDETERMINABLE. VIII. 2. EL ARTÍCULO 48 BIS Y EL EVENTUAL PASIVO A FAVOR DE LOS TRABAJADORES. VIII. 3. LA INVIABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO. VIII. 4. LA INTEGRACIÓN DE LA COOPERATIVA. VIII. 5. LA DETERMINACIÓN DEL PASIVO LABORAL. VIII. 6. LA IMPROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN. IX. LA CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN EN LA QUIEBRA. IX. 1. LA LEGITIMACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO. IX. 2. EL NACIMIENTO DEL TRABAJADOR ASOCIADO. X. LAS FORMAS DE CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN. X. 1. LA CONVERGENCIA DE LOS MEDIOS DE CONTINUACIÓN. X. 2. LOS MOTIVOS DE LA CONTINUACIÓN. X. 3. LA VIABILIDAD DE LA EMPRESA Y LA FUENTE DE TRABAJO. X. 4. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL. X. 5. LA LLAMADA "CONTINUACIÓN ATÍPICA". XI. LAS ALTERNATIVAS DE ENAJENACIÓN. XI. 1. LA LIQUIDACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE LOS TRABAJADORES Y SU FACULTAD DE COMPENSAR EN LA ADQUISICIÓN DE LA EMPRESA. XI. 2. LA TASACIÓN DE LA EMPRESA Y LA ADJUDICACIÓN DE LA COOPERATIVA. XI. 2. A. EL TRÁMITE DE VALUACIÓN. XI. 2. B. LA ADJUDICACIÓN A LA COOPERATIVA. XI. 2. C. LA CAPACIDAD DEL PAGO DE LA COOPERATIVA Y EL ALCANCE DE LA COMPENSACIÓN. XI. 3. LA VENTA POR LICITACIÓN O SUBASTA. XII. LA VENTA DIRECTA. XIII. TEMAS CONEXOS: INTERESES Y CONCURSO ESPECIAL. XIII. 1. EL TRATAMIENTO DE LOS INTERESES EN EL CONCURSO Y EN LA QUIEBRA. XIII. 2. EL DIFERIMIENTO DEL CONCURSO ESPECIAL. XIV. EPÍTOBE.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

El día 30 de junio del corriente año fue publicada la ley 26.684, modificatoria de la ley de concursos y quiebras 24.522 que regula los procesos concursales introduciéndose una serie de reformas enderezadas especialmente a la tutela de las relaciones laborales y a vehiculizar la continuación de la explotación de la empresa fallida por las cooperativas de trabajo.

La doctrina (1) ha polemizado sobre el alcance de la modificación legislativa interpretando que la nueva ley altera garantías constitucionales como son los derechos de propiedad y de debido proceso.

En esta línea, se ha dicho que corresponde señalar una serie de aspectos que causan perplejidad en el trámite de aprobación de la ley 26.684.

Así, Vítolo (2) expresa que “más allá de cualquier posición personal al respecto, lo que debe señalarse, a modo de preocupación, es que resulta de difícil comprensión que el Poder Legislativo sancione, prácticamente por unanimidad, una norma legal de tal magnitud y trascendencia, como lo es la ley 26.684, que contiene errores que requieren ser subsanados”. El autor citado agrega que en lugar de enmendar la norma y corregirla, no es razonable que se disponga la tramitación de un proyecto de ley “correctiva”.

En igual sentido, el autor cuestiona que se hayan llevado a cabo rondas de consultas con especialistas, tanto en la Cámara de Diputados como de Senadores y que no se haya tenido en cuenta su opinión.

Por el contrario, otros juristas (3) entienden que la reforma viene a dar respuesta a la indefinición legal preexistente que habían destacado con preocupación los especialistas no sin alertar que ese silencio legal dio lugar en repetidas ocasiones a uso espurio de las cooperativas de trabajo. Así, el autor citado agrega que la nueva normativa debe mirarse atenta y preocupadamente para evitar

(1) VÍTOLO DANIEL ROQUE, *El nuevo artículo 48 bis., incorporado por la ley 26.684 al régimen concursal*, LA LEY, 11 de julio 2011.

(2) *Idem anterior.*

(3) GEBHARDT MARCELO, *La reforma concursal sobre cooperativas de trabajo*, LA LEY, 6 de julio 2011.

que los ponderables objetivos del nuevo texto legal no afecten las inversiones, ni los esfuerzos empresarios imprescindibles para que, en conjunto con la fuerza de los trabajadores, contribuyan a combatir el flagelo de la desocupación y se cumpla la finalidad de preservar la unidad productiva y las fuentes de trabajo, sin desatender los otros intereses involucrados en la falencia.

En rigor, para una correcta lectura de la ley 26.684 resulta pertinente no dejar de lado la historia concreta del nuevo ordenamiento, cuyos primeros proyectos nacieron en el año 2003, fueron presentados por diversos bloques en el Congreso de la Nación, sin obtenerse su posibilidad de tratamiento y siempre con una posición negativa de la doctrina mayoritaria que vio con "disfavor" la articulación de las cooperativas de trabajo en la continuación de la empresa fallida.

En esta línea, a partir de la modificación del art. 190 de la ley 24.522 por la ley 25.589, autorizando las cooperativas a requerir la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, la doctrina no buscó caminos de consenso, sino que, en general se opuso tenazmente a ésta posibilidad.

De tal modo, pareciera que el camino del diálogo resulta sumamente difícil de lograr y que los diversos sectores en nuestra sociedad se inclinan según sus propias opiniones, todo lo cual apareja las deficiencias legislativas que agudamente señalan los autores.

En una palabra, no puede ignorarse que la ley reconoce un largo camino en la realidad socioeconómica del país y, tal como se dijo, también en materia de proyectos legislativos que se frustraron hasta llegar a la actual ley 26.684.

II. EL ORIGEN DE LAS FÁBRICAS RECUPERADAS Y LOS INTENTOS DE SOLUCIÓN

II. 1. La crisis económica y social

Desde esta perspectiva, resulta conveniente recordar el proceso de deterioro económico, con "epicentro" entre el año 2000 y el 2003, que produjo la quiebra de numerosas empresas y que, consecuentemente, los trabajadores se articularon buscando defender la fuente de trabajo.

Esta realidad de liquidación de empresas en quiebra y el consecuente cierre de fuentes de trabajo trajo aparejado la reacción de los trabajadores que intentaron su "recuperación", mediante la autogestión, como empresas "custodiadas" hasta obtener una solución legal que les permitiera su rehabilitación.

En el ínterin el legislador, mediante la reforma de la ley 25.589 intento legitimar a los trabajadores, nucleados en cooperativas de trabajo, según el segundo párrafo del art. 190, para requerir la continuación de la explotación de la empresa.

La norma se quedó "a mitad de camino" pues, no estableció pautas de continuación, ni plazos de explotación y, mucho menos, definió alternativas de realización del emprendimiento que, también permitieran a los trabajadores adquirir la empresa.

La jurisprudencia (4) supo descubrir que el espíritu de la legislación consistía en priorizar la continuidad de la empresa en quiebra por parte de la cooperativa de trabajo y procurar conciliar los intereses de los trabajadores en conservar la fuente laboral con el de los acreedores en poder cobrar sus créditos mediante la venta de la empresa (5).

De tal modo, el derecho judicial ha permitido el desarrollo y pervivencia de las cooperativas habilitando a la explotación de la empresa, normalmente mediante la locación del establecimiento, todo lo cual no impide señalar que como proceso liquidatorio la quiebra debía terminar en la enajenación de la empresa.

Ante esta disyuntiva, surgieron las leyes de expropiación cuya constitucionalidad se debatió arduamente y se hizo cada día más patente la necesidad de la reforma para otorgar un camino legal.

II. 2. Un camino sin retorno

Las insuficiencias legales del régimen de la ley 24.522 dieron lugar a numerosos debates doctrinarios y a una serie de fallos que intentaban reglar la situación, pero que, una vez arribada a la etapa liquidatoria se encontraban con un "camino sin retorno".

(4) CNC. Sala B, 23 de marzo 2006, Industrias ganaderas Inga SA s/quiebra, RSC 38-145.

(5) CNC. Sala A, 30 de junio 2005, Adzen Sacif s/quiebra, RSC 36-185.

De allí, nacieron una serie de leyes de expropiación, ya sea de uso o directamente de la propiedad de los establecimientos, con la finalidad de otorgarles a los trabajadores la titularidad del emprendimiento.

De todas formas, la “fragmentación” del sistema legal tornaba imperativo una reformulación del régimen de continuación de la explotación empresarial pues, los movimientos sociales pugnaban por una solución a la problemática de las “fabricas recuperadas”.

En esta línea, se fueron presentando diversos proyectos de reformulación de la continuidad empresarial en la quiebra, muchos de los cuales tuvieron estado parlamentario pero, no se concretaron, hasta que en el año 2010 el Poder Ejecutivo, haciendo suyo un anterior anteproyecto de otros bloques y recibiendo el reclamo de diversos movimientos sociales remitió a la Cámara de Diputados una nueva postulación que recogía las experiencias anteriores.

Así, en su oportunidad explicamos (6) que la convergencia del proyecto del Poder Ejecutivo con el de los diputados Donda Pérez, Gorbacz, Bisutti, Macaluse y Merchán, dio motivo a dos despachos de comisión.

El primero recogía todas las reformas que a la postre se fundieron en un proyecto que obtuvo media sanción en el orden del día 1725/2010 por unanimidad de los diputados presentes y que, luego de la sanción mayoritaria del Senado, hoy resulta promulgada y publicada.

III. ALGUNAS BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA

III. 1. El impacto tanto en el concurso preventivo como en la quiebra

De la lectura de los textos legales que integran la nueva ley 26.684 se advierte que las modificaciones impactan tanto en el concurso preventivo como en la quiebra.

De tal modo, la nueva ley supera con creces el esquema de la continuación de la explotación de la empresa fallida y, de la

(6) JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Análisis crítico a la reforma de la Ley Concursal en materia de relaciones laborales, cooperativas de trabajo*, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la eEmpresa, LA LEY, año II, Número 1, Febrero 2011, pág. 295.

consecuente legitimación de las cooperativas de trabajo para reestructurar las empresas en crisis, introduciéndose también en el esquema del concurso preventivo.

Esta regulación nacida para la etapa "liquidativa", al incorporarse en el procedimiento concordatario, produce una serie de "desajustes" que no han sido advertidos por el legislador y que deslucen la reforma con una serie de preceptos redundantes y muchas veces contradictorios y equivocados.

De todas formas, no cabe asumir una "visión apocalíptica" de la reforma y a poco que se profundice el estudio de su articulado, integrándolo funcional y sistemáticamente con todo el ordenamiento legal se advierte que el nuevo plexo normativo logra absorber la mayoría de los errores legísticos y queda "en pie" la nueva reformulación de la continuación de la explotación de la empresa por parte de las cooperativas de trabajo.

III. 2. Principales aspectos reformados

La nueva normativa legal sancionada a lo largo de 32 artículos trae reformas en los aspectos que se puntualizan a continuación:

- a) modifica los requisitos formales para la presentación en concurso preventivo; (7)
- b) amplía las funciones y labores de la sindicatura concursal; (8)
- c) articula un nuevo comité de control; (9)
- d) reformula el régimen de pronto pago de los créditos laborales; (10)

(7) Art. 1º, que modifica el art. 11.

(8) Arts. 3º, modificatorio del art. 11, inciso 14; art. 5, modificatorio del art. 16; art. 8, modificatorio del art. 29; art. 13, que incorpora el nuevo art. 48 bis; art. 15 modificatorio del art. 187; art. 16, modificatorio del art. 189; y art. 17, modificatorio del art. 190 —entre otros—.

(9) Arts. 4º y 5º modificatorios de los arts. 14 y 16; art.8 modificatorio del art. 29; art. 10, modificatorio del art. 42; art. 11, modificatorio del art. 45; art. 25, modificatorio del art. 201 y art. 31 modificatorio del art. 260.

(10) Art. 16, modificatorio del art. 16.

e) intenta reformar el régimen de intereses en los créditos laborales; (11)

f) elimina la posibilidad de negociar un acuerdo colectivo de crisis y mantiene la vigencia de los contratos individuales y colectivos de trabajo aún en situación de concurso; (12)

g) reconoce derechos de información a quienes no resulten acreedores del concurso, pero son parte esencial de la empresa, como son los trabajadores; (13)

h) otorga beneficios especiales a las cooperativas de trabajo de la empresa y a sus integrantes; (14)

i) modifica el régimen de continuación de la explotación de la empresa en quiebra y el de su adjudicación durante el proceso liquidativo; (15) y

j) pretende modificar el régimen del salvataje empresario. (16)

La complejidad de la reforma solo permite en esta oportunidad realizar una primera aproximación a los textos legales, al menos en los aspectos más importantes, sin perjuicio de volver sobre su análisis en otras oportunidades para seguir profundizando su estudio.

IV. EL NUEVO ORDENAMIENTO LEGAL.

IV. 1. Un nuevo recaudo de apertura del concurso preventivo.

En esta inteligencia, el nuevo ordenamiento en sus primeros trece artículos reformula aspectos fundamentales del concurso preventivo y en los últimos 19 reformula el régimen de continuación

(11) Arts. 6°, modificatorio del art. 19 y art. 14 modificatorio del art. 129.

(12) Art. 5° modificatorio del art. 20.

(13) Art. 2°, modificatorio del art. 14 y art. 9 modificatorio del art. 34.

(14) Art. 27 que incorpora el nuevo art. 203 bis; art. 28 modificatorio del art. 205 y art. 29 modificatorio del art. 213.

(15) Art. 15 modificatorio del art. 187; art. 16 modificatorio del art. 189; art. 17 modificatorio del art. 190; art. 18 modificatorio del art. 191; art. 19 que incorpora el art. 191 bis; art. 20 modificatorio del art. 192; art. 21 que modifica el art. 195; art. 22 modificatorio del art. 196; art. 23 modificatorio del art. 197; art. 24 modificatorio del art. 199; art. 25 modificatorio del art. 201; art. 27 que incorpora el art. 203 bis; art. 208 que modifica el art. 205; art. 29 modificatorio del art. 213; y art. 30 modificatorio del art. 217

(16) Art. 12 modificatorio del art. 48 y art. 13 que incorpora el nuevo art. 48 bis.

en la quiebra, aún cuando existen alguna reformas comunes a ambos procedimientos.

Así, en primer lugar reintroduce en el inc. 8° del art. 11, como requisito formal de la presentación concursal la exigencia de acompañar nómina de empleados, con detalle de domicilio, categoría, antigüedad y última remuneración, como asimismo, certificación contable sobre la deuda laboral y previsional.

De tal modo, se advierte el interés del legislador de habilitar la alternativa concordataria solamente a aquellos empleadores que tengan una planta de personal, en regla, de conformidad al libro del art. 52 de la ley 20.744.

En esta inteligencia, si bien la intención es loable, no puede dejar de señalarse que en un país donde el "informalismo laboral" es relevante, lamentablemente, la medida lejos de coadyuvar al mantenimiento de la fuente de trabajo, mediante la convocatoria de los acreedores, se alza como una nueva "valla formal" que se convertirá en un "boomerang" para los más débiles, es decir, el empleado informal.

IV. 2. ¿Un mero recaudo formal?

Desde otro costado, no puede dejar de señalarse que el art. 11 de la ley concursal pauta los requisitos formales de presentación de la demanda de concurso preventivo, por lo que, será recién en oportunidad de realizar el informe que pauta el art. 14 inc. 11 cuando el síndico podrá advertir el verdadero ajuste del contenido del inc. 8 con la realidad laboral del empleador, estipulada en el art. 52 de la ley 20.744.

En una palabra, la mera exigencia del recaudo formal no significa que los empleadores reencausen su política de empleo y, una vez más, se advierte la innecesariedad de un recaudo legal que no cumple con la finalidad de proteger el empleo formal.

En esta línea, bastará que el concursado acompañe copia certificada del libro del art. 52 de la ley 20.744 y que reitere la información contenida en el inc. 5 sobre la deuda laboral y previsional para que se cumplimente la manda legal.

En una palabra, es el desconocimiento de lo que significa el carácter formal del requisito de apertura que no habilita a un análisis sustancial de la planta de personal lo que ha hecho pensar al legislador que éste nuevo recaudo tiene algún sentido.

Todo lo contrario, cabe enfatizar que traerá una verdadera problemática para los empleados vulnerables que se encuentren en situaciones de informalidad.

Ahora bien, otro sector de la doctrina (17) entiende que, si bien la ley denomina a los recaudos del art. 11 como “formales”, éstos deben considerarse como “sustanciales” pues, constituyen exigencias absolutamente necesarias para constatar la situación patrimonial del sujeto concursado y las posibilidades de cumplimiento del acuerdo que se ha propuesto a los acreedores.

Desde ésta perspectiva, se alza la posición de Gebhardt (18) cuando entiende que el nuevo recaudo de la ley 26.684 constituye una exigencia de transparencia sobre las relaciones laborales del empresario que pueden verse en línea con la lucha contra el empleo informal o en negro.

A todo evento, cabe clarificar que los recaudos del art. 11 tienen carácter formal, aún cuando lógicamente deban corresponderse con la realidad de la empresa, y, su finalidad es permitir la labor de la sindicatura y la compulsa por parte de los interesados sobre la situación patrimonial del concursado.

En esta línea, cabe insistir que cualquiera sea el criterio que se tenga sobre los recaudos del art. 11 y de su necesaria correspondencia con la realidad empresaria, en la oportunidad de la apertura del proceso se constituye en un requisito de índole formal que puede conspirar contra el sentido del concursamiento como remedio para la reorganización de la empresa en crisis.

V. EL MANTENIMIENTO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

V. 1. La eliminación del convenio de crisis

Desde otro costado, la ley deroga la suspensión de los convenios colectivos, reglada en el segundo párrafo del art. 20 de la LC, por lo que, la presentación concursal no afectará las relaciones laborales,

(17) HEREDIA, PABLO, *Tratado Exegético de derecho concursal*, Bs. As, Ábaco, 2000, Tomo 1, pág. 366; VILLANUEVA, JULIA, *Concurso Preventivo*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 124.

(18) GEBHARDT, MARCELO, *La reforma concursal sobre cooperativas de trabajo*, LA LEY, 6 de julio de 2011.

ni habilitará la negociación de un convenio de crisis entre el deudor concursado y sus empleados.

La única alternativa que queda vigente es la pautada en los arts. 98 a 104 de la ley 24.013, es decir, el procedimiento preventivo de crisis ante el Ministerio de Trabajo.

En esta línea, nuevamente el legislador realiza una lectura “teórica” de la realidad pues, no cabe duda, que la empresa que se concursa se encuentra ante una situación de crisis y necesita reordenar las relaciones laborales, aún cuando no haya recurrido al régimen de la ley 24.013.

En consecuencia, aparecen en tensión la intención del legislador de no admitir la “precarización” de la relación de empleo y la realidad de la crisis empresarial que conlleva la reorganización de todas las relaciones de la concursada y, en especial, de la planta de trabajadores.

He aquí un dilema al cual hasta hoy no se le ha dado respuesta y, por ello, la ley, con cierto apresuramiento, cierra el camino a la negociación de la crisis en plena etapa concordataria, cuando justamente lo importante es “reconducir” las relaciones laborales y de allí, el sentido y alcance de la suspensión de los convenios colectivos.

En este sentido, Marcelo Gebhardt (19) entiende positiva la derogación atento a que los convenios colectivos tienen reconocimiento expreso en el art. 14 bis de la Carta Magna, sin perjuicio de lo cuál el autor puntualiza que cabe interpretar el avance con cuidado para evitar que el mensaje contenga otro detrás tendiente a favorecer solamente a la cooperativa de trabajo.

Desde nuestra perspectiva, la excepcionalidad de la suspensión estaba enderezada a articular un “nuevo convenio” por lo que no afectaba la garantía constitucional y, por el contrario, permitía respetar las pautas de lealtad y buena fe que imponen los artículos 62, 63, 64, 65 y 66 de la ley 20.744.

(19) GEBHARDT, MARCELO, *La reforma...*, LA LEY, 6 de julio de 2011.

V. 2. El estatuto laboral

El régimen de contrato de trabajo establece con claridad que las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean su consecuencia lógica y razonada, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad.

En una palabra, la normativa laboral asume una pauta que no sólo es jurídica, sino ética para la valoración de las conductas que tienen su fuente en el contrato de trabajo, en orden a los criterios de colaboración y solidaridad por el objetivo común de la relación de intercambio entre el empleado y el empleador.

Así, el deber de buena fe constituye una obligación integrativa que forma parte de cada una de las gestaciones del contrato y resulta un requisito indispensable para considerar que aquellas han sido cabalmente cumplidas.

El estatuto laboral reconoce la facultad empresarial de optimizar el rendimiento del personal ocupado, a través de la modificación de las modalidades de la prestación bajo tres condiciones expresas: a) su justificación en razones objetivas de mejor servicio, b) la preservación de las modalidades fundamentales originariamente convenidas, c) inexistencia de perjuicio material o moral para el trabajador.

En esta línea, el art. 68 de la ley de Contrato de Trabajo habilita la existencia de "Consejos de Empresas" que, aunque no han tenido aplicación práctica en nuestro país, se trata de organismos integrados por representantes del empleador y del personal ocupado que permiten conocer la administración de la empresa y, como su nombre lo dice, pronunciarse aconsejando las soluciones que se consideran pertinentes.

En similar sentido, cabe señalar que el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato, en identidad de situaciones, sin establecer discriminaciones que no se correspondan con la tarea de cada uno de ellos, de allí, que el trabajador tiene el deber de fidelidad que le impone guardar reserva o secreto de las informaciones a las que tenga acceso y que exijan tal comportamiento de su parte.

Por último, cabe destacar que el régimen laboral materializa el principio de continuidad como regla fundamental en la relación laboral, de conformidad a los artículos 90 y ss. de la ley 20.744.

Asimismo, el bloque de juridicidad laboral establece los medios de pago de las remuneraciones que aseguren su efectivización por parte del trabajador, aún cuando sea por medios bancarios, bajo sanción de nulidad. Además, las remuneraciones deben pagarse en los plazos estipulados pues, de lo contrario, la mora se produce en forma automática, art. 137 de la ley 20.744, en correlación con el art. 509 del Código Civil.

Todos estos principios que integran el régimen laboral requieren de un adecuado respeto en la reorganización empresaria, y de allí, la relevancia de la información que el art. 11, inc. 11, apartado "c" de la ley concursal reclamaba a la sindicatura, sin perjuicio de la actual función de información del Comité de Control.

V. 3. El informe sindical sobre la situación de los empleados

Es aquí, donde se justificaba también el informe sindical pautado en el art. 11 inc. 11 apartado c, que ha sido derogado erróneamente por la nueva ley, sin advertir que de un modo u otro el concursamiento de una empresa requiere de su reorganización en todos los ámbitos y muy especialmente en las relaciones de trabajo, asegurando también la fuente de trabajo.

Por ello, si lo que se quería era evitar la "precarización laboral" la solución no era derogar el convenio de crisis, sino por el contrario, asegurar su vigencia con el necesario contralor de la sindicatura, el ministerio de trabajo y el órgano jurisdiccional, tal como lo postulaba el anteproyecto presentado por la senadora Liliana Negre de Alonso.

En efecto, se trataba de que el funcionario verificara si realmente el empresario respetaba la ley de contrato de trabajo, no solo en la registración de sus empleados, sino que se cumplían las pautas de lealtad y buena fe que impone el bloque de juridicidad laboral.

En fin, una reforma que aleja la ley de la realidad, dejando de lado uno de los principios fundantes del derecho laboral.

VI. EL SEGUIMIENTO DEL CONCURSO MEDIANTE EL COMITÉ DE CONTROL

VI. 1. La conversión del comité de acreedores

En este camino, la ley 26.684 intenta que los trabajadores se anoticen de toda la situación concursal y, de allí, que la normativa

encuentra un punto relevante en la incorporación que se realiza en el inc. 13 del art. 14 de la LC, estableciendo que la resolución de apertura del concurso preventivo debe ordenar la constitución del Comité de Control.

De esta forma, se reformula el viejo Comité de Acreedores, que prácticamente no había dado resultados por ignavia de los propios interesados y se integra el órgano con los representantes de los acreedores de mayor monto denunciados por el deudor, como así también, por un representante de los trabajadores.

Así, se crea el Comité de Control, órgano desde el cual los trabajadores podrán seguir la suerte del concordato, aspecto que converge con el art. 68 de la ley 20.744 en cuanto habilita los "Consejos de Empresa".

Entre nosotros falta un largo camino por andar y las resistencias no tardarán en surgir, pese a la vigencia que tiene el régimen laboral actual desde 1974, es decir, más de 30 años.

En igual sentido, en la oportunidad de dictar la resolución del art. 42, el juez al aprobar la categorización debe integrar el "Segundo Comité" que controlará la etapa concordataria. El nuevo texto integra dicho a órgano con los representantes de los acreedores verificados y al delegado de los trabajadores se le agregan dos miembros más, elegidos por éstos.

De todas formas, también se habilita al juez a reducir el número de delegados laborales de conformidad a la planta de personal.

Por último, el tercer "Comité de Control" que tiene a su cargo la etapa de cumplimiento del acuerdo mantiene en su seno a los representantes de los trabajadores.

En esta línea, se ha discutido si el delegado de los empleados podría ser un representante gremial y así lo destaca Rubin (20), aún cuando en nuestra opinión la diversa finalidad no permite la acumulación aludida, máxime a la luz del art. 68 de la ley 20.744.

(20) RUBIN MIGUEL, Las reformas a la ley de concursos y quiebras y el fenómeno de las cooperativas de trabajo, Ensayo remitido por gentileza del autor vía mail al subscripto.

En efecto, la representación plasmada en la ley 26.684 tiene como finalidad una labor "ad intra" de la empresa, características de los comités de empresas del derecho europeo, como así también de nuestro propio régimen de contrato de trabajo, y no una defensa gremial que excede los límites de cada unidad productiva y se introduce en la defensa de todo el sector.

VI. 2. La representación laboral.

De esta forma, la nueva ley asegura que los empleados de la empresa concursada puedan seguir todo el proceso del concurso preventivo desde la apertura hasta su cumplimiento.

Es más, la ley habilita a los trabajadores para que revisen los legajos de verificación que se encuentran en poder del síndico, y además, dispone la notificación de la audiencia del art. 45 como alternativa previa a la conclusión de la etapa concordataria.

Así, se advierte que los trabajadores estarán permanentemente informados del pasivo concurrente, de la negociación entre el deudor y los acreedores y a través del Comité de Control podrán pedir todas las medidas que estimen necesarias para asegurar el patrimonio y la veracidad de las informaciones.

No caben dudas que en Europa la medida no ofrecería resistencia pues, las legislaciones de estos países reconocen los derechos de los trabajadores a conocer la situación de la empresa donde se desempeñan y los comités de empresa están debidamente reglados, aún cuando en nuestra legislación ya hemos dicho que están expresamente estipulados en el art. 68 de la ley 20.744, más allá de su falta de funcionamiento práctico.

En igual sentido, véase el meduloso estudio que realiza Miguel Raspall (21) sobre la legislación europea y latinoamericana en materia concursal y puntualmente en orden a las facultades de información y fiscalización de los acreedores y también de los trabajadores.

En esta línea, no cabe ninguna duda que la atención especial de las empresas en crisis ha merecido especial preocupación por la legislación internacional y de allí, la búsqueda de un equilibrio frente

(21) RASPALL MIGUEL, *La eficiencia en los concursos de las empresas, los intereses en conflicto y el equilibrio*. El Derecho, 6 de julio 2011.

a todos los intereses involucrados, entre los cuales, la fuente de trabajo aparece como un punto fundamental de todo ordenamiento.

En fin, un verdadero cambio de profundo impacto en el régimen del concurso preventivo.

VII. LA REFORMULACIÓN DEL PRONTO PAGO

VII. 1. Las vías de cobro de los créditos laborales.

Desde esta perspectiva, la ley 26.684 introduce modificaciones al régimen del pronto pago que mantiene sus dos modalidades, es decir, la oficiosa y a pedido de parte, pero que, en caso de no existir fondos disponibles, el porcentaje a retener de los ingresos brutos de la concursada, se eleva al 3%.

En una palabra, los trabajadores tienen dos vías de pronto cobro: la oficiosa que dispone el juez, de conformidad al listado confeccionado por el síndico según la manda del art. 14, inc. 11 apartados a y b, como así también, la formulada por el propio trabajador interesado, en cuyo caso se escucha al concursado y al síndico antes de resolver la procedencia del pago.

Por último, se elimina como causal de rechazo la circunstancia de que “los créditos laborales no surjan de la documentación del deudor, aspecto que se condice con las consecuencias derivadas del incumplimiento y/o insuficiencias que puedan obrar en el libro del art. 52 de la ley 20.774.

En efecto, ahora la norma respeta las facultades que tienen los jueces de merituar el libro del art. 52 de conformidad a las pautas de los arts. 53 y 55, que establecen la presunción a favor de las afirmaciones del trabajador, al igual que lo establece el art. 57 en orden a las determinaciones y demás rubros derivadas de la relación laboral.

En esta línea, sólo se mantienen como causales de rechazo los siguientes supuestos: a) cuando existieren dudas sobre su origen o legitimidad, b) se encontraren controvertidos, o c) existiera sospecha de connivencia entre el peticionario y el concursado.

En esta línea, el sistema de pronto pago “pivotea” entre las acreencias laborales reconocidas, siempre que tengan privilegio especial y general, y los fondos que ingresan a la empresa.

De tal modo, la expresión “fondos líquidos disponibles” que utiliza la norma, desde la modificación de la ley 26.086, debe entenderse siempre ajustada a dicha finalidad de enfrentar los créditos laborales con los ingresos genuinos de la empresa, en la medida que no afecten la recuperación del flujo de recursos que permita reorganizar la empresa y proponer un plan de repago a los acreedores.

He aquí el dilema que muchas veces enfrentará a los acreedores laborales con los actuales trabajadores.

VII. 2. Los fondos líquidos disponibles y la retención de los ingresos de la concursada.

En esta inteligencia, cabe señalar que igual relación a la explicada precedentemente debe darse cuando, ante la inexistencia de dichos fondos, la ley dispone la retención de un 3% de los ingresos brutos, sin tener en cuenta el tipo de emprendimiento.

De allí, que cualquier porcentaje puede ser injusto para cualquiera de los dos polos de la relación, es decir, los acreedores “prontopaguistas” como la empresa.

Por ello, aunque el defecto de técnica legislativa no es achacable a la nueva ley, no cabe duda que se debió modificar el porcentaje fijo por una pauta flexible que habilitara al juez a establecer el porcentaje según la realidad empresaria, siempre con el informe sindical que sustentara técnicamente la resolución.

En este sentido, también se establece que el plan de pago que elabora la Sindicatura debe guardar coherencia entre los trabajadores y, consecuentemente, la nueva textura del art. 16 impone un tope por distribución de cuatro salarios mínimos vitales y móviles para cada “prontopaguista”.

Así, éste tope resulta una medida sumamente inteligente pues evitará diferencias de trato entre los mismos acreedores laborales e impedirá que la retención pueda exceder la capacidad de flujo de la empresa.

En una palabra, pese a la pauta del 3% de los ingresos, la limitación en la distribución individual permite “reducir” el impacto del pronto pago en el flujo de fondos de la empresa, en la medida en que el juez lo estime razonable, previo informe de la sindicatura.

VII. 3. Una nueva directriz: el sustento del pronto pago.

VII. 3. a. La facultad jurisdiccional de priorizar determinados créditos

Desde otro costado, se habilita al juez a priorizar aquellos créditos pronto pagables que demuestren la existencia de razones de "urgencia" en el cobro, como son las contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.

Así, se reconoce una realidad evidente en orden a la tutela de los más vulnerables, aún entre los trabajadores.

Si bien es cierto que la norma hace referencia a que la "jerarquización de determinados créditos" para el juez lo es "en el ámbito del pronto pago", debe entenderse que se trata de un principio general que tutela todo crédito sustentable en una contingencia especial como son las razones de salud o de edad.

Así, la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de Derechos Humanos, a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3° y 8°; Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, art. 12 numeral 1 y 2 ap. D; Convención Americana sobre derechos humanos, arts. 4 numeral a, 5 numeral 1 y 26; Convención sobre los derechos del niño, art. 24, inc. 2°.

En esta línea, no puede obviarse la conceptualización de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que en su preámbulo afirma que "el "beneficio de gozar de elevados niveles de salud "es uno de los derechos fundamentales de cada ser "humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica".

En una palabra, dentro de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos que tienen aplicación en el ámbito interno del Estado Argentino, se encuentra el derecho a la salud física y mental.

En consecuencia, la salud como derecho humano permite recordar que éstos son "aquellas facultades que los sujetos adquieren no por el hecho de su establecimiento por una norma estatal, sino en virtud de un principio que trasciende al derecho positivo" (22).

(22) MASSINI CORREA, CARLOS IGNACIO, *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho*, Abeledo - Perrot, Bs. As., 1987, p. 139

En una palabra y tal como enseña Massini Correa (23) "son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto o en algunas de las dimensiones "básicas del desenvolvimiento de esa personalidad "y de los que se es titular, los reconozca o no el ordenamiento jurídico y aun cuando éste los niegue".

VII. 3. b. *La jurisprudencia sobre acreedores involuntarios.*

Así fue reconocido en fallos que hoy constituyen precedentes relevantes en materia concursal. En este sentido, cabe recordar el voto de la Dra. Graciela Medina en autos "Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incte. Verificación tardía" (24) en cuanto sostuvo que "el derecho a la salud es uno de los derechos humanos básicos que tiene el hombre por su condición de tal. Se encuentra contemplado indirectamente en los tratados de derechos humanos, en las recomendaciones de los organismos comunitarios y directamente en algunas constituciones y Códigos Civiles. A título de ejemplo mencionamos: La Asamblea del Consejo de Europa, en su recomendación 779/76 recomendó a los Estados a la adopción de medidas tendientes a garantizar los derechos de los pacientes, en especial el de información.- La Constitución de Brasil de 1998 en su artículo 196 Establece que "La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, que debe ser garantizado por éste, sobre la base de un acceso universal y unitario".- En igual sentido se orienta la Constitución de Perú de 1993 que específicamente dispone que "todos tienen derecho a la protección de su salud".

En igual senda, se ubicó el fallo dictado por el Dr. Eduardo Malde, titular del Juzgado de Vigésima Nominación en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires, en el incidente de verificación de Ricardo Abel Fava y Liliana R. Harreguy de Fava en autos "Institutos Médicos Antártida S.A. -Quiebra-".

Así, la doctrina (25) requirió una solución para este tipo de alternativas que hoy ha sido receptada por el nuevo texto del art. 16 según ley 26.684.

(23) MASSINI CORREA, CARLOS IGNACIO, *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 140.

(24) Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 18/5/2004.

(25) JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Se abrió el cielo*, LA LEY, 24 de septiembre 2007.

VIII. LA LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR EN EL SALVATAJE.

VIII. 1. Entre una norma innecesaria y un pasivo inexistente o indeterminable.

Desde esta atalaya, la ley 26.684 también reformula el art. 48, y agrega un nuevo artículo bajo el N° 48 bis, que ya ha dado motivo a una dura crítica de la doctrina (26).

Así, la primera de las normas se limita a legitimar expresamente a la cooperativa de trabajadores para intervenir en el salvataje, aspecto totalmente innecesario, pues, con la anterior ley no había óbice alguno para que una cooperativa de trabajo se inscribiera como “tercera interesada” para intervenir en la etapa de concurrencia, y eventualmente, obtener la transferencia de las participaciones societarias.

Va de suyo, que en la estructura legal anterior los trabajadores debían integrar voluntariamente con sus propios recursos la entidad solidaria, obtener la conformidad de los acreedores y en su caso afrontar el pago de las participaciones societarias con sus propios recursos.

VIII. 2. El artículo 48 bis y el eventual pasivo a favor de los trabajadores

Aquí y ahora, el art. 48 bis. establece que el Síndico debe calcular el pasivo que “correspondería” a los trabajadores en los términos de los arts. 232, 233 y 245 de la LC para hacerlos valer en el procedimiento del artículo anterior.

La formulación legal pareciera configurar una especie de “resolución” de la relación laboral que se concretará al homologarse el acuerdo con la cooperativa.

En este sentido, Vítolo (27) habla de créditos “simulados” y se pregunta cómo va a distinguir la ley entre trabajadores inscriptos y no inscriptos, puntualizando que a todas luces, la regulación legal

(26) VÍTOLO, DANIEL ROQUE, *El nuevo artículo 48 bis., incorporado por la ley 26.684 al régimen concursal*, LA LEY, 11 de julio 2011; DASSO, ARIEL, *La reforma de la ley de Concursos y Quiebras según la ley 26.684. La observable constitucionalidad del cramdown cooperativo*, LA LEY, 23 de junio de 2011.

(27) VÍTOLO, ob. cit.

no da respuesta a los múltiples interrogantes que se plantean sobre la integración de la cooperativa.

Por su parte, Miguel Rubín (28) cuestiona, con notable agudeza éste aspecto de la ley, advirtiendo que establece la disolución del contrato de trabajo sin tener en cuenta los arts. 226, 229 y concordantes de la ley 20.744 que requiere la conformidad del trabajador.

De tal modo, resulta evidente que encontrándonos en plena etapa concordataria los trabajadores se encuentran en relación de dependencia y no se visualiza causal que justifique el distracto laboral que ordena la norma en orden a los trabajadores inscriptos.

VIII. 3. La inviabilidad de la resolución de los contratos de trabajo.

Así, el salvataje o “cramdown” no implica una transferencia del fondo de comercio que habilite el despido indirecto y consecuentemente, le asiste razón a la doctrina que cuestiona la disolución de la relación laboral que dispone la norma en orden a los trabajadores inscriptos en la cooperativa.

En esta línea, cabe insistir que no se configura causal de despido indirecto, por lo que le asiste razón a Dasso (29) cuando argumenta sobre la creación de un pasivo inexistente.

Por su parte, Rubín (30) se pregunta si lo que la ley pretende es que se los considere despedidos, aún en contra de su voluntad y en su caso que debe entenderse por acreedores “inscriptos”.

Dicho derechamente, la etapa concordataria, ni aún cuando se esté en el período de salvataje, constituye causal de distracto laboral, tal como lo pretende el art. 48 bis de la ley 26.684.

(28) RUBIN, MIGUEL, *Las reformas a la ley de concursos y quiebras y el fenómeno de las cooperativas de trabajo*, Ensayo remitido por gentileza del autor vía mail al subscripto.

(29) DASSO, ARIEL, *La reforma de la ley de Concursos y Quiebras según la ley 26.684. La observable constitucionalidad del cramdown cooperativo*, LA LEY, 23 de junio de 2011.

(30) RUBIN, MIGUEL, *Las reformas a la ley de concursos y quiebras y el fenómeno de las cooperativas de trabajo*, Ensayo remitido por gentileza del autor vía mail al subscripto.

De lo contrario, se estarían violando las normas que hacen a la vigencia del contrato de trabajo y al principio de buena fe, artículo 63 de la ley 20.744, que exige que las reglas de lealtad y probidad se cumplieren durante todo el desarrollo de la relación laboral.

Nuevamente el legislador ha confundido la situación concursal con la de la quiebra, en donde justamente, el carácter liquidativo de este último proceso opera la liquidación de los bienes y de allí, el régimen específico de resolución del contrato de trabajo, arts. 196 a 199 de la ley 24.522.

En esta línea, resulta patente que la quiebra habilita la "resolución" de la relación laboral y de allí, que todos los trabajadores pasan a ser acreedores y a tener derecho a la indemnizaciones derivadas de dicha vinculación que se extingue definitivamente con la enajenación de la empresa, art. 199 de la LC.

Va de suyo que en este proceso se explica perfectamente la conformación de la cooperativa de trabajadores, integrada por los acreedores de este tipo y los empleados, y que todos pueden hacer valer las acreencias que se derivan de la resolución del contrato que implica la enajenación de la empresa, incorporándose como "asociados cooperativos" y tornando en este caso inaplicable los arts. 196 y 197 de la LC, aspecto que en rigor no es una inaplicabilidad estricta, sino una "conversión" de la resolución en un nuevo vínculo asociativo.

Una situación absolutamente disímil a la del concurso preventivo, que no permite reglar una causal de distracto del contrato de trabajo pues, se violentan directrices fundantes de todo el orden jurídico, arts. 1198 y 1071 del Código Civil y 63, 90 y concordantes de la ley 20.744.

Como agravante, se advierte que lo que se pretende es una disolución condicional, art. 528 del Código Civil, sujeta a que la cooperativa con los trabajadores inscriptos obtenga el acuerdo y éste resulte homologado.

En una palabra, una cosa es otorgar el derecho a competir a los trabajadores, y otra establecer un distracto condicional pues, o se es empleado, o se es asociado cooperativo y esta decisión no depende de la homologación del acuerdo, aspecto que la norma no clarifica.

VIII. 4. La integración de la cooperativa.

Desde esta perspectiva, tampoco la nueva normativa explica adecuadamente como se integra la cooperativa de trabajo en orden a los acreedores laborales o los trabajadores, aspecto que viene desde la sanción del art. 190 por la ley 25.589.

Por nuestra parte, pensamos que el texto legal en orden a la integración de la cooperativa en caso del salvataje se corresponde con la figura reglada en los arts. 189 y 190 de la ley y consecuentemente, debe correlacionarse con el principio de “puertas abiertas” que rige en materia cooperativa.

En consecuencia, la problemática está en el porcentaje estipulado por la ley que refiere a las dos terceras partes de la planta de personal, cuando solamente debió establecer un criterio de significación o relevancia en materia de fuente de trabajo.

En esta línea, se advierte que se intenta “la creación” de un pasivo “posconcurzal” pues, en este caso los trabajadores deberían incorporarse a la cooperativa y sus créditos no son anteriores a la apertura del concurso, sino todo lo contrario “posconcursoales”.

Así, Ariel Dasso (31) sostiene que se crea “un pasivo inexistente” para intentar compensar con el valor de las participaciones societarias, lo que considera lesivo de garantías constitucionales.

De todas formas, los textos legales de los arts. 48 y 48 bis cada vez que refieren a la cooperativa circunscriben su integración con los empleados de la empresa, todo lo cual demuestra una diferencia con su tratamiento en los arts. 189 y 190 y queda el interrogante sobre el alcance subjetivo de la entidad y como juega el aludido principio de “puertas abiertas” estipulado en el art. 2° de la ley 20.337.

En fin, un serio interrogante que demuestra la impropiedad del legislador al considerar la integración de la entidad solidaria.

VIII. 5. La determinación del pasivo laboral.

A la luz de lo que venimos explicando se sigue que el art. 48 bis reglado por la ley 26.684 es una norma cuestionable y de dudosa constitucionalidad.

(31) DASSO, ARIEL, *La inmortalidad de la empresa por la vía de la cooperativa de trabajadores*, Revista Societaria y Concursal, Errepar, Julio 2011.

En efecto, aún cuando fuese posible que el síndico liquidara los créditos de los trabajadores, como si estos estuvieran despedidos indirectamente, se estaría “creando” una alternativa de “ruptura de la relación laboral” que contradice la propia ley 20.744.

Además, estos créditos serían en rigor “posconcursoales”, aún cuando Vítolo (32) dice que se produce una “verificación oficiosa” que contraría las pautas de los arts. 32 y concordantes del propio estatuto concursal.

En una palabra, el afán de otorgarle recursos a los trabajadores viola un principio de buena fe en la relación de trabajo y la lealtad que debe existir entre empleador y sus dependientes.

De tal manera, se advierte el error de “traer” el esquema de la quiebra, que produce la resolución del contrato de trabajo, cuando se cumplen los 60 días que establece el art. 196, al esquema concursal donde la continuidad de la empresa implica la plena vigencia de la relación laboral y el respeto de la ley 20.744 para ambos polos de aquella.

A todo lo dicho se suma, el carácter impracticable del cálculo requerido a la sindicatura pues, tal como lo advierte el “correctivo” del Senado existen acreedores laborales y trabajadores, es decir, se dan dos situaciones diferentes, sin perjuicio de lo cual la modificación que propone dicha sala del Congreso de la Nación sigue incurriendo en el error de no advertir que el distracto “forzoso” de la relación laboral de los empleados de la concursada no resulta viable en la etapa concordataria.

A su vez, los acreedores laborales que no hayan obtenido el pronto pago se encontrarán “desattractados” litigando en su propio fuero y hasta que no exista sentencia judicial será muy difícil estimar el monto que les corresponde.

En efecto, los juicios de conocimiento de naturaleza laboral tendrán cada uno su propia contienda y el conflicto judicial debe ser resuelto por el juez laboral, por lo que, no corresponde que el síndico formule estimación alguna.

(32) VÍTOLO, DANIEL ROQUE, *El nuevo artículo 48 bis., incorporado por la ley 26.684 al régimen concursal*, LA LEY, 11 de julio 2011.

Dicho derechamente, pareciera que el art. 48 bis le otorga a la cooperativa de trabajo en esta etapa un alcance subjetivo diferente al que pautan los arts. 189 y 190 para la quiebra, limitándolo a los empleados, en una contradicción normativa que se sigue de este intento de “traer” soluciones de la falencia a la etapa concordataria.

En fin, el art. 48 bis. pretende articular un pasivo laboral de improbable estimación, lo que torna inviable la aplicación de la norma.

VIII. 6. La improcedencia de la compensación.

Desde otro costado, aparece un último inconveniente absolutamente insalvable cual es la inviabilidad de “hacer valer” estos créditos en el salvataje.

En efecto, hemos dicho que la compensación es imposible, al no configurarse la hipótesis reglada en el art. 818 del Código Civil, pues los acreedores laborales, sean extrabajadores o actuales dependientes, no son acreedores de los socios, sino de la concursada.

En consecuencia, no se concreta una alternativa de compensación y estos eventuales créditos “no podrán hacerse valer” en el procedimiento del art. 48 ni para pagar a otros acreedores, ni para afrontar las participaciones societarias.

El legislador ha confundido el “salvataje” con la continuación en la quiebra, sin advertir las diferencias.

Va de suyo que en la quiebra se puede “comprar”; “*rectius*”: adquirir la empresa con créditos líquidos y exigibles, pues, quien recibe es la deudora fallida que enajena el emprendimiento, cuestión totalmente distinta a lo que sucede en el concurso, en donde se transfieren las participaciones societarias.

En fin, una norma contradictoria, de complejo cumplimiento para la sindicatura y que, lejos de favorecer el “salvataje”, introduce una serie de confusiones conceptuales que van a aparejar sin dudas su cuestionamiento constitucional.

IX. LA CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN EN LA QUIEBRA

IX. 1. La legitimación de las cooperativas de trabajo.

Tal como se sigue de la historia de la ley 26.684, que hemos referenciado brevemente al comenzar estas líneas, la regulación

mejor lograda es la relativa a la continuación de la explotación en la quiebra.

En esta línea, Rubín y Tevez (33) recuerdan las distintas fórmulas que ensayó la legislación patria para recuperar las empresas fallidas y que reconocen antecedentes en Italia, Brasil, Perú y Uruguay.

La ley 26.684 incentiva a las cooperativas de trabajo como continuadoras de la explotación de la empresa.

Así, mientras Dasso (34) habla de la “inmortalidad” de la empresa mediante las cooperativas, Rubín (35) predica la existencia de un “capitalismo avergonzante” pues, si bien ve con buenos ojos que los trabajadores puedan transformarse en empresarios, advierte que debería hacerse mediante otra forma asociativa y se pronuncia por la conflictividad de la cooperativa de trabajo.

Alguna doctrina entiende que se ha magnificado el fenómeno de las empresas en quiebra “recuperadas” y concretamente Rubín enumera una serie de cifras que comienzan en el año 1999, con alrededor de 6.000 emprendimientos, para admitir que en realidad, las empresas en concurso o quiebra, recuperadas por cooperativas de trabajo superan las 200 y que las que se han consolidado son muchas menos (36).

Ahora bien, el autor citado reconoce que la OIT, Organización Internacional del Trabajo, adoptó la recomendación N° 193 que obliga a los estados miembros a promover las cooperativas por lo que debiera ser considerada obligatoria en nuestro país en función de lo dispuesto el art 75, inc. 22 y 23 de la Carta Magna.

En punto a las cooperativas de trabajo, cabe admitir que la legislación es “fragmentaria e insuficiente”, tal como lo pone de

(33) RUBIN, MIGUEL, *Las reformas a la ley de concursos y quiebras y el fenómeno de las cooperativas de trabajo*, Ensayo remitido por gentileza del autor vía mail al subscripto; Tevez Alejandra, *Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo*, Ed. Astrea, 2010

(34) DASSO, ARIEL, *La inmortalidad de la empresa por la vía de la cooperativa de trabajadores*, Revista Societaria y Concursal, Errepar, Julio 2011.

(35) RUBIN, MIGUEL, *Las reformas a la ley de concursos y quiebras y el fenómeno de las cooperativas de trabajo*, Ensayo remitido por gentileza del autor vía mail al subscripto.

(36) Datos obtenidos del informe del tercer relevamiento de empresas recuperadas, UBA, Secretaría de Investigación y Extensión Universitaria.

relieve Rubin (37), sin perjuicio de lo cual, cabe puntualizar que esta situación, lejos de tornarse un argumento en contra de las cooperativas de trabajo, demuestra, una vez más, la necesidad de su regulación legislativa.

En efecto, la fenomenología de las “empresas recuperadas” permite descubrir el nacimiento de una nueva “subjetividad empresaria” y de un nuevo sujeto, más allá de que indudablemente siempre podrá asociarse con otras entidades e incluso reconvertirse si fuera necesario.

Ahora bien, las cooperativas de trabajo exitosas son aquellas en donde los ex-trabajadores tenían y tienen, énfasis añadido, una especial “idoneidad técnica” que los habilita a gestionar y producir determinados bienes que son “su propia hechura”.

Dicho derechamente, se trata de bienes o servicios en donde el valor fundamental lo constituye la mano de obra y no los bienes de capital.

De allí, cabe reconocer que las cooperativas de trabajo no son solución para todos los casos de falencia sino, para aquellos en los que el emprendimiento depende del “*background*” o si se quiere del “*know how*” que tienen los trabajadores.

Así, cabe señalar que lo que no han podido descubrir juristas de talla es que la fenomenología que surge a partir de la crisis del 2001 da nacimiento a una nueva figura: “el trabajador asociado”.

De tal manera, se alza no un empresario clásico, sino “un nuevo tipo de emprendedor”, que se sigue “sintiendo trabajador”, aún cuando al asociarse a una entidad solidaria no pueda predicarse la existencia de una relación laboral, sino un vínculo cooperativo que deberá ir siendo comprendido y concientizado también por los ex-trabajadores.

IX. 2. El nacimiento del trabajador asociado

En consecuencia, uno de los aspectos más relevantes en el proceso de recuperación de empresas es la ruptura que supone en la “subjetividad de los trabajadores” y en las formas de entender “su lugar en el mundo del trabajo”.

(37) RUBIN, MIGUEL, Op cit.

Así, el aludido proceso conlleva en todas sus fases cambios de roles y definiciones sociales en la configuración de las relaciones laborales pues, las empresas recuperadas plantean una construcción alternativa en torno al proceso de producción capitalista, tanto en el modo en que se produce y en cómo se forman y distribuyen las utilidades de lo producido.

Todo lo dicho implica un universo de relaciones distintas a las predominantes más participativas y demandantes de una responsabilidad mayor por parte de los trabajadores.

La primacía axiológica del trabajo no excluye, como es obvio, la búsqueda de los mejores resultados posibles, pero impide caer en el "*economicismo*".

El cimiento social y económico de la cooperación reside en la organización del trabajo en interés de quienes lo suministran, de tal modo que hoy podemos decir que la cooperativa es, por su naturaleza, una empresa mediante la cual sus asociados procuran para sí la oferta de su trabajo, en forma individual o articulada colectivamente con sus pares, materializando una fuente ocupacional, permanente o eventual, y obteniendo como beneficio patrimonial, un retorno inordinado de la deducción que del precio de sus servicios se hace en el mercado.

En esta línea, las cooperativas de trabajo constituyen una realidad en todo el mundo occidental y pueden citarse numerosos casos en el ámbito de la construcción, limpieza, vigilancia, panadería, zapatería, etc en países como Francia, Suiza, entre otros integrantes de la Unión Europea (38), y reconoce una larga historia en nuestro país, en materia de cooperativas agrícolas, de servicios, de créditos, etc., todo lo cual permite darle una oportunidad a las cooperativas de trabajo, máxime teniendo en cuenta la finalidad que las sustenta.

X. LAS FORMAS DE CONTINUACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN.

X. 1. La convergencia de los medios de continuación.

Así, los nuevos artículos 189, 190 y 187 reglan la posibilidad de que la cooperativa de trabajo requiera hacerse cargo de la

(38) FARRÉS, PABLO, ob.cit., pag., 35.

explotación de la empresa, ya sea en la continuación inmediata, o en la ordinaria de todas las quiebras, como así también, aún cuando no haya resolución de continuación mediante la contratación de activos.

En realidad, aún cuando la doctrina siempre ha señalado que existen “dos modos de continuación”, a tenor de los arts. 189 y 190, nominándolos como “continuación inmediata” y “ordinaria” a todos los procesos; en realidad, esta metodología es sólo una forma pedagógica de explicar “un único proceso” con etapas y momentos diferentes.

En efecto, declarada la quiebra, y producido el desapoderamiento, lo que sucede normalmente es la incautación de los bienes y la liquidación de éstos.

Ahora bien, así como enseñaba Vivante que “las grandes empresas no quiebran”, aquí y ahora, se tiene mayor conciencia que aunque aquellos “mega emprendimientos” tienen alternativas de saneamiento que no son liquidatorios, de todas formas, la falencia es siempre la última “ratio” de los procedimientos concursales.

En consecuencia, también en el caso de las medianas y pequeñas empresas, es razonable que cuando se encuentre en juego una planta de personal de cierta relevancia, se tienda a defender la fuente de trabajo y se permita una metodología de “reversión” de la quiebra.

Entre nosotros, enseña Pesaresi (39) que la jurisprudencia se ha mostrado amplia en permitir el desarrollo de las cooperativas valorizando los esfuerzos de los trabajadores a cuyo fin cita entre otros los casos de “Comercio y Justicia, Adzen Sacif, Enrique Sanz, Cerámica Cuyo, La Anunciada SA e Industrias Ganaderas Inga”, oportunidades en donde se otorgaron las correspondientes locaciones de los establecimientos e incluso se habilitó la compra directa por parte de la cooperativa.

De tal modo, bajo ciertas condiciones y, en especial, cuando se está frente a una empresa que puede “revertir” la quiebra mediante la idoneidad técnica de los trabajadores nucleados en cooperativas,

(39) PESARESI, GUILLERMO MARIO, *Ley de concursos y quiebras*, Abeledo Perrot, 2008, pág., 676.

no existe motivo para negar ésta alternativa de recuperación económica.

En este sentido, cabe destacar que la ley 26.684 no retorna al principio de continuación de la explotación de la ley 19.551, sino que tiene un "régimen tasado" tal como lo veremos a continuación.

X. 2. Los motivos de la continuación

Así, el art. 189, según texto de la ley 26.684, dispone la continuación de la explotación en forma inmediata si de la interrupción de la actividad pudiera derivarse: a) un grave daño al patrimonio y al interés de los acreedores, b) si se interrumpiera un ciclo de producción o el síndico entendiera que el emprendimiento resulta económicamente viable y por último, c) la conservación de la fuente de trabajo como alternativa autónoma que habilita la inmediata continuación de la explotación.

Ahora bien, aún cuando se resuelva la continuación inmediata de la explotación, el síndico debe presentar el informe del art. 190, justamente para que el juez resuelva definitivamente sobre si mantiene la empresa en marcha.

En esta línea, resulta evidente que la continuación inmediata es una simple modalidad que se introduce en el esquema del art. 190 y ss. de la ley concursal, articulándose en forma definitiva la explotación recién con la resolución judicial que fija las pautas de la explotación.

En este caso, nuevamente la ley insiste en el art. 191 en los recaudos que el juez debe tener en cuenta para disponer la continuación de la actividad, reiterando que ellos son: el evitar una grave disminución de realización, o si se interrumpiera un ciclo de producción que pueda concluirse, siempre que lo estime viable económicamente, o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa.

Tal como se advierte, deben darse determinados presupuestos receptados congruentemente en los arts. 189 y 191 para que se justifique la continuación de la explotación, los que serán informados por la sindicatura en especial con relación al plan de explotación propuesto por la cooperativa de trabajo y ponderados por el juez.

Aquí entonces una observación esencial: la viabilidad de la empresa como presupuesto fundamental.

X. 3. La viabilidad de la empresa y la fuente de trabajo.

De una lectura integral del sistema, se sigue que la viabilidad de la empresa es el presupuesto fundante que justifica la continuación de la explotación, aún cuando lógicamente se requiera su reorganización para tornarla eficaz.

Es más, así como el art. 190 le requiere al síndico una serie de pautas que se reflejan en su alongado informe, éstas también deben estar presentes en el caso de que la gestión empresaria la asuma la cooperativa de trabajo.

La ley 26.684 requiere puntualmente, en el artículo 190, que los trabajadores presenten un proyecto de explotación, conteniendo las proyecciones referentes a la actividad económica que desarrollará, todo lo cual implica explicar la viabilidad del emprendimiento, sobre el cuál se dará traslado al síndico para que emita opinión al respecto.

De tal forma, la legitimación para hacerse cargo de la explotación en forma inmediata se justifica por una elemental máxima de experiencia pues, tiende a evitar mayores daños al patrimonio, al ciclo de producción y a la marcha de la empresa.

A todo evento, siempre el síndico deberá presentar el informe del art. 190, para que sea el juez quien resuelva la continuación definitiva de la empresa y, en su caso, otorgue a la cooperativa de trabajo la explotación autorizando el plan de explotación e imponiendo los informes y controles que estime pertinentes, art. 191 y 192 de ley 26.684.

En esta alternativa, también se habilita que "en caso de disidencias o dudas el tribunal puede convocar a una audiencia para resolver las contingencias planteadas", todo lo cual demuestra la razonabilidad de este aspecto de la reforma.

X. 4. La resolución judicial

En igual sentido, cabe enfatizar que en la resolución de autorización el juez debe pronunciarse sobre el plan de explotación, y especialmente, sobre el plazo necesario para la enajenación de la empresa, a cuyo fin se tomará en cuenta el ciclo de producción.

Además, se debe disponer el tipo y periodicidad de la información que deberá suministrar el síndico, y en su caso, el coadministrador o la cooperativa de trabajo.

De tal forma, no se trata de volver a la “empresa inmortal”, como se dice equivocadamente, sino de otorgar una oportunidad “in extremis” a los trabajadores para que demuestren que son capaces de “revertir” la quiebra y defender así su fuente de trabajo.

Una alternativa de “solidaridad social” mucho menos gravosa que los fideicomisos deportivos que ostentan un plazo de 9 años y una quita legal del 40% que en la realidad implica una “licuación” del pasivo por el efecto cancelatorio que otorga el art. 18 de la ley 25.284 a las distribuciones de fondos.

Es cierto que aquí estamos en “el campo de los sentimientos” y no existe un problema de “clase” como en el caso de las cooperativas.

En esta línea, es certera la observación de Rubín (40), en el sentido de que la norma sigue integrando a la cooperativa con las dos terceras partes de los acreedores laborales y de los trabajadores, en un “mix” de difícil articulación que puede llevar a disidencias como en el caso “Ghelco S.A. s/Quiebra” (41).

Ahora bien, el encuentro o desencuentro entre los trabajadores exige tanto de la sindicatura como de la judicatura una adecuada tarea de integración y obviamente, que los acreedores laborales y los mismos trabajadores tienen la libertad de no incorporarse a la cooperativa y cobrar sus acreencias con el privilegio que les asiste, aspecto que veremos al tratar la enajenación del emprendimiento.

En consecuencia, es en éste punto donde la ley aparece sumamente rígida cuando requiere una mayoría de las dos terceras partes de ambos sectores, cuando en realidad, lo relevante debió ser la magnitud de la planta e personal que se mantiene en actividad, aspecto a ponderar por el órgano jurisdiccional, sin un cartabón matemático como establece el art. 190.

En este sentido, aún cuando el precepto es deficiente, debe inculcarse a los trabajadores la necesidad de ponderar las pautas de solidaridad que implica la entidad que integran.

(40) RUBÍN, ob. cit.

(41) “Ghelco S.A. s/Quiebra”, Juzgado Nacional de Comercio N° 4, 01/03/2005, Lexis N° 70021305.

X. 5. La llamada "continuación atípica"

A su vez, en los supuestos de contratación de activos, será la sindicatura la que elaborará el contrato pertinente y controlará su cumplimiento, a tenor del nuevo texto del art. 187 de la ley 26.684.

Esta vía ha sido mal "llamada continuación atípica", pues, muchas veces permite "salvar" un establecimiento que sea viable y, de esta forma, otorga una oportunidad de reconvertir el giro empresario para bien de la fuente de trabajo, aún cuando el resto de la empresa se liquide.

En una palabra, la contratación de activos, sea que se realice por la vía de la locación o de cualquier otro tipo de convenio, puede ser propuesto por la cooperativa de trabajo con la finalidad de sanear una de los aspectos del quehacer económico de la empresa fallida.

Va de suyo que el contrato debe ser aprobado por el juez, y la suerte de ésta alternativa dependerá de la eficacia de la actividad que se desarrolle y de la eventual reorganización del establecimiento que asegure una fuente de trabajo pero, además, se convierta en una unidad productiva de utilidad para la comunidad.

XI. LAS ALTERNATIVAS DE ENAJENACIÓN.

XI. 1. La liquidación de los créditos de los trabajadores y su facultad de compensar en la adquisición de la empresa

Desde esta perspectiva, analizando el sistema de enajenación de la empresa, la ley modifica los arts. 201, 203 y 205, habilitando a las cooperativas de trabajo para hacer valer en este procedimiento la compensación de los créditos que le asisten de conformidad a los arts. 241, inc. 2 y 246, inc. 1º, es decir, que ostentan privilegio especial y general, dejándose sin efecto la prohibición del art. 211.

Un aspecto central lo constituye el reconocimiento que realiza el art. 203 de los créditos de los trabajadores para hacerlos valer en la adquisición de la empresa.

En esta línea, el artículo señala que el monto de las indemnizaciones será calculado a los fines de la compensación de conformidad al art. 245 de la ley 20.744, los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, estableciendo el que resulte más favorable a los trabajadores.

Ahora bien, la norma también señala que se pueden utilizar “total o parcialmente” en la medida que los trabajadores los “cedan” a la cooperativa y que ésta cesión se materializará en audiencia a celebrarse ante el juez de la quiebra con intervención de la asociación sindical interesada.

En esta inteligencia, no cabe ninguna duda que la compensación establecida por la ley tiene que respetar tal como expresamente lo manda el art. 205, inc. 1, los créditos de mejor privilegio, de conformidad al art. 206, y aunque la ley no lo diga, la de aquellos trabajadores que no se incorporaron a la entidad solidaria, art. 16 y 183 de la ley concursal.

Va de suyo, que los créditos preferentes deben ser enfrentados mediante una fórmula de repago que no es la compensación pues, dichos acreedores privilegiados no son deudores de la cooperativa de trabajo, por lo que, la compensación autorizada en el art. 203 bis no resulta aplicable, art. 818 del C. Civil.

De lo contrario, se afectaría el derecho al dividendo de los aludidos acreedores y consecuentemente, se encontraría en juego la garantía constitucional del derecho de propiedad, art. 17 de la Carta Magna.

El aspecto señalado, debe ser adecuadamente ponderado para evitar incurrir en una eventual invalidez constitucional.

XI. 2. La tasación de la empresa y la adjudicación de la cooperativa

XI. 2. a. El trámite de valuación

En esta línea, la venta de la empresa, que la resuelve el juez cuando concluye el período de explotación estipulado en el art. 191, requiere siempre “la tasación” del emprendimiento por parte del evaluador y, en función de su valor probable de realización en el mercado, informándose el valor a que hace referencia el art. 206, respetando así el régimen de privilegios especiales.

En una palabra, la explotación de la empresa culmina siempre en la resolución judicial de disponer la enajenación, aún cuando ésta se encuentre en marcha, sea por la vía de la licitación o de la subasta y para ello el requerimiento de la ley que el evaluador establezca su valor de realización en el mercado.

Asimismo, la ley exige que de la valuación se le corra vista a la cooperativa de trabajo y al síndico, pues resulta evidente, pese a las críticas de la doctrina, que la primera se encuentra explotando el emprendimiento y ello le da un conocimiento muy especial del valor de la empresa.

Por otra parte, el síndico es el órgano técnico idóneo que ha conocido durante todo el proceso concursal y cuya opinión también resulta relevante para definir el valor final de la enajenación de la empresa en marcha.

Va de suyo que será el juez quien resolverá el valor final de la empresa, mediante resolución fundada en donde ponderará el criterio del tasador y las eventuales observaciones de la cooperativa de trabajo y de la sindicatura.

XI. 2. b. La adjudicación a la cooperativa

En esta inteligencia, una oportunidad especial que se le otorga a la cooperativa de trabajo es la de "realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa", en tanto y en cuanto, "se respete el valor de tasación", todo lo cual no merece objeción pues, siempre deberán respetar los acreedores de mejor derecho, pese al importe de sus créditos.

En una palabra, contrariamente a lo que opina gran parte de la doctrina, no se altera el régimen de privilegios pues, los créditos laborales deberán respetar, tal como lo establece el art. 206, todas aquellas acreencias con privilegio especial que se trasladan de pleno derecho al precio que se obtenga en la enajenación de la empresa.

La afirmación precedente se sigue de la correcta interrelación que debe realizarse del nuevo texto del art. 203 bis y 205 inc. 1 y 2 en donde puntualmente se señala en el inc. 1 que además de la tasación debe informarse el valor a que hace referencia el art. 206 de la ley concursal, que no es otro que el de los bienes gravados con privilegios especiales.

Recién aquí, la ley habilita a la cooperativa a hacer oferta, remitiéndose al inciso anterior, lo que implica el respeto de las preferencias especiales sobre bienes afectados a hipoteca, prenda o privilegio especial que se trasladan de pleno derecho al precio obtenido que no puede ser inferior a la suma de los mencionados créditos.

A todo evento, cabe reiterar la advertencia sobre la imposibilidad de compensar con quienes no son deudores de los trabajadores que integran la cooperativa y la necesidad de evitar interpretaciones que afecten garantías constitucionales.

XI. 2. c. La capacidad del pago de la cooperativa y el alcance de la compensación

En una palabra, la adjudicación al valor de tasación debe cubrir los privilegios preferentes según la propia manda del art. 205 Inés. 1 y 2, por lo que la adquisición por parte de la cooperativa no afecta a los acreedores de mejor derecho.

Dicho derechamente, pagan con el dividendo que les corresponde según la tasación, considerando los créditos del art. 206, y de este modo respetan los privilegios estipulados en la ley, debiendo abonarse a aquellos que sean preferentes como los trabajadores que no se incorporaron y, eventualmente, quienes tengan garantías reales.

A ésta altura del análisis surge la pregunta de si la correcta interpretación entre tasación, créditos laborales con derecho a compensación y su aplicación a los fines de la adjudicación de la empresa no implica, en rigor, el cálculo del dividendo correspondiente, tal como se realizó en la causa de Comercio y Justicia.

En efecto, si bien es cierto que la norma ordena el cálculo de la totalidad de los créditos la adjudicación de la empresa al valor de la tasación, no solo requiere desinteresar a los acreedores preferentes, sino también respetar el reparo reglado en el art. 247 y 249 de la ley concursal.

En una palabra, el criterio del suscripto que siempre la compensación debe respetar la ley del dividendo estipulada en la ley concursal, de conformidad a la correlación de los arts. 32, 200, 203, 239, 245, 247 y 249 de dicho cuerpo legal.

Así, si estas condiciones se cumplen, la nueva normativa dispone que concluye el proceso licitatorio o de subasta, correspondiendo que el juez apruebe la adjudicación a la cooperativa.

Ésta es la interpretación "axiosistemática" que permite construir el sistema en la continuación de la explotación de la empresa, y puntualmente, en la enajenación del emprendimiento.

De tal modo, la ley habilita esta vía de adquisición de la empresa y los trabajadores obtienen así un nuevo rol como “asociados cooperativos” que no es nada fácil y, por ello, el nuevo art. 191 de la ley 26.684 impone la asistencia técnica del Estado.

XI. 3. La venta por licitación o subasta

Desde otro costado, si en el proceso licitatorio o de subasta la cooperativa de trabajo no ha logrado compensar el precio de la tasación de la empresa, incluido los créditos con garantías preferentes en los términos del art. 206, el juez proseguirá el proceso que más convenga para la adecuada enajenación de la empresa en marcha.

Así, la ley 26.684 establece que la licitación o la subasta tendrá como base la tasación establecida y se regirá por el procedimiento establecido en el inc. 3 y siguientes del art. 205.

Así, una vez redactado “el pliego” por parte del síndico, aprobado por el juez y realizadas las publicaciones de edictos, las “ofertas” deben presentarse en “sobre cerrado” y deben expresar el precio ofrecido.

Asimismo, los oferentes deben acompañar garantía de mantenimiento por el 10% del precio ofrecido, en efectivo, en títulos públicos o fianza bancaria exigible a primera demanda.

De tal modo, la ley sigue estableciendo que los sobres con las ofertas deben ser abiertos por el juez en la oportunidad fijada, en presencia del síndico, los oferentes y acreedores que concurren, debiendo labrarse el acta respectiva.

El plazo para el pago del precio podrá estipularse en el pliego de licitación y a los fines de la adjudicación el juez debe ponderar no solamente la mejor “postura” sino también que el inc. 8 del art. 205 le requiere tener en cuenta la planta de trabajadores.

Aquí, se advierte una “patente contradicción” entre el inc. 4 y el 9 que refieren al pago del precio de contado, sin tener en cuenta que el pliego puede haber estipulado una modalidad a plazo expresamente habilitada por el último párrafo del inc. 6.

La ley también permite que en caso de empate el juez pueda llamar a mejorar oferta, advirtiéndose la “dualidad” existente entre la vieja textura del enunciado normativo que elegía al

mejor postor y el actual texto legal que permite que el juez pondere puntualmente el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresarial, mediante el plan de empresa pertinente y el personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo.

En esta línea, se modifica el art. 199 rehabilitando el régimen de solidaridad del adquirente, cuando es un tercero, con respecto a los empleados que prosiguieron trabajando en la empresa.

Una norma de estricta justicia. No se es responsable de todo el pasivo laboral, solamente de quienes han mantenido la empresa en marcha.

Por su parte, se permite que el plazo del pago para el precio se estipule en el pliego de licitación, y que una vez realizada la adjudicación se practiquen las inscripciones pertinentes y se otorgue la posesión de lo vendido.

En caso de frustración de la primera licitación, la normativa sigue habilitando la posibilidad de convocar a una segunda alternativa licitatoria, la que se llamará sin base.

XII. LA VENTA DIRECTA

Desde otro costado, la ley 26.684, también reformula el art. 213, estableciendo que el juez puede disponer "la venta directa de bienes", previa vista al síndico, a la cooperativa, para el caso en que ésta sea continuadora de la explotación, cuando por su naturaleza, su escaso valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad para el concurso.

De tal forma, cabe aclarar que cuando la cooperativa de trabajo esté al frente de la explotación de la empresa, las formas de enajenación son las siguientes:

a) La entidad solidaria puede requerir la adjudicación directa, siempre que ofrezca pagar el valor de tasación de la empresa establecida por el evaluador, con el informe del art. 206 de la LC.

b) A esos fines podrá utilizar los créditos que le asisten a los trabajadores, con privilegio especial y general compensando expresamente, y en caso de que quede un saldo reglar el modo de pago;

c) El juez tiene la facultad de disponer la venta por licitación o subasta y, en este caso, se siguen las reglas del mejor postor, siempre teniendo presente el valor de tasación;

d) En caso de fracaso de la licitación se puede realizar la venta directa a la cooperativa en atención a la frustración de la alternativa dispuesta para la enajenación.

En una palabra, la venta directa a la cooperativa que se encuentra explotando a la empresa se justifica en la medida que no existan otros interesados que puedan intervenir en el proceso licitatorio o de subasta.

En síntesis, en este caso la venta directa a la cooperativa asegura la fuente de trabajo, en tanto y en cuanto, el plan de explotación haya resultado eficaz.

XIII. TEMAS CONEXOS: INTERESES Y CONCURSO ESPECIAL

XIII. 1. El tratamiento de los intereses en el concurso y en la quiebra

Además de las modificaciones que hemos comentado, la ley reformula otros aspectos.

Así, en el concurso preventivo se modifica el art. 19 de la LC disponiéndose que los créditos laborales no se “cristalizan”, es decir, se exceptúan de la regla de la suspensión de los intereses, siguiendo en esto el Plenario “Excursionistas” (42) de la Cámara Nacional de Comercio que así lo había resuelto en seguimiento del su anterior fallo Plenario en “Seidman y Bonder SA.”.

Esta regla en el concurso preventivo, si bien opinable, tiene la fuerza del reconocimiento jurisprudencial (43).

En igual sentido, también pretende establecerse idéntica regla para la quiebra, modificándose el art. 129 y haciéndose proseguir los intereses que correspondan a los créditos “compensatorios laborales”, tal como lo dice expresamente el texto legal.

(42) “Club Atlético Excursionistas” s/ conc. prev., incidente de revisión por Vitale, Oscar Sergio, JA 2006-III, 102.

(43) Cámara Nacional del Comercio, Sala “E”, 21/07/2006, “Gas Areco S.A.” s/ conc. prev., RSC 40-154.

Ahora bien, cabe señalar que la norma es inconsistente o sea "inane" pues, no existen los créditos laborales de naturaleza compensatoria.

En efecto, de conformidad al art. 137 de la ley 20.744 los créditos laborales son siempre moratorios pues, el deudor tiene que pagar en un plazo determinado, y la mora se produce por su sólo vencimiento.

Dicho derechamente, las deudas laborales tienen un régimen de mora "ex re", que opera por su simple vencimiento, sin necesidad de interpelación alguna.

En una palabra, la pretendida continuación de los intereses en la quiebra no resulta operativa por inaplicabilidad a los intereses moratorios, aún cuando sean laborales.

XIII. 2. El diferimiento del concurso especial

Desde otro orden, se reformula el art. 195, en orden al tratamiento de los créditos hipotecarios y prendarios en la quiebra continuativa disponiendo el diferimiento del concurso especial en determinados casos.

Así, se dispone que los acreedores no pueden ejecutar la cosa gravada cuando:

- a) Los créditos no se encuentren vencidos y el síndico satisfaga las obligaciones;
- b) Cuando los créditos se encuentren vencidos pero no cuenten con resolución verificatoria firme;
- c) Cuando exista conformidad del acreedor hipotecario o prendario;
- d) A su vez, para el caso en que lo pida la cooperativa de trabajadores, el juez puede suspender las ejecuciones hipotecarias o prendarias por un plazo de hasta dos años en una norma que indudablemente traerá ardua polémica.

En efecto, el plazo de dos años parece "diluir" la garantía real que no ha sido afectada hasta ahora por ninguna norma, pues, se sostiene que se encuentra de por medio todo lo relativo a la tutela del crédito y la consecuente política de inversión de capitales de riesgo.

XIV. EPÍTOME

Del breve análisis normativo que hemos realizado se sigue que la reforma intenta superar las actuales insuficiencias del régimen de continuación de la empresa y, además, articula el control de los trabajadores en el concurso preventivo.

No nos cabe duda que la nueva ley dará motivo a numerosos debates, con la finalidad de lograr una adecuada comprensión y una correcta interacción del sistema.

Hoy, en nuestro país nadie puede dudar de la imprescindible necesidad de crear fuentes de trabajo y, “refundar la empresa” manteniendo la unidad productiva, máxime validando la vía de la continuación de la explotación en la quiebra, arts. 189 y 190 de LCQ.

En estos tiempos de globalización, vivimos en una “sociedad de dos tercios”, o sea, un mundo donde la opulencia de unos se construye sobre la exclusión y marginalidad de otros, es decir, donde el bien individual es más importante que el valor social.

Así, no se puede separar el capital del trabajo y, de ningún modo, se puede contraponer el trabajo al capital, ni el capital al trabajo, ni menos aún los hombres concretos que están detrás de estos conceptos.

El sistema debe superar la antinomia entre trabajo y capital.

En efecto, la crisis mundial que se avizora a partir de la denominada “pseudo quiebra” de Grecia, las medidas de ajuste tomadas por el Gobierno de Berlusconi en Italia, similares políticas en España y Portugal y las advertencias en torno a la vigencia del “euro”, como moneda comunitaria, se enfrentan con el descontento general, que se visualizó en los denominados “indignados” que no es otra cosa que el pueblo resistiendo a una estructura de concentración de riqueza que no contribuye a la convivencia social.

En una palabra, el tratamiento de la empresa debe integrar estos aspectos tan conflictivos de su realidad, superando el error de un “economicismo” que materializa inadecuadamente el trabajo humano deshumanizando el sistema productivo.

Respetar, garantizar y promover el derecho de un habitante de nuestro país a prestar su trabajo personal mediante la forma

de organización empresaria cooperativa, constituye un elevado propósito para la Nación, que deben mantener firmemente legisladores y juristas, en interpretaciones constructivas que superen la mera crítica negativa.



ALGUNOS CONCEPTOS Y REGLAS ESPECIALES DEL DERECHO PROCESAL CONCURSAL

POR RICARDO PRONO

Deseo reiterar mi especial agradecimiento por la invitación a incorporarme al Instituto de Derecho Empresario de la Academia de mayor prestigio jurídico en el país, y el compromiso de colaborar con sus actividades en la medida de mis posibilidades, expresando en esta ocasión algunos conceptos sobre una disciplina, el derecho concursal, que tanto ha acrecentado su influencia en la Argentina en las últimas décadas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO SUBSTANCIAL EN LOS PROCESOS CONCURSALES. II.1. LAS TEORÍAS PROCESALISTAS. II.2. EL CARÁCTER INQUISITORIO DEL PROCESO CONCURSAL. II.3. PREEMINENCIA DEL DERECHO MATERIAL. III. FACULTADES DEL CONGRESO DE LA NACIÓN PARA DICTAR LAS NORMAS PROCESALES CONCURSALES. IV. ESTRUCTURA DE LA MATERIA PROCESAL EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONCURSOS. V. ÓRGANOS DE LA JUSTICIA CONCURSAL. V.1. EL JUEZ CONCURSAL. V.2. EL SÍNDICO CONCURSAL. VI. LA PELIGROSA TRÍADA DE LAS REGLAS PROCESALES CONCURSALES: SÍNTESIS ACTUALIZADA SOBRE: VI.1. LA INAPELABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. VI.2. EL ÉNFASIS DE LAS NOTIFICACIONES AUTOMÁTICA. VI.3. LA CADUCIDAD DE INSTANCIA A LOS TRES MESES EN TODAS LAS INSTANCIAS Y PARA TODOS LOS SUJETOS.

I. INTRODUCCIÓN

El tema del que hablaremos en esta reunión tiene interés académico y práctico porque sabemos de cuántas cuestiones judiciales, siempre y en todos los campos del derecho, se dirimen por aspectos procedimentales.

No obstante ese interés e importancia que tiene la materia procesal concursal en la vida cotidiana -los problemas procesales están presentes en *todo* el entramado del juicio concursal y en *todos* ellos-, no se cuenta en este campo con muchos desarrollos

sistemáticos, sin olvidar aportes que se han hecho de indudable valor (1). Ello se debe probablemente a que los concursalistas hemos sido más proclives a estudiar los aspectos de fondo del derecho concursal que los meramente procesales, por ser el derecho procesal un terreno ajeno a nuestra especialidad.

A esta primera dificultad se le suma otra: los concursos son, como luego analizamos, juicios especiales, distintos a los procesos clásicos o tradicionales.

Y además, en tercer lugar, porque son procesos complejos, laberínticos como tantas veces se ha dicho.

Desarrollaremos la temática refiriendo en primer término, en una introducción al derecho procesal concursal, a algunos aspectos genéricos que buscarán ubicarnos en cuestiones teóricas con repercusiones prácticas.

Luego hablaremos de algunas cuestiones procesales más específicas, de las muchas que hay en todo el sistema legal.

II. DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL EN LOS PROCESOS CONCURSALES

Una primera cuestión, difícil de soslayar en el derecho procesal concursal porque siempre ha creado dudas doctrinarias, es la de precisar qué funciones prevalecen en los procesos concursales, si cabe ubicarlos en el ámbito del derecho procesal (2) o del derecho comercial. ¿Cuál sería la *naturaleza jurídica* (3) de los concursos?

(1) Cabe citar a ROUILLÓN, Adolfo A. N., MAFFÍA, Osvaldo, J., y más recientemente, entre otros, a GRAZIÁBILE, Darío J., y a BARACAT, Edgar J., éste desde el campo del derecho procesal.

(2) Fue un acierto la inclusión del Derecho Procesal Concursal en el temario del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado recientemente en Santa Fe (junio de 2011). Porque tradicionalmente el Derecho Procesal ha incluido en sus estudios, especialidades u orientaciones, a diversos campos jurídicos: al derecho civil, penal, laboral, constitucional y administrativo, también al derecho de familia. Pero es relativamente nueva la presencia activa de esta rama jurídica, la vertiente o materia procesal de los juicios de concursos y de quiebras, presencia que conlleva el mutuo enriquecimiento de ambas disciplinas y de quienes transitamos por ellas.

(3) Tenemos presente al hacer esta referencia las ideas expresadas por Héctor ALEGRIA cuando, al analizar críticamente el concepto de naturaleza jurídica (*El aval*, Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 51 a 58), dijera: *No cabe concebir a la naturaleza jurídica como un secreto misterio existente en el fondo de cada tipo legal, cuyo descubrimiento sea insoslayable y fatal para poder comprender la figura o aplicarle las*

Porque un rasgo que caracteriza al sistema concursal es el de que en el mismo cuerpo orgánico de normas se hallan reunidos los elementos sustanciales y los procesales, lo cual tradicionalmente ha dificultado diferenciarlos y ha dado lugar a la controversia de si los concursos son un instituto de derecho substancial o de derecho procesal (4).

Para descartar ciertos enunciados teóricos que a veces conducen a conclusiones difícilmente sostenibles o excesivamente rígidas y generalizadas frente a los datos de la realidad (5), conviene analizar esta cuestión.

II.1. Las teorías procesalistas

Estudiando en primer término las teorías procesalistas, corresponde decir que parte de la doctrina tradicional alemana e italiana, también española, fue proclive a considerar a la quiebra como derecho procesal (6).

Dentro de la corriente *procesalista* se ha discutido si son procesos *voluntarios o contenciosos*. Existen aspectos de jurisdicción voluntaria: v. gr., en la incautación, conservación y administración

normas pertinentes. También cuando afirma en otros párrafos de su obra, lo siguiente -de plena aplicación en el tema que consideramos-: *Es muy frecuente que al analizar cuál es la naturaleza jurídica de un instituto tratemos de descubrir a qué otra figura se parece, para enlazarla dentro de la disciplina que regla a este última. El descubrir un género puede ser útil; pero tal emprendimiento no es imprescindible en cada caso, como si el legislador sólo pudiera dictar normas dentro de géneros ya adoptados por el derecho ya vigente, sin poder innovar y dotar de una personalidad propia, original, a aquellos que estima necesarios para mejor regular la vida de la sociedad.*

(4) Cfr., DI IORIO, ALFREDO J., *Elementos para una teorización general sobre los procesos concursales*. RDCO, Bs. As., 1988, p. 531.

(5) PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*. T. IX, p. 205, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

(6) V. PROVINCIALI, RENZO, *Tratado de Derecho de Quiebra*, vol. I, p. 31 y ss, ed. Nauta, Barcelona, 1958, adiciones de derecho español por RAMÍREZ, JOSÉ A., SATTA, SALVATORE, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, p. 31 y sigtes, Buenos Aires, 1951, traducción y notas de derecho argentino por FONTANARROSA, RODOLFO O., MAFFÍA, OSVALDO J., *Derecho Concursal*. t. I, p. 23, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1985, quien cita en esta corriente a Kohler, Vivante, Alf. Rocco, Candian, Provinciali, Pajardi y Ferrara. Ragusa Maggiore expresa que el aspecto procesal no agota la naturaleza de la quiebra. Ver: CÁMARA, HÉCTOR, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 231. MORELLO, AUGUSTO MARIO, *Visión Procesal de los Concursos*, JA-1992-II, especialmente en pág. 671.

de los bienes por el síndico en la quiebra (arts. 177 y ss., LCQ).

Personas numerosas a las fases contenciosas porque, especialmente en el concurso preventivo, subyace una confrontación, una litis, entre el interés de los acreedores de percibir sus créditos del mejor modo posible y el interés opuesto del deudor de pagar en tiempos y formas diferentes (7).

Entre quienes los ubican en el ámbito de los procesos *contenciosos*, a su vez, cabe distinguir entre aquellos que los consideran procesos *declarativos o de conocimiento, o ejecutivos*.

Es indudable que tienen fases de *cognición*: v.gr., la comprobación de los presupuestos de la apertura; la de verificación de créditos; la de homologación.

Y tienen fases -eventualmente- de ejecución: la realización y distribución de bienes en la quiebra. Al punto que buena parte de la doctrina, especialmente italiana, aún habla de *ejecución forzada colectiva*. Pero cabe preguntarse qué tiene de ejecución el concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial u otros medios de prevención cuya importancia en las legislaciones se acrecienta. Incluso la quiebra, siempre liquidativa, evita la ejecución por medio de la conversión, el avenimiento, etcétera (8).

Por todo ello sostiene con razón Palacio (9) que generalmente no se advierte que la extrema complejidad de los procesos concursales y sus posibles tipos, no se prestan a su encasillamiento riguroso y estático en ninguno de los criterios tradicionales de clasificación. La multiplicidad de facetas y las peculiares características que se presentan obstan a un rígido y definitivo encasillamiento en las categorías tradicionales.

II.2. El carácter inquisitorio del proceso concursal.

Sin perjuicio de lo cual es importante destacar el carácter predominantemente inquisitivo del proceso concursal.

Pues en los juicios concursales existen intereses privados -del

(7) CÁMARA, HÉCTOR, op. cit. vol. I, p. 232; con citas de Provinciali, Maffía y Fargosi.

(8) V. esta discusión en BONSIGNORI, ANGELO, *La naturaleza jurídica de los procedimientos concursales*. Trad. de MAFFÍA, OSVALDO J., RDCO, año 15, p.30, Depalma, Buenos Aires, 1982.

(9) Op. cit., t. IX, ps. 199 y 208.

deudor, de los acreedores, de terceros involucrados-, que deben resguardarse, pero a la vez hay otros intereses: públicos, generales o sociales (que fundan la existencia de normas imperativas, indisponibles para las partes o interesados) (10), y que exigen mayores poderes y facultades del juez, tornando a estos procesos en prevalentemente inquisitorios.

Se tiene dicho al respecto que no obstante que el principio dispositivo -como la mayoría de los principios procesales- no reviste carácter absoluto y es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes, el interés social comprometido en ciertas clases de relaciones jurídicas impone, respecto de los procesos en que ellas se controvierten, la necesidad de hacer prevalecer los poderes del juez sobre las facultades dispositivas de las partes. El proceso adquiere, en tales hipótesis, carácter *inquisitorio* y la autonomía privada debe ceder paso a una mayor ingerencia del órgano judicial sobre el contenido material y formal del litigio (11).

En comentario a la ley 19.551 expresó Héctor Alegria (12): “*No se trata solamente de aplicar de oficio la ley..., sino de actuar la ley por el tribunal. Declarado el concurso, no solamente se aplica la norma correspondiente, sino que el juez impulsa el proceso (aspecto procesal) y recurre a las instituciones y remedios más aptos, aún sin petición de parte de otro órgano (aspecto substancial)*”.

El proceso concursal, como sostiene Rouillón (13), no es estrictamente un proceso inquisitivo puro, ni tampoco un proceso

(10) Las normas de competencia de la ley de concursos son de orden público y no admiten ser prorrogadas por voluntad de las partes (CS, 16/09/99, *Rosiere, Jesús Nazareno s/concurso preventivo*, RDPryC., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. 2002-1, p. 451, con mención de otros fallos).

(11) PALACIO, LINO E., op. cit. t. I, p. 251 y sigtes. V. también: MAFFÍA, OSVALDO J., *Los poderes oficiosos del tribunal en la quiebra*. RDCO, año 14. Bs. As. Depalma, 1981, p. 833. ROUILLON, ADOLFO A. N., *Poderes inquisitorios del juez y principio de congruencia en la verificación de créditos*. RDCO, año 15. Bs. As. Depalma, 1982, ps. 911 y ss. REIMUNDIN, RICARDO, *El principio de la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, JA, IV-738.

(12) ALEGRIA, HÉCTOR, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Buenos Aires, Ábaco, 1975, pág. 97.

(13) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Régimen de Concursos y quiebras Ley 24.522*, Astrea, Buenos Aires, 15ª ed, 2004, p. 42.

inquisitivo acentuado al grado equivalente al de un proceso criminal. Pero tampoco es un proceso regido exclusiva ni mayoritariamente por el principio dispositivo, propio de los procesos bilaterales civiles y comerciales en los que se debaten intereses privados. Por eso -agrega- a nuestro juicio y conforme a la legislación vigente en el país, los procesos concursales pueden ser caracterizados como *predominantemente inquisitivos o inquisitorios*.

II.3. Preeminencia del derecho material

Por lo demás, dando primacía al derecho material, en la Exposición de Motivos de la ley 19.551 (14) -al referir a la especial consideración que mereció la ubicación y separación de las normas de fondo y las procesales (punto 2º. Método de tratamiento de materias)-, ya se dijo lo siguiente: "*La Comisión ha creído responder así a su concepción del concurso como fenómeno de derecho sustancial, primordialmente*".

Cámara también dice en su obra que "el nuevo ordenamiento (la ley 19.551; régimen al que la legislación vigente ha seguido en esta materia), continúa la línea tradicional: todo el *iter* histórico de la quiebra se coloca *plenisimo iure* dentro de los confines del derecho comercial, en el cual ha surgido y se ha venido desarrollando, y del cual ha obtenido sus trazos fisonómicos fundamentales" (15).

Y Palacio se expresa del siguiente modo (16): "La circunstancia de que (los concursos) conformen procesos judiciales en sentido estricto en modo alguno otorga fundamento válido a la conclusión de que su estudio pertenezca al derecho procesal. Como procesos, tanto el concurso preventivo como la quiebra se hallan regidos por normas procesales, pero la apertura de uno u otro genera efectos que pueden estar sujetos no sólo a este tipo de normas sino también a normas comerciales, civiles, penales, laborales y administrativas. En virtud de la prevalencia que, en ese aspecto, revisten las

(14) Con las firmas de FRANCISCO, QUINTANA FERREYRA, HORACIO P. FARGOSI y HÉCTOR ALEGRIA.

(15) CÁMARA, HÉCTOR, *El concurso preventivo y la quiebra. Comentario de la ley 19.551*, vol. I, p. 102, con cita de Santarelli, Depalma, Buenos Aires, 1978.

(16) Op. cit., t. IX, p. 204. También AUGUSTO MARIO, MORELLO afirma en las conclusiones de su trabajo (*Visión procesal de los concursos*; JA-1992, pág. 671) que: "La reflexión de cierre es la de que, entrecruzados el derecho material de la falencia y el procesal de los concursos, es evidente que la importancia determinante de la primera condiciona el despliegue del segundo".

normas mercantiles, es razonable que el denominado 'derecho concursal' constituya una subrama del derecho comercial, sin perjuicio, naturalmente, de los aportes que puedan hacerse desde otros sectores del conocimiento jurídico, y de la natural incursión que deben hacer los comercialistas en otros terrenos ajenos a su especialidad estricta.

Adherimos a tales criterios. El derecho sustancial es el que ha creado el concepto jurídico económico de la insolvencia o estado de cesación de pagos -o de dificultades económicas o financieras de carácter general-, como presupuesto objetivo de los concursos. En virtud de dicho presupuesto (o *supuesto previo*), surgieron los principios generales que estructuran a estos procesos: igualdad de trato, universalidad e integridad patrimonial, universalidad subjetiva o colectividad de acreedores, conservación de empresas útiles, entre otros. Y para hacer viables tales principios se elaboraron los diversos institutos concursales (acuerdos preventivos de la quiebra y obligatorios para todos los acreedores; desapoderamiento; período de sospecha y otros medios de recomposición de activos; etcétera).

Es en torno de ese derecho de fondo que se han legislado las normas procesales, que existen para hacer operativos aquellos principios y figuras, propios del derecho material. Lo procesal -que se desarrolla de modo prevalentemente inquisitivo- debe adecuarse a ese derecho sustancial (17).

Ello explica, en primer lugar, por qué la normativa concursal se aparta, en gran medida, de la preceptiva procesal común a los demás juicios civiles y comerciales: v. gr., las reglas de inapelabilidad de las resoluciones judiciales; la mayor severidad en las notificaciones automáticas; la caducidad de instancia que opera a los tres meses en todas las instancias y para todos los sujetos. La celeridad concursal, que encuentra su motivo en el presupuesto del patrimonio insolvente, funda el rigor de tales reglas de procedimiento.

Además, en segundo término, nos indica que la preceptiva ritual debe ceder ante el derecho material en caso de dudas y

(17) El principio de instrumentalidad de las formas, completado con el de finalidad de los actos procesales, sintetiza la moderna orientación en la materia MAURINO, LUIS ALBERTO, *Nulidades procesales*, 2ª. ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 9.

confrontación al interpretarlas y aplicarlas (18).

Y nos orienta para determinar con fundamentos cuál es el orden de prelación que debe observarse en la aplicación de las normas procesales -concursoales y extraconcursoales-, cuando hay que dirimir un conflicto de carácter procedimental en juicios de concursos (tema que luego desarrollamos, al analizar la *Estructura de la materia procesal en el régimen legal de los concursos*).

La ley concursal es de fondo y de forma, dirá Rouillón (19), lo que describe una realidad básica: la insolvencia exige una legislación sustantiva adecuada para su tratamiento, pero ella no se aplica sin la instrumentación contemporánea de un proceso muy especial, signado por la universalidad, la unicidad y la tendencia hacia la inquisitorialidad. Y agrega: esas características del proceso concursal, *así como su servilismo exclusivo (él sólo sirve para encarrilar las cuestiones concursoales sustantivas)*, determinan su aspiración a la autosuficiencia.

Se trata, entonces, de procesos especiales por razones *jurídico-materiales* (20), en tanto constituyen una vía específica para solventar determinado tipo de conflicto: el creado por la insolvencia, y que por la ley procesal común no pueden tramitar por los procesos típicos de conocimiento o ejecución. Mediante la ley concursal el legislador regula los efectos de la insolvencia, para superar los conflictos que su declaración provoca, creando para ello una vía procesal específica de carácter típicamente jurisdiccional.

(18) Cabe tener presente en tal sentido el criterio de la CS. en el caso "*Colalillo, Domingo c/Cía. De Seguros España*" (Fallos: 238-550), al expresar que el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales pues no se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte (Y en otros posteriores: 301:725; LA LEY, 89-412; LA LEY, 1979-D, 371); v. MARCOS L. PEYRANO, *La sentencia anticipatorio...*, LA LEY, 1999-B-1049. También el fallo de la CS, junio 2-1998, en "*Mojico, Adolfo I. y otros c. Banco Nación*", en LA LEY, 1998-471. Ver: ALEGRIA, HÉCTOR, *Breve Apostilla sobre la flexibilización en la interpretación de la ley concursal*. Comentario a fallo, en LA LEY, 2004-E, 723.

(19) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Caducidad de instancia y concursos*. JA, 1984-III, 703.

(20) DI IORIO, ALFREDO J., *op.cit.*, p. 529 y sigtes.

III. FACULTADES DEL CONGRESO DE LA NACIÓN PARA DICTAR LAS NORMAS PROCESALES CONCURSALES

Como expresáramos, la legislación concursal es un entramado inescindible de normas sustanciales y procesales.

Es sabido también que las atribuciones para legislar en materia procesal corresponden a las Provincias: el artículo 121 de la Constitución Nacional dispone que las Provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal, y el artículo 75 de la C.N. no incluye entre los poderes delegados al Congreso Nacional -ni en su inciso 12- el de dictar las leyes procesales.

No obstante, la Corte Suprema ha reconocido en diversos casos las facultades del Congreso nacional de dictar normas procesales. Tiene dicho al respecto la Corte nacional que el poder de las Provincias no es absoluto, y que las facultades provinciales para legislar en materia procesal deben entenderse *sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso para asegurar la efectividad de los derechos que consagra la ley de fondo; cuando los preceptos formales resulten imprescindibles para resguardar la operatividad de las restantes normas contenidas en un ordenamiento* (21).

Por lo demás, si cada Provincia legislase el procedimiento concursal, amén de desvirtuar el derecho de fondo -como lo reconociera la Corte federal-, la legislación concursal sería anárquica por la diversidad de normas procesales a las que estaría sujeto el trámite de los concursos (22), violándose el principio de unicidad de los procesos concursales (23).

(21) "FALLOS", t. 121, p. 205; t. 138, p. 154; t. 139, t. 162, p. 376. Ver también PALACIO, LINO, Op. cit. T. I, p. 42 y sigtes.

(22) Para evitar tal anarquía la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica consagró, como ley especial y única para todo el territorio, la *Bankruptcy Laws of the United States*, pues como consecuencia del sistema federal de gobierno cada Estado dicta sus códigos de fondo, y sólo las leyes especiales del Congreso rigen en todo el territorio del país. Por ello es que al darle nuestra CN (art. 75 inc. 12) el carácter de ley especial a la ley de bancarrotas, ha hecho una transposición de normas pues la ley de quiebras ya está contemplada en las facultades del Congreso de la Nación de dictar el Código Comercial.

(23) Sobre el principio concursal de unidad de los procesos concursales puede verse: ROUILLON, ADOLFO A. N., y FIGUEROA CASAS, PEDRO J., *Principios generales*, en "Código de Comercio, Comentado y Anotado", ADOLFO A. N. ROUILLON (director), DANIEL F. ALONSO (coordinador), Bs. As, LA LEY, 2007, tomo IV-A, pág. 21.

IV. ESTRUCTURA DE LA MATERIA PROCESAL EN EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONCURSOS

Al redactarse la ley 19.551 -cuya estructura de la materia procesal ha continuado la ley vigente en sus aspectos generales-, dijeron sus autores que luego de un amplio análisis se llegó a la convicción de que la regulación de las normas de fondo y las procesales totalmente separadas era dificultoso y perjudicaba la debida inteligencia de la ley. Agregando que ello no obstante, se trató de distinguirlas, colocándolas en capítulos o artículos separados, según correspondiera y fuera posible (24).

¿Cuál es el sistema adoptado? Para responder a las cuestiones de procedimiento que se presentan en los juicios concursales considero que rige el siguiente orden de prelación, decreciente:

1º) En primer término, rigen las normas procesales que acompañan a cada instituto en particular. Suelen encontrarse en el entramado de cada figura concursal, intercaladas allí donde la norma sustantiva las requiere (25).

2º) En segundo lugar, debe acudirse a la aplicación analógica de otra norma procesal concursal, si existiera.

Efectivamente, si el interrogante sobre el procedimiento aplicable subsiste porque hay una laguna en la preceptiva procesal que acompaña al instituto en cuestión, por aplicación del art. 16 del Cód. Civil (Tít. Preliminar del Código de Comercio, I), hay que buscar la norma análoga en el mismo ordenamiento concursal, si ésta existiese, realizando tal labor hermenéutica con cuidado (26).

(24) Exposición de motivos de la ley 19.551, I. Consideraciones Generales. 2º) Método de tratamiento de materias.

(25) V. gr., para solicitar la apertura de un concurso preventivo se aplicarán, ante todo (amén de las normas sustanciales), los preceptos procesales de la LCQ. presentes en la respectiva regulación legal: arts. 3 (juez competente), 6 a 8 (requisitos de representación y ratificación para personas de existencia legal, incapaces y fallecidos), 9 (representación voluntaria), 11 (requisitos formales), etcétera. En el período de sospecha se acudirá a los arts. 116, 117 y 115, en ese orden. En la extensión de la quiebra, a los arts. 162 y sigtes. LCQ.

(26) En el *Acuerdo Preventivo Extrajudicial*, por ejemplo, debe acudirse a la aplicación por analogía de preceptos procesales dispersos en el restante articulado legal pues los ocho artículos que regulan este tipo concursal preventivo de la quiebra (69 al 76, inclusives) son notoriamente insuficientes para cubrir las respuestas que el instituto exige. Otro ejemplo: al regularse la figura de la *conversión* de la quiebra en concurso preventivo, no se dispuso expresamente que

Pues aunque se procure llenar ese vacío estudiando en cada caso la aplicación directa, integrativa, supletoria o analógica de los demás preceptos contenidos en la ley concursal -y acudiendo a los principios estructurales del derecho de las insolvencias-, tal labor hermenéutica debe hacerse con cuidado por los escollos que continuamente se presentan.

3º) En tercer término rigen las normas genéricas contenidas en los artículos 273 y sigtes de la LCQ, por lo preceptuado en el primer párrafo del citado precepto que establece que "*salvo disposición expresa contraria de esta ley, se aplican los siguientes principios procesales*" (y pasa a enunciarlos, en correlación con los siguientes artículos).

4º) En cuarto y último término, si la cuestión no tiene respuesta dentro del ordenamiento concursal, se aplican las normas procesales de la ley del lugar del juicio *que sean compatibles con la rapidez y economía del trámite concursal* (art. 278 LCQ).

Las características del proceso concursal, señala Rouillón (27), determinan su aspiración a la autosuficiencia. Por esta afirmación ha de entenderse que, en principio y en la medida de lo posible, todos los conflictos deben resolverse dentro de la ley concursal. El uso del reenvío a las leyes procesales locales no es deseable aunque, en la práctica, se acuda a él con frecuencia. Porque hay tantas situaciones no previstas -las falencias procesales de la ley falencial son notorias- que aplicar las normas de rito locales se convierte en una exigencia casi diaria. Empero, agrega Rouillón, ello no debe llevar a sustituir las disposiciones procesal-concursales específicas por las de los códigos de procedimientos (a los que muchas veces conducen hábitos mentales subconscientes), ni a otorgar igual jerarquía a las disposiciones de rito locales y a las de la ley concursal.

el rechazo del pedido por no haberse cumplido los requisitos del art. 11 fuese apelable (v. art. 93 in fine), correspondiendo aplicar en este caso lo preceptuado en el art. 13 que en su párrafo final permite -ante similar situación- que la resolución denegatoria sea apelable.

(27) *Caducidad de instancia y concursos*. JA, 1984-III, 703 y sigtes. V. también: ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Régimen de los concursos y quiebras*. Ley 24.522. op. cit., p. 263. BARACAT, EDGAR J., *Algunas reglas procesales en el régimen recursivo concursal: comentario y reflexiones*. JA, 1986-III, 885.

Consideramos que en esta orientación debe inscribirse un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dando preeminencia a las normas de orden nacional de la ley de concursos en una medida cautelar (CS, Azurix Buenos Aires SA s/concurso preventivo, 22-02-2011, *IJ Ed. Newsletter quincenal*, 23.3.2011).

Se integra así la materia procesal de los concursos con la legislación ritual local -código procesal civil y comercial; ley orgánica del poder judicial-, pero condicionando su aplicabilidad a la compatibilidad de estas normas con la celeridad del juicio concursal (28)

V. ÓRGANOS DE LA JUSTICIA CONCURSAL

V.1. El juez concursal

En una brevísima referencia a los principales órganos de la justicia concursal, conviene señalar que se acude con mucha frecuencia en estas causas a la norma contenida en el art. 274, LCQ, incorporada al Capítulo de las Reglas Procesales y que enuncia las amplias y genéricas potestades del juez, para luego referir a algunas facultades instructorias propias de él.

Declarado el concurso, el juez, como director del proceso, puede dictar todas las medidas de *impulso* de la causa y de *investigación* que resulten necesarias para obtener la verdad de los hechos. Además, debe recurrir a las instituciones y remedios más aptos, aun sin petición de parte o de otro órgano, o sea: *actuar la ley por el tribunal* (29).

Ello se explica porque, como dijéramos, en los juicios concursales existen, amén de intereses privados, que deben respetarse, otros intereses, públicos, generales o sociales (que fundan la existencia de normas imperativas, indisponibles para los interesados) (30), y

(28) Por ello las discusiones, por ejemplo, sobre el *plazo de gracia*, arraigo, recusaciones y excusaciones, trámite en las ferias judiciales, etcétera.

(29) Cfr., ALEGRIA, HÉCTOR, *Algunas cuestiones de derecho concursal*. p. 97, Buenos Aires, Ábaco, 1975.

(30) PRONO, RICARDO S., y PRONO, MARIANO R., *La novísima legislación de concursos y quiebras. Algunas consideraciones sobre la ley 25.589*. LA LEY, 2002-D, 1087. Dijimos entonces, bajo el título "De las facultades del juez concursal": Los procedimientos concursales tutelan múltiples intereses. Algunos privados: del deudor, que busca superar su insolvencia; de los acreedores, llámense pago de la cuota concordataria o del dividendo concursal; incluso de terceros interesados en defender sus derechos también alcanzados por la situación concursal (v. gr., por acciones de recomposición patrimonial). Pero existen otros intereses, no privados: la protección de la empresa viable en cuanto motor de la economía, generadora de relaciones laborales y de tributos fiscales; los del medio geográfico, económico y social en que se desenvuelve la empresa, que sufre las inevitables repercusiones de la insolvencia por el conocido efecto de concatenación del crédito. Estos intereses, llámense públicos o sociales, dan al concurso la connotación publicística, y por ello normas imperativas, indisponibles para las

que exigen mayores poderes del juez, tornando a estos procesos en prevalentemente inquisitorios.

Hemos también expresado que el proceso concursal tiene matices fuertemente inquisitivos, apareciendo disminuido el poder de disposición de los diversos sujetos intervinientes y, paralelamente, acrecentados los poderes del juez (31).

Por lo demás, los poderes del juez concursal presentan algunos límites que son impuestos por la vigencia de la garantía constitucional del debido proceso (32). En fallo de la Corte mendocina ha expresado Aída Kemelmajer de Carlucci (33), con claridad y elocuencia: *Aunque coincido con la doctrina nacional predominante en el sentido de que la enumeración del art. 297 (ley 19.551; hoy art. 274 ley 24.522) es meramente ejemplificativa y que el juez de la quiebra es director, impulsor, controlador e investigador, no creo que sea 'dictador'... ni violador del derecho de defensa en juicio cuando existen posiciones controvertidas con terceros legitimados.*

V.2. El Síndico concursal. Su condición jurídica

V.2.1. Hacemos también una sucinta referencia a la polémica sobre la condición jurídica de la sindicatura, que ha provocado múltiples y viejas discusiones.

partes. Las facultades inquisitivas del juez obedecen entonces a la presencia de tales intereses y al carácter imperativo de ciertas normas concursales.

(31) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. 15ª ed.*, p. 306, Astrea, Buenos Aires, 2006. Ver de este autor: *El rol del juez a la hora de homologar el acuerdo preventivo. ¿Vuelta al pasado o anticipo del futuro?*, LA LEY-Litoral, 2005, 101. Dice también ROUILLÓN (*Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Op. cit.*, p. 41): En el proceso concursal vigente es posible reconocer la influencia de ambos principios procesales (dispositivo e inquisitivo), así como la mayor vigencia de uno u otro según las diferentes etapas del concurso preventivo y de la quiebra que analicemos. Así, como ejemplo de dispositividad, señalamos que para la apertura de un proceso concursal preventivo o liquidativo es menester en general el impulso de parte; los acreedores deben pedir la verificación de sus créditos para acceder a la concurrencia... Como muestra de inquisitorialidad podemos destacar que, abierto un concurso, el impulso del mismo puede hacerlo el juez o el síndico, y no está expuesto a la perención de instancia; en la determinación del pasivo concursal, el juez puede no reconocer los créditos que él estime improcedentes, aunque ellos no hubiesen sido cuestionados por el deudor, los acreedores ni el síndico; etcétera.

(32) RIVERA-ROITMAN-VÍTOLO. *Ley de concursos y quiebras*. t. IV, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 762 y sigtes.

(33) SC. Mendoza, sala 1a., 1987/8/10, Carros SRL. y otros; JA, 1988-III-569.

Enseñaba Provinciali (34) que el concepto de *órgano* se contrapone al concepto de *parte*. Las partes son los sujetos del proceso...; los *órganos* (*personas físicas al efecto nombradas*) constituyen los instrumentos mediante los cuales el proceso opera y se desenvuelve. En *Instituciones del Derecho de Quiebra, Satta* (35) nos dirá que el curador (síndico) es justamente, en la quiebra, *el órgano de la acción y de la voluntad*, así como el juez... es el órgano de la dirección y del contralor.

Por su parte *Alegria*, en su ya clásico libro *Algunas cuestiones de derecho concursal* (36) señala con acierto que "la larga discusión sobre 'la naturaleza' de la sindicatura debe en alguna medida superarse sobre la base de su actuación como 'órgano' concursal. En nuestro derecho, agrega, *integra el órgano jurisdiccional en función no decisoria*, aunque algunos actos se cumplen con efecto jurídico ante él y por él, como en el caso de la demanda de verificación. *La calidad de funcionario no permanente* no debe ser obstáculo para esta configuración y funciones".

Las funciones que el síndico debe desempeñar en los concursos consisten especialmente en la investigación de la situación patrimonial del concursado y consecuente información; la incautación, administración, liquidación y distribución de bienes en la quiebra; y otras muchas tareas de colaboración que se le requieren por su carácter de auxiliar técnico del juez. El artículo 275 (37), que regula dichas funciones, debe a su vez complementarse con muchísimos otros textos legales (38)

(34) PROVINCIALI, RENZO, *Tratado de Derecho de quiebra*, vol. I, pág. 501, ed. Nauta, Barcelona, 1958.

(35) SATTA, SALVATORE, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, p. 31 y sigtes, Buenos Aires, 1951, traducción y notas de derecho argentino por RODOLFO O. FONTANARROSA.

(36) ALEGRIA, Héctor, *Algunas cuestiones de derecho concursal*, Ábado, Buenos Aires, 1975, pág. 117. V. además: RUBÉN SEGAL, *Sindicatura concursal*, Depalma, Buenos Aires, 1978, quien analiza el tema en el capítulo III; RAÚL ETCHEVERRY y FRANCISCO A. OYUELA, *La sindicatura en la ley de concursos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 25.

(37) Cuyo texto proviene de la ley 19.551, al igual que los restantes artículos de esta Sección, excepto los incisos 7 y 8 del art. 275 -introducidos por la ley 24.522-; el art. 276 que mantiene la redacción de la ley 20.312 del 26/4/73; y el art. 277, modificado por la ley 24.522.

(38) Así, los arts. 251 y sigtes. LCQ, que refieren a su designación, indelegabilidad y actuación personal, irrenunciabilidad y remoción, asesoramiento profesional y regulación de honorarios, y también con el restante articulado legal

V.2.1.1. El síndico, "parte procesal"

Para tutelar en debida forma los principios concursales de universalidad e integridad patrimonial y de colectividad e igualdad de los acreedores, la ley expresa en el párrafo final del citado art. 275 LCQ, que el síndico debe tener necesaria intervención en el concurso preventivo y en la quiebra y en los demás litigios de carácter patrimonial que involucren al concursado o fallido.

La ley 26.086, al reformar el artículo 21 LCQ reiteró la expresión del título al decir que en los juicios excluidos de la suspensión y radicación en el concurso, el síndico será *parte necesaria* en tales juicios (39).

Más allá de la locución legal, lo cierto es que el síndico... en los juicios no atraídos no puede ser *parte* y mucho menos *necesaria*, debiéndose interpretar la norma en el sentido de que debe dársele oportuna intervención a la sindicatura en dichos procesos para que presente el informe referido a la acreencia que surgiría en dicho expediente contra el concursado, luego de cerrada la etapa probatoria (art. 56, 9no párr., LCQ) (40). El síndico carece claramente de *legitimatío ad causam* para intervenir como *parte* en las cuestiones relacionadas con el pasivo concursal y su intervención es *necesaria* únicamente en la etapa de verificación de créditos, tanto la tempestiva como la eventual.

Aunque la ley diga que el síndico es *parte* en el proceso principal e incidentes y demás juicios, debe tenerse presente que la expresión *partes* refiere a los sujetos del proceso, en tanto el síndico intervendrá como *órgano del concurso* (personas físicas designadas para ello) que constituyen los instrumentos mediante los cuales el proceso opera y se desarrolla (41). El concursado preventivamente no pierde su legitimación para actuar y esa legitimación no es asumida por el síndico, ni siquiera adhesivamente y menos en el carácter de parte. Y

que contempla sus funciones, atribuciones, facultades y deberes en los procesos concursales y en sus distintas etapas. También se correlaciona con los arts. 14 incs. 11) y 12); 16; 17; 21; 102; 126 in fine; 177 y sigtes; 274 inc.1; LCQ.

(39) Ver esta cuestión en ROUILLÓN, ADOLFO A. N. y PRONO, MARIANO R., *Efectos de la apertura de del concurso preventivo. Rol del Síndico en los juicios concursales*, en "Código de Comercio, Comentado y Anotado", Adolfo A. N. Rouillón (Director), Daniel F. Alonso (Coordinador), Bs. As, LA LEY, 2007, tomo IV-A, ps. 320 y correlativas.-

(40) GRAZIÁBILE, DARÍO J., *¿El síndico es "parte necesaria" en los juicios no atraídos por el concurso?*, LA LEY-2009-E, 275.

(41) Supra: PROVINCIALI, RENZO, *Tratado de derecho de quiebra*, op. cit., p. 501.

no es parte porque su actuación no viene dada por razón de su propio interés, sino que resulta impuesta por la ley en su carácter de órgano del concurso. Más correcto es decir que el síndico cumple una función de orden procesal, de tipo controlante, y necesaria en el sentido de que su intervención resulta obligatoria y no el simple cumplimiento de una carga procesal, al punto que su omisión puede aparejar, previa intimación, las consecuencias previstas por el art. 255 LCQ (42).

V.2.2. Incumplimiento y responsabilidad del síndico. ¿Responsabilidad del Estado por mala actuación del síndico?

El incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de los deberes funcionales hace incurrir al síndico en responsabilidad y pueden dar lugar a sanciones según el régimen del art. 255 de la LCQ (43).

Pero cabe preguntarse si la conducta abusiva o los errores y negligencias de la sindicatura pueden derivar en responsabilidades del Estado.

La Corte federal tuvo oportunidad de pronunciarse en la causa "Amiano", en la que el síndico había omitido la inscripción registral de la inhibición general de bienes del deudor para disponer y gravar sus bienes registrables, permitiendo así que un inmueble del concursado se vendiese a un tercero. Tal venta se declaró luego ineficaz para los acreedores por lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la ley 19.551 (hoy arts. 16 y 17 LCQ), por lo que el adquirente del bien demandó al síndico, al juez concursal y al Estado nacional por los daños y perjuicios ocasionados.

La CNFed., en lo contencioso administrativo, sala IV, había hecho lugar parcialmente a la demanda contra el síndico y el Estado nacional condenándolos al reintegro del precio pagado por el inmueble, expresando que le cupo al síndico responsabilidad por su actuación en los términos del art. 1112 del C. Civil pues se trata "*de un funcionario judicial, delegado del juez...*" (44). Fallo comentado por Maffía (45).

(42) HEREDIA, PABLO D., *Ley 26.086: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*, diario de JA, del 3/5/2006.

(43) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522* op. Cit, 15ª, ed., 2006, p. 388.

(44) Amiano, MARCELO E. y otro c. Ministerio de Justicia y otro, CNFed., Contencioso administrativo, sala IV, octubre 7-999: LA LEY-1999-F, 497 y sigtes.- Comentado por M. CLAUDIA CAPUTI, *Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (El caso "Amiano")*: LA LEY- 2000-C, 750.

(45) MAFFÍA, OSVALDO J., *¿Basta con el nombre errado de "funcionario" para responsabilizar al Estado?*, LA LEY-2000-F, 1155. Sostiene en su estudio el autor

Posteriormente, la CSJN, en fecha 4/11/2003 (*in re* "Amiano, Marcelo Eduardo y otro v/Estado Nacional -Ministerio de Justicia- y otros s/proceso de conocimiento") (46), sostuvo que la ley no le atribuye al síndico el carácter de funcionario del Estado sino "del concurso". El síndico del concurso no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto auxiliar de la justicia, cuya actividad en el proceso colectivo se desarrolla con autonomía, sin subordinación jerárquica, y en base a la idoneidad técnica que deriva de su título profesional. La actividad del síndico no puede ser caracterizada propiamente como pública, en el sentido en que lo son las de los funcionarios y empleados del Estado pues por las razones expuestas en *Fallos*: 306:2030, considerandos 10, 11, 13 y 14 respecto de los escribanos de registro, la naturaleza del vínculo del síndico con el Estado nacional resulta insuficiente para adjudicarle el rango de funcionario público a los efectos previstos en el artículo 1112 del Código Civil. En consecuencia -concluyó la C.S.-, al juez del concurso, en cuanto órgano estatal, no puede serle imputada responsabilidad por la omisión del síndico en inscribir la inhibición general de bienes oportunamente ordenada en la resolución de apertura del concurso, ni el Estado nacional puede ser responsabilizado por ese hecho, a título de funcionamiento irregular del servicio de administración de justicia.

Nos parece acertada la postura de la Corte federal en cuanto ratifica la condición jurídica del síndico como órgano del concurso porque dicha doctrina es la más adecuada para interpretar de un modo orgánico e integral las múltiples, diversas y complejas funciones -y su correlato de deberes y atribuciones-,

que el síndico concursal no es funcionario y sí es órgano del concurso porque el funcionario tiene tres caracteres: i) profesionalidad, en el sentido de dedicación exclusiva al cargo, siendo que el contador puede realizar sus tareas, distintas de aquéllas; ii) permanencia, lo que tampoco ocurre con el síndico porque desempeña funciones en un juicio y allí concluye; iii) retribución del fisco, siendo que el síndico cobra del juicio. Y agrega el autor, tampoco es funcionario público: para ser funcionario público se requiere *investidura* por la autoridad con *las formas* correspondientes, y asignación de deberes, competencia, etcétera. Es órgano del concurso o del proceso concursal. Reivindicado el síndico como órgano del proceso concursal -y no como funcionario público-, la responsabilidad del Estado por sus yerros no se plantea.

(46) Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2004-3, *Asociaciones y Fundaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 504. JA-2004-I-77.

que tiene previsto el régimen legal argentino para la sindicatura concursal.

VI. LA PELIGROSA TRÍADA DE LAS REGLAS PROCESALES CONCURSALES

Síntesis actualizada sobre:

Vi.1. La inapelabilidad de las resoluciones judiciales.

Vi.2. El énfasis en las notificaciones automáticas.

Vi.3. La caducidad de instancia a los tres meses.

VI.1. Inapelabilidad de las resoluciones judiciales en el régimen recursivo concursal. Fundamentos

El ordenamiento concursal establece en los incisos 3 y 4 del artículo 273 de la LCQ, que *las resoluciones son inapelables, y que, cuando se admite la apelación, se concede en relación y con efecto suspensivo*

Esta regla, de especial importancia en el sistema recursivo concursal (47), es la primera de las tres que conforman lo que denominamos la *peligrosa tríada de las reglas procesales concursales*.

Hemos dicho al analizar la *Primacía del derecho material*, por qué la normativa concursal se aparta, en gran medida, de la preceptiva procesal común a los demás juicios civiles y comerciales. La celeridad concursal (48), que encuentra su motivo en el presupuesto del patrimonio insolvente, funda el rigor de tales reglas de procedimiento. La superación del estado de cesación de pagos o de grave crisis patrimonial, punto de partida de estos procesos, exige soluciones que no se dilaten en exceso. Amén de que los concursos involucran a muchos sujetos (cientos o miles, a veces), lo que reafirma el criterio legal.

(47) En el sistema recursivo concursal cabe también la mención de otros medios de impugnación procesal como la aclaratoria, los recursos de reposición, de nulidad vía incidental o recursiva, y extraordinarios, que hemos analizado en otros trabajos pero no mencionaremos en esta oportunidad.

(48) Otro aspecto de la aplicación del principio de economía procesal, se halla representado por las normas destinadas a impedir la prolongación injustificada de los plazos y a eliminar trámites procesales superfluos u onerosos (principio de celeridad): PALACIO, LINO E., *Derecho Procesal Civil*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 287.

Las cuestiones relativas a la secuencia del procedimiento concursal, a sus etapas y a sus plazos, son especialmente sensibles a la celeridad que el legislador ha querido imprimir a estos procesos (49).

Por lo demás, las apelaciones no son esenciales para la validez constitucional de un proceso civil o comercial (50).

El artículo 8 apartado 2 inc. h), de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 14 apartado 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contemplan la garantía de la doble instancia para los imputados en causas penales. La CSJN ha resuelto reiteradamente que la doble instancia no posee jerarquía constitucional, ni es una garantía establecida en el art. 18 de la C.N (51). Y aún después de la reforma constitucional de 1994, la CSJN mantiene la doctrina tradicional de que la doble instancia no es una exigencia constitucional en el proceso civil. La excepción de ello está dada por la hipótesis de la violación del derecho de defensa en el caso de que una de las partes no haya tenido la posibilidad de controvertir la cuestión, o, en casos especiales (medidas cautelares) que no haya sido examinada al menor por el tribunal inferior. También, los procesos en que se afecten derechos de los niños constituyen una clara excepción, por indicación de la C.I.D.H. (Opinión Consultiva 17/02) y expresa exigencia legal (art. 27 de la ley 26.061) (52).

(49) CCCiv. y Com., Rosario, sala I, 1996/3/12, votos Dres. Rouillón y Elena, LA LEY-Litoral, 1998-1, 392.

(50) CS, FALLOS: 305:535. El art. 8, párr. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo exige la doble instancia para los procesos de naturaleza penal, circunscribiéndose para los restantes a ordenar que el interesado sea oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (KIELMANOVICH, JORGE L., *La doble instancia y la Convención Americana sobre derechos humanos*. LA LEY, 2006-C, 964).

(51) FALLOS: 126:114; 138:395; 115:96; y fallos publicados en LA LEY, 93-136: RUBÍN, CARLOS, *El derecho a recurrir y las restricciones a este derecho*. LA LEY-Litoral, 2003, 1160.

(52) IBARLUCÍA, EMILIO A., *¿Es una exigencia constitucional la doble instancia en el proceso civil?*, LA LEY-2010-D, pág. 878. COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1964, págs. 158 y sigtes.

VI.1.2. Excepciones a la regla de inapelabilidad de las resoluciones contempladas expresamente en la ley

El principio genérico de inapelabilidad de las resoluciones concursales no es absoluto.

Ante todo, debe tenerse presente que el artículo 273 LCQ dispone en su encabezamiento que los principios procesales que luego enuncia -como el del inciso 3, que estamos analizando-, se aplican *salvo disposición expresa contraria de esta ley*. Y la propia ley de concursos establece en su texto numerosas excepciones a la regla de inapelabilidad, morigerándola, al admitir este recurso en veinticuatro preceptos (v. gr: arts. 13, 16, 17, 24, etcétera).

VI.1.3. Excepciones a la regla de inapelabilidad de las resoluciones, surgidas de la doctrina y jurisprudencia

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando otras excepciones a la regla de la inapelabilidad, considerando que al ser norma cercenatoria de un recurso ordinario, debe interpretarse restrictivamente.

Son numerosísimos los decisorios que expresan que este principio debe ceder en determinadas situaciones concursales, por lo que, buscando denominadores comunes en los criterios adoptados, podemos resumirlos y clasificarlos expresando que la doctrina judicial y de autores ha considerado admisible el recurso de apelación en los concursos en los siguientes casos:

i) Cuando se trata de resolver una cuestión que no afecta el trámite ordinario del concurso, en cuyo caso no se desvirtúa la *celeridad* concursal que es la *ratio* de la norma que funda la inapelabilidad.

Con encomiable criterio, ha dicho Palacio (53), la jurisprudencia ha atenuado la aparente rigidez del principio consagrado por el inc. 3 del art. 296 (ley 19.551) y ha declarado que el recurso de apelación es admisible cuando se trata de reexaminar cuestiones que no encuadran estrictamente en el orden regular del proceso concursal.

Con las dificultades propias de toda clasificación y agrupamiento y destacando que muchos decisorios invocan en sus fundamentos

(53) Op. cit., t. IX, p. 327. V. la jurisprudencia que se cita en esta página.

más de una causal de excepción, mencionamos en este primer grupo a la siguiente jurisprudencia.

A juicio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (54), la decisión de la Cámara que declara bien denegado el recurso de apelación cuyo problema de fondo involucra la resolución de temas que *exceden los ordinarios o normales del proceso concursal*, proscribiendo con ello el tratamiento -en segunda instancia- de normas federales de orden público, traduce una interpretación y aplicación del artículo 273 inc. 3º de la ley 24.522 que no se compadece con su recto sentido.

La Cámara Civil y Comercial de Rosario, con frondosa reseña de fallos y doctrina, decidió que la regla del citado precepto debe aplicarse cuando: i) no hay norma expresa que imponga la apelación; ii) se trata en el caso de la secuencia ordinaria del proceso concursal principal; iii) y no se ha probado ni invocado perjuicio concreto que funde un gravamen irreparable (55).

Un fallo que contiene no sólo la motivación antes enunciada sino que refiere conjuntamente a las otras dos causales, que luego señalamos, corresponde a la CNCom (56) al resolver la procedencia de una apelación deducida para ponderar la garantía requerida por el art. 226 último párrafo LCQ, de satisfacer gastos causídicos, sosteniendo que el decisorio cuestionado *exorbita el trámite normal del proceso falencial y puede generar agravio material concreto para el apelante, ya que la decisión recurrida podría ser considerada irrazonable y arbitraria ante la hipotética situación de que el impugnante hubiese tenido derecho en su planteo.*

También se sostuvo que *es apelable la resolución que denegó la autorización solicitada por el concursado para pagar créditos con garantía real anteriores a la apertura del concurso preventivo, pues la cuestión debatida no puede ser entendida como propia del trámite ordinario y normal del proceso, y es susceptible de causar un gravamen que comprometa la continuidad del concurso* (57).

(54) CSJN, 10-3-2009, B.1370.XLII. Recurso de hecho, "Brújula Compañía Argentina de Seguros SA s/liquidación judicial forzosa", en Rev.de Der.Privy Común, 2009-1, pág. 712.

(55) CCiv. y Com., Rosario (Santa Fé), sala I, 18-2-2009, Kecedjian, Juan s/quiebra: Zeus, t. 111, Revista nº 9, págs. 484 y sigtes.

(56) CNCom., sala D, 2004/12/23. Romano, Miguel s/quiebra. LA LEY, 2005-D, 314.

(57) CCiv., Com., Rosario, sala II, in re Laromet SA. conc. prev, con comentario favorable de ADOLFO A. N. ROUILLÓN, LA LEY-Litoral-1999, 1012.

Esta motivación fue invocada en el fallo Pleno de la CCiv.Com. de Rosario (58) que declaró apelable la sentencia desestimatoria de la solicitud de quiebra formulada por acreedor porque si bien se procura que los concursos avancen sin las cortapisas que significarían recursos de apelación admisibles contra todas las decisiones dictadas durante el curso de aquéllos, tal directiva general no rige tratándose de decisiones que no hacen al trámite del concurso en sí, ni -menos todavía- cuando ni siquiera hay concurso.

Si la resolución no hace a la vida del proceso sino a su extinción, la regla de la inapelabilidad no tiene en principio justificativo (59).

ii) Si la decisión impugnada constituye un apartamento grave de la ley.

En este caso la regla que consideramos debe ceder pues se trataría de resolución arbitraria, por ende inconstitucional. Sentencia arbitraria, expresa Guastavino (60), es la decisión judicial que no deriva razonadamente del derecho vigente aplicable según las circunstancias comprobadas del caso, de acuerdo con una tradicional fórmula de la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos: 261:209; 274:60; 291:202; 295:535; etcétera).

La sola circunstancia de tratarse de un proceso concursal no puede llevar la regla de la inapelabilidad, efectivamente establecida por el legislador, al extremo de desvirtuar otras garantías del justiciable como es la necesidad de ver satisfecha una acabada defensa de sus derechos. Una razonable inteligencia de la ley impone la necesidad de armonizar el texto legal con su sentido y finalidad práctica, teniendo en cuenta que un excesivo rigor formal en la aplicación normativa, puede conducir a conclusiones antitéticas con la verdad jurídica a dilucidar en grado de apelación; todo lo que revertirá en un inadecuado servicio de justicia, insito en el debido proceso legal (61).

(58) En voto del Dr. Rouillón, LA LEY, 1987-C, 121.

(59) SC. Mendoza, sala I, 2002/08/20. Basile y Pino S. H. y otros.- LA LEY-Gran Cuyo, 2002, p. 889. Y en Suplemento Mensual del Repertorio General de La Ley, diciembre 2002, p. 13.

(60) GUASTAVINO, ELÍAS P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I, p. 513, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1992.

(61) SC. Mendoza, sala I, 2002/08/20. Basile y Pino S. H. y otros. LA LEY-Gran Cuyo, 2002, p. 889.

La sentencia que establece el art. 42 LCQ (de categorización de acreedores), debe considerarse apelable cuando aparece violentada la tésis del instituto en cuyo caso se estará en presencia de una decisión arbitraria (62).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en este sentido en numerosas decisiones (63).

iii) Cuando se trata de dar una interpretación definitiva sobre los alcances de los textos legales, máxime cuando el mantenimiento de lo resuelto puede provocar un gravamen irreparable.

La Corte mendocina sostuvo al respecto que el criterio de restricción apelativa, por su finalidad debe encontrar excepción en los casos en que la decisión que se pretende revisar decida definitivamente sobre aspectos graves en la esfera patrimonial de los protagonistas e irrevisable además por ninguna otra vía (64). Agregando el fallo que debe admitirse la apelabilidad cuando la posibilidad del error judicial resulte un perjuicio cierto irreparable, no remediable en posterior proceso, máxime si no se advierte que la sola concesión del recurso implique un entorpecimiento del trámite concursal.

Así resolvió también la Cámara 2ª de apelaciones en lo civil y comercial de la ciudad de Córdoba (65), reiterando en lo sustancial el criterio que tiene fijado sobre la interpretación de la regla

(62) VAISER, LIDIA, *La categorización de los acreedores en el concurso preventivo. Un camino lleno de espinas*. LA LEY, 2000-F, 1009.- La CNCom., sala B, resolvió en sentido contrario, no obstante que el magistrado concursal impuso oficiosamente modificaciones a la propuesta originaria de categorización formulada por la concursada: RDPr. y C, 2003-3 (Compraventa-I), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 471. V. también el fallo de la CS registrado en LA LEY-2010-B-443.

(63) CSJN: 29/9/2009, Erke SRL s/quiebra s/inc. De rev por Silvotti, Silvano: LA LEY del 11/12/2009, p.7, fallo P-q-S.- 10/20/2009, Sociedad Comercial del Plata SA y otros s/conc. prev, LA LEY del 11/12/2009, pág. 6; LA LEY, del 17/11/2009, pág. 6, con nota de Claudio A. Casadío Martínez; LA LEY del 23/11/2009, p. 10, fallo 114.108, con nota de Francisco Junyent Bas.

(64) SC. Mendoza, sala I, 2002/08/20. Basile y Pino S. H. y otros. LA LEY-Gran Cuyo, 2002, p. 889. Publicado también en el Suplemento Mensual del Repertorio LA LEY, diciembre 2002, p. 14.

(65) C2aCCom., de Córdoba, 2004/12/3-12-, "Jabase, Alba s/recurso directo s/concurso", publicado en RDPr.C, 2005-2, (Contratos de Servicios II), p. 555, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005. En este fallo, la doctora Chiapero de Bas expresó que la inapelabilidad debe ceder cuando corresponde dar una interpretación definitiva sobre los alcances de los textos legales, máxime cuando el manteni-

genérica de inapelabilidad del artículo 273 inc. 3 de la ley 24.522, al sostener que dicho dispositivo debe ceder cuando el decisorio que se impugna es susceptible de afectar la inviolabilidad de la defensa en juicio o de derechos concedidos por normas sustantivas que no pueden ser reparados por pronunciamientos ulteriores del proceso, esto es, que en definitiva sean susceptibles de ocasionar un agravio irreparable para el justiciable.

No obstante que el texto de la ley 24.522 no prevé la apelación de la resolución que tiene por desistido el concurso preventivo por no haberse publicado los edictos en el plazo legal (arts. 27, 28 y 30, LCQ), en interesante fallo se resolvió que corresponde revocar la resolución que tuvo por desistido al concurso preventivo -admitiendo la apelación- si, pese a que los edictos se publicaron tardíamente, ello fue por pocos días, la publicidad cumplió sus efectos y no se evidencia una actitud del concursado de abandonar su proceso preventivo. Agregando los camaristas (66) que *se configuran, entonces, circunstancias similares a las del caso "Fibroeste SRL.", fallado por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza (JA-1991-II-170), cuyas consideraciones expresa: "Es tarea judicial atender a las circunstancias singulares de la realidad de cada proceso, sobre todo el concursal, en el que están comprometidos tantos intereses... Uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma, y su congruencia en el resto del sistema en el que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias".*

Puede verse además la jurisprudencia que en obra conjunta citan Rivera, Roitman y Vítolo (67).

VI.2. El énfasis en las notificaciones automáticas

El régimen concursal de notificaciones contempla a los edictos, pero como modo de hacer conocer muy pocos actos del procedimiento (68), y

miento de lo resuelto puede provocar un agravio de imposible reparación en el curso ulterior del proceso.

(66) Dres. Adolfo A. N. Rouillón y Ricardo A. Silvestri, in re Kovacic, Néstor s/conc. prev., CCiv. y Com., Rosario, sala I, 2000/02/15, LA LEY-Litoral, 2001, p. 354.

(67) RIVERA, JULIO CÉSAR, ROITMAN, HORACIO y VÍTOLO, DANIEL ROQUE, *Ley de concursos y quiebras*, 3ª ed. actualizada, tomo III, I- Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 639 y sigtes.

(68) Así, los edictos ordenados para hacer conocer la apertura concursal (arts. 27 y 28); el mencionado en el artículo 48 o *período de concurrencia*; el que hace conocer la presentación de un acuerdo preventivo extrajudicial (art. 74); el que

refiere a la carta a enviar por el síndico a los acreedores en una sola oportunidad (art. 29).

También prevé la notificación por cédula que, al igual que los modos de notificación antes señalados, es excepcional: sólo para la citación a las partes (69).

En relación con el tema de notificar en estos juicios por medios informáticos o digitales, de especial interés y actualidad, tiene expresado Alegria al estudiar esta cuestión que una primera reflexión consistiría en la urgente necesidad de analizar si en las actuales circunstancias podrían incorporarse normativamente reglas que admitan la comunicación por vía informática en la legislación concursal, anticipando su opinión favorable (70).

Ahora bien. La regla genérica de notificación concursal es la automática o *ministerio legis* (71). El fundamento, como ocurre con otros preceptos procesales, es la celeridad concursal, que surge del presupuesto de la insolvencia. Además, si los actos procesales debiesen notificarse en forma personal o por cédula sería imposible avanzar en un concurso con decenas o centenas de acreedores.

Debe tenerse presente que la regla es aplicable a los plazos judiciales, no a los plazos legales. En estos casos (v. gr., los plazos que hacen a la secuencia del proceso verificadorio), se cuentan desde el día siguiente -art. 24 Cód. Civil-; con algunas excepciones (v. gr., arts. 43, 50, LCQ).

Sin analizar en esta ocasión el funcionamiento de este modo de notificación, nos detendremos brevemente en algunas vicisitudes que consideramos de interés actual.

hace saber la declaración de quiebra (art. 89); y también en el informe final que presenta el síndico en la quiebra (art. 218 inc.4).

(69) Sin desconocer que en los concursos no hay propiamente auténticas *partes procesales*, sino legitimados o interesados, la ley está refiriendo a la *citación* para que comparezca a tomar intervención la sindicatura sorteada en un concurso preventivo, o en una quiebra cuando así correspondiere. Amén de las cédulas ordenadas expresamente en la ley (art. 273 primer párrafo), v. gr.: para que el deudor comparezca ante el pedido de quiebra por acreedor (art. 84), y la notificación del traslado ante la admisión de un incidente (art. 281).

(70) ALEGRIA, HÉCTOR, *Informática y concursos (primeras ideas para un temario)*, LA LEY-2010-C, pág. 776. V. también: MOLINA QUIROGA, EDUARDO, *Ley de expedientes digitales y notificaciones electrónicas judiciales*, LA LEY, diario del 27 de junio de 2011, pág. 1 y sigtes.

(71) El precepto legal, inciso 5 del artículo 273 LCQ, establece que *La citación a las partes se efectúa por cédula; por nota o tácitamente las restantes notificaciones.*

Si el decreto sólo dice *notifíquese*, lo que significa hacerlo conforme a la ley (72), ello no modifica la regla genérica de notificación automática.

Si el juez no ordenó notificar por cédula y no obstante así se efectúa, ello tampoco modifica el régimen de notificación por ministerio de la ley. Sin embargo alguna jurisprudencia ha resuelto que *si se ha optado por este modo de notificación (la cédula), se debe mantener un criterio uniforme para evitar la posible afectación del derecho de defensa* (73).

Cabe preguntar si el magistrado puede ordenar la notificación por cédula cuando la LCQ no lo dispone.

Consideramos que ello debe admitirse en forma excepcional y debidamente justificada, pues el procedimiento está establecido en la ley y por la importancia del tema y las graves consecuencias que derivan en la práctica, debe cuidarse sobremanera no anarquizar el concurso. Sentado ello, la notificación por cédula puede ser el medio válido para que el juez, prudentemente, morigere el peligro de la notificación automática en casos excepcionales y fundados (v.gr., en la etapa de cumplimiento del acuerdo, posterior a la homologación).

La Corte Suprema decidió que (74): *Cuando no se trata del desarrollo del proceso principal sometido al rigor de los estadios que marca la ley concursal, sino de la sentencia final dictada en una*

(72) Cfme: MAURINO, ALBERTO LUIS, *Notificaciones procesales*, Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 88, y en PEYRANO, JORGE W. (director), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. I, ed, Juris, Rosario, 1997, pág. 263. En contra: PALACIO, LINO y ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t.4, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, pág. 245.

(73) Cciv.Com., Santa Fe, sala Primera, in re Pecorari, Alberto s/conc.prev: LA LEY-Litoral, 1999, p. 896. Con criterio aún más amplio sobre el modo de notificación concursal se decidió *anular la resolución que declaró desierto el recurso interpuesto en un incidente concursal con base en que el traslado para expresar agravios se notifica automáticamente, omitiendo aplicar por remisión el art. 62 inc. 2 del CPCC (de Santa Fe), pues al escoger la regla de la notificación automática, no optó por la alternativa que en el caso -por tratarse de la notificación de una de las etapas fundamentales del incidente- mejor resguardaba el derecho de defensa* (CS, de Santa Fe, 2004-08-25. Dirección Gral. Impositiva s/rec.rev. en Ingeniero Spirandelli SCA s/conc.prev. LA LEY-Litoral-2004, p. 1210).

(74) CSJN, Banco Mesopotámico Cooperativo Limitado s/quiebra, 28 de junio de 1994, LA LEY-1995-E, pág. 37.

tercera instancia sobre la regulación de honorarios de uno de los profesionales intervinientes, en tal situación corresponde privilegiar la forma de notificación propia de las sentencias definitivas.

Consideramos correcto el criterio sustentado por la Corte mendocina en esta cuestión (75), al expresar: La interpretación sistemática de los textos concursales lleva a la conclusión de que la notificación por cédula es procedente siempre que exista disposición expresa en la ley, decisión judicial que así lo disponga (76), o que la notificación automática o por ministerio de la ley pueda implicar un quebrantamiento constitucional de la defensa en juicio, situación que debe acreditarse de modo manifiesto (77). Y agrega el fallo: Es verdad que con fundamento en el derecho de defensa en juicio lo relativo a las notificaciones tácitas debe ser de interpretación restrictiva. Pero este principio rige para aquellos supuestos en que existen dudas razonables; al resolver este tipo de problemas es recomendable adscribir a un criterio circunstancial, casuístico, flexible, con el fin de compatibilizar una más acelerada y económica tramitación de la causa con el derecho de defensa. Si en el caso a resolver las dudas no existen ni respecto de las normas, ni de las circunstancias fácticas que han motivado el decisorio, nada autoriza al juez a dejar de lado la disposición legal.

VI.3. La caducidad de instancia a los tres meses en todas las instancias y para todos los sujetos

Otra regla del derecho procesal concursal que evidencia cómo su normativa se aparta en gran medida del derecho procesal común

(75) SC de Mendoza, sala I, Civil y Com., 24/07/2001, Club Y.P.F., publicado en LA LEY-Gran Cuyo, 2001, p. 802, primer voto de KEMELMAJER de CARLUCCI, AÍDA. En similar sentido, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, autos Giagante, Alfredo s/concurso preventivo (hoy quiebra), s/recurso de queja, del 26/2/2009, I.J. Editores, Newsletter Semanal, Derecho Concursal, 11/3/2009. V. RIBICHINI, Guillermo Emilio, *Alcance del artículo 296 inciso 5º -ahora artículo 273 inciso 5º- de la ley de concursos y los "actos propios" del tribunal*, en Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales. Concursos y Quiebras, ANAYA, JAIME I. y ALEGRIA, HÉCTOR, Directores, LA LEY, t. I, Bs. As., 2008, pág. 425.

(76) Consideramos que tal decisión judicial debe adecuarse a lo que expresáramos en el párrafo anterior.

(77) Dice también el decisorio de la CS de Mendoza: Esta última situación no se da en los casos en que los incidentes hayan tramitado normalmente. Por eso, la sentencia que recae en un incidente se notifica, en principio, automáticamente.

a los demás juicios civiles y comerciales es la que dispone que la perención de instancia opera a los tres meses (78), integrando así la *peligrosa tríada de las reglas procesales concursales*, en particular cuando el plazo previsto por la legislación ritual local para declarar de este modo la terminación del proceso es notoriamente mayor (79).

Consideramos de interés señalar en este tema varios aspectos.

VI.3.1. *Incaducidad de la instancia en el concurso*

La perención de instancia, o con mayor propiedad la caducidad de instancia, no opera en el proceso concursal principal o concurso en sí.

El motivo es el carácter predominantemente inquisitivo del concurso, ya señalado, por la existencia de intereses públicos, generales o sociales que impiden que se produzca este modo de extinción del proceso en el trámite del concurso preventivo, de la quiebra, y también del acuerdo preventivo extrajudicial una vez ordenada la publicación de edictos.

VI.3.2. *Caducidad de la instancia en las demás actuaciones*

Pero en *todas* las demás actuaciones, incidentales o no, en cualquier instancia, sin distinguir quién las hubiere promovido (síncico, deudor concursado, acreedor o tercero interesado), o si es un crédito laboral (80), la perención de instancia se opera a los tres meses (81).

(78) El art. 277 de la LCQ dice textualmente: *No perime la instancia en el concurso. En todas las demás actuaciones, y en cualquier instancia, la perención se opera a los tres (3) meses.*

(79) V.gr., el CPCC de Santa Fe dispone que la caducidad de la instancia se produce al año (art. 232).- En el CPCC de la Nación (art. 310) la caducidad de la instancia se produce, cuando no se hubiese instado su curso en primera o única instancia, a los seis meses (a los tres meses en segunda o ulterior instancia). Las Provincias que siguen la orientación del código nacional tienen plazos similares.

(80) En un concurso en el que un acreedor laboral solicitó la verificación de su crédito proveniente de una sentencia firme, el concursado acusó la caducidad de instancia, que fue admitida por el juez. La alzada por mayoría confirmó lo resuelto: CNCom., sala C, 2002/09/27, "Bilbao, Maximiliano O. s/incidente de pronto pago en: Laveno SA", LA LEY, 2003-D, 750.- La sala D, de la CNCom., in re: "Empesur SA s/quiebra s/incidente de verif. promov. por: D y K, Elio F", también había resuelto que: *La verificación de créditos laborales no ha sido exceptuada del régimen general de caducidad de instancia: LA LEY, 1996-A, 147.-*

(81) La CS, decidió: "Encontrándose vencidos los plazos previstos por la ley sin que mediara actividad impulsiva útil por el obligado a ello, antes de que la

El precepto en su texto originario impedía declarar la caducidad en los incidentes promovidos por el síndico. Por lo cual se expresó (82) que esta desigualdad a favor del síndico no tenía justificación y más aún llevaba a la desesperación a los demandados por el síndico en acciones revocatorias concursales, acciones de responsabilidad y procesos de extensión de quiebra pues la incuria de este funcionario hacía que durasen años y los tribunales hesitaban sobre la procedencia o no de la perención en esos juicios, lo que fue modificado sustancialmente por la norma actual.

VI.3.3. Caducidad de instancia de seis meses

También debe tenerse presente que el breve plazo de tres meses dispuesto por la ley concursal para instar el trámite evitando la declaración de perención de instancia se extiende a seis meses en las actuaciones relativas a la revocatoria o inoponibilidad concursal (art. 119 *in fine*, LCQ), extensión de la quiebra (art. 164, LCQ), y responsabilidad de terceros (art. 174, LCQ).

VI.3.4. Declaración de oficio de la caducidad de instancia

La declaración de caducidad de la instancia puede ser declarada de oficio.

Pero una cosa es que la caducidad pueda ser declarada de oficio y otra que ella se produzca de pleno derecho, por el mero transcurso del tiempo. Para que opere la caducidad de la instancia es necesario: 1) el transcurso del plazo legal previsto (art. 277 de la ley 24.522), sin que se haya realizado actividad procesal eficaz, y 2) la declaración jurisdiccional ya que el carácter de tal resolución es así constitutivo (83).

caducidad operara y fuera acusada por la contraparte, constituye una pretensión indebida requerir que la presentación tardía y no consentida de la petición hábil -en el caso, pedir que se ordene la producción de pruebas en un incidente de revisión concursal-, pueda ser admitida como válida a los fines de interrumpir plazos ya vencidos, cuando sólo se hallaba pendiente la resolución que declarara tal caducidad (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo): CS, 2005/11/25, Aceros Zapla SA. s/conc. Preventivo, LA LEY, 2006-B, 293.

(82) RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Concursal*. 2ª ed., t. I, p. 265, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

(83) C2a. CC Córdoba, septiembre 12-997. Varisco, Mario A, LA LEY-Córdoba, 1998-723.- En ocasión de uniformar jurisprudencia antagónica, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba reiteró su invariable doctrina en materia de perención de instancia y en la causa "Ampara SACIF s/quiebra pedida s/recurso de

VI.3.5. Caducidad de instancia en el trámite previo a la apertura concursal

Los procedimientos previos a la apertura concursal (p.ej., pedido de quiebra formulado por acreedor), según opinión jurisprudencial prevaleciente hasta ahora (84), son susceptibles de concluir por caducidad preconcursal (85). La perención de instancia en el juicio de antequiebra se admite cada vez más (86).

El segundo interrogante en esta cuestión es el relativo al plazo de la perención. Coincidimos con la respuesta dada por la Suprema Corte de Mendoza al decir que en la instancia abierta con la petición de quiebra es procedente la aplicación del artículo 277 de la LCQ. El fallo expresa lo siguiente: La cuestión, que pudo ser dudosa antes de la ley 24.522, ha quedado aclarada con el nuevo artículo 277. El artículo 300 de la ley 19.551 decía: "No caduca la instancia en el trámite del concurso". El nuevo texto, en cambio, sencillamente norma: "No perime la instancia *en el concurso*. En todas las demás actuaciones, y en cualquier instancia, la perención se opera a

casación", decidió que si bien en los supuestos del art. 277 LCQ el órgano judicial puede declarar por propia iniciativa (*ex officio*) la caducidad de la instancia luego de transcurrido el plazo legal, no lo podrá hacer una vez que se impulsare el procedimiento y la actividad fuere consentida (TSJ de Córdoba, Sala Civil y Com., A. I. N° 249, 24/9/2003; Rev. De Derecho Privado y Comunitario, 2003-3, Compraventa-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 465).- Cfr., DE FRANCESCO, JERÓNIMO M. Y VILLOLDO, MARCELO. *Régimen procesal de la caducidad de instancia en las contiendas concursales. Con especial referencia al régimen instaurado en la provincia de Buenos Aires con el dictado de la ley 12357*. Publicado en "Práctica y Actualidad Concursal" (P.A.C.), boletín I, octubre del 2005, p.2.

(84) CNCom., sala A, 2000/02/07, Severino, Juan C. s/Pide la quiebra a Grinfelds, Carlos, LA LEY, 2000-E, 928, n° 26.- CCC. Rosario, sala III, in re "Sucesión Tagli, Ángel José s/quiebra".- CCC. Rosario, sala IV, 2000/05/18, in re: Gueiler, Atilio E., LA LEY-Litoral, 2000, 1278.- CCC. Santa Fe, sala I, 1999/06/02, Versalles Alimentos Congelados SA c. Alimentos Congelados SA, LA LEY, 2000-E, 928, n° 25, y en LA LEY-Litoral, 2000, Jurisprudencia 130. CNCom., in re: Uría, Sergio H s/pedido de quiebra por Rotaund SRL, 01/3/2011, publicado en Newsletter Quincenal, Derecho Concursal, IJ editores, 27 de julio de 2011.

(85) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*. op. cit, 15ª.ed., p. 389.

(86) MAFFÍA, OSVALDO J., *La sentencia constitutiva de la quiebra y el inicio del proceso falencial*. LA LEY, 2005-F, 912.- Como no existe juicio de concurso hasta que se haya dictado la sentencia por el órgano judicial de apertura de la quiebra, es susceptible de ser alcanzada por el pedido de caducidad de la instancia la petición encaminada a que aquélla se declare: CNCom., sala A, LA LEY-975-A, 401, en cita de PALACIO, LINO E., op. cit, t. IX, p.333, nota 329.

los tres meses". Los vocablos usados en el texto nuevo (*todas las demás actuaciones*), no contenidos en la redacción anterior, son lo suficientemente amplios para incluir la etapa preconcursal, desde que no se le puede negar el carácter de *actuaciones* (87).

Por lo demás, tal criterio se adecua al orden de prelación que debe observarse en las cuestiones de procedimiento que se presentan en los juicios concursales (ver supra: *Estructura de la materia procesal en el régimen legal de los concursos*), donde resaltamos, con los alcances allí expresados, la preeminencia de las normas procesales contenidas en la legislación concursal por sobre los preceptos de rito locales.

VI.3.6. *Cómputo de los plazos en la caducidad de instancia.*

El cómputo de los plazos de caducidad sí se hace conforme a las leyes procesales del lugar del concurso (art. 278, LCQ) o, en defecto de solución en el respectivo código ritual, según las normas de contar los plazos en meses establecidos por los arts. 25 y 26 del Código Civil (88).

Para saber cómo se cuenta el plazo de tres meses debe acudir a las normas procesales de la ley del lugar del juicio porque el art. 273 inc.2 de la ley concursal que establece que en los plazos se computan los *días hábiles judiciales*, refiere a los plazos *de días*, y no a los plazos *de meses o de años* (89).

(87) Agrega el decisorio: *El plazo breve previsto en la ley concursal facilita el pleno desenvolvimiento de las empresas económicamente viables. Los pedidos de quiebra que permanecen por un tiempo prolongado sin resolverse perjudican al empresario, que no puede desarrollar su actividad comercial en plenitud, no sólo por las medidas precautorias previstas en el art. 85, sino por la consabida repercusión que en el ámbito económico y financiero trae aparejado un supuesto estado de cesación de pagos*: SCJ de Mendoza, sala 1ª, 23-10-2002, "Prinze SA en j.14.171/37.891. Prinze SA p/Quiebra s/Cas": V. Selección de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en "Concursos" (Director del área: ROITMAN, HORACIO, Colaborador: DI TULLIO, JOSÉ ANTONIO), R. Der. Priv. y Comunitario, 2002-3, p. 538/9, "Concursos-I", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, donde también se hace referencia a una amplia bibliografía.

(88) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *Régimen de concursos y quiebras*. op. cit, 15ª ed., p. 389.

(89) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *¿Cómo se cuentan los plazos de perención de instancia en actuaciones concursales?* LA LEY-Litoral, 1997, 564. Agrega el autor: Sostener lo contrario supondría un verdadero rompecabezas, pues computar en los plazos de meses o años sólo los días "hábiles judiciales" llevaría a conflictos

Pero las leyes procesales locales difieren entre sí, v. gr.: al incluir o excluir del plazo de caducidad a las ferias judiciales (90) (o, como sucede en la provincia de Buenos Aires, con el régimen instaurado con la ley 12.357 (91)), lo que provoca que en esta cuestión las decisiones judiciales no coincidan (92), y sea aconsejable contemplar en una

de muy difícil solución. Así: ¿cuándo empieza y cuándo termina un año de días hábiles judiciales? ¿Cuántos días tendría un mes de días hábiles judiciales?

(90) El CPCC de la Nación expresa que los plazos para que opere la caducidad correrán durante los días inhábiles, salvo los que correspondan a las ferias judiciales (art. 311), norma ausente en otros códigos procesales.

(91) La ley 12.357 de la provincia de Buenos Aires requiere, ante el acuse de caducidad de la instancia, que previamente se intime a continuar el trámite a quien tiene a su cargo el impulso procesal, correspondiendo la declaración de perención si éste no demuestra su intención de continuarlo. Dicen al respecto JERÓNIMO M. De FRANCESCO y MARCELO VILLOLDO (*Régimen procesal de la caducidad de instancia en las contiendas concursales. Con especial referencia al régimen instaurado en la provincia de Buenos Aires con el dictado de la ley 12357*; publicado en "Práctica y Actualidad Concursal", boletín I, octubre de 2005), "que debe descartarse la aplicación de dicha normativa pues en este régimen procesal la caducidad de la instancia no opera a los tres meses sino con posterioridad, en el momento en el que el actor, intimado a manifestar su intención de continuar el trámite y realizar un acto impulsorio, no cumple con tal carga".

(92) "En el régimen procesal vigente en la Provincia de Santa Fe, supletoriamente aplicable en materia concursal por vía del art. 278 de la ley 24.522, la feria judicial no impide que durante su lapso corran los términos de caducidad (art. 232, Cód. Procesal local)": CCiv., y Com. Rosario, sala I, setiembre 1-1998, Cartán SA. conc. prev., hoy quiebra; primer voto Dr. Rouillón, LA LEY-Litoral, 1999, 366.- *Los días inhábiles correspondientes a las ferias judiciales no son deducibles del plazo trimestral de caducidad aplicable al pedido de quiebra por acreedor, pues en la materia es subsidiariamente aplicable el art. 232 del Cód. Procesal de Santa Fe que manda contar los días inhábiles en los plazos procesales expresados en meses*: CCom., de Santa Fe, sala I, 1999/06/02, Versalles Alimentos Congelados SA c. Alimentos Congelados SA., LA LEY-Litoral-2000, J-130.- La sala II de la misma CC. Com., de Santa Fe se pronunció, por mayoría, en sentido contrario: *Los plazos de caducidad de la instancia no corren durante las ferias judiciales*: 1997/12/05, Banco Francés del Río de la Plata SA c. Insumos Litoral SRL, LA LEY-Litoral, 1997, p. 563; con comentario de ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *¿Cómo se cuentan los plazos de perención de instancia de las actuaciones concursales?*, sosteniendo la solución opuesta.- "Cabe desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia que hizo lugar al planteo de caducidad de instancia al admitir la inclusión de la feria judicial en el cómputo de dicho plazo..., toda vez que no se da un supuesto de arbitrariedad de sentencia..." (ST Chaco, sala I, 2004/11/30, González de Miño, Rosalía B. C. Carballo, Dante A. y/u otros; LA LEY-Litoral, 2005, 457).

próxima reforma legislativa concursal la previsión expresa de una regla sobre el cómputo de los plazos procesales de *meses* (93).



(93) ROUILLÓN, ADOLFO A. N., *¿Cómo se cuentan....?* op. cit. en nota anterior, p. 565.



NEGOCIOS, MEDICINA Y DERECHO

POR MIGUEL PIEDECASAS

I. PLANTEO

El presente análisis está dirigido a desarrollar y poner en tensión los conceptos y principios jurídicos, que se relacionan con el negocio médico privado.

La salud se ha convertido en una de las cuestiones que mayor atención ha recibido en el ámbito jurídico nacional e internacional.

En paralelo, la atención de la salud se ha materializado en un negocio a cargo de empresas privadas, en forma conjunta o en ámbitos comunes con el estado o sistemas mixtos.

Para realizar este negocio, la empresa privada, organizada bajo las modalidades tradicionales societarias y mediante la utilización de formulas contractuales clásicas, a debido enfrentar una serie de cuestionamientos sobre la validez y alcance de estas instituciones (sociedad y contrato), al momento de resolver los conflictos derivados de la implementación del denominado servicio de salud.

La confrontación de la "libertad de empresa" y la "autonomía contractual" en el ámbito de los negocios médicos, nos a deparado un debate profundo sobre la naturaleza misma del derecho comercial y su actualidad frente a la creciente importancia en la sociedad moderna del derecho a la vida y a la salud, en particular.

La función de la empresa y del contrato en esta realidad, es el objeto principal de esta labor.

Ello nos obliga a contemplar la complejidad normativa; la incidencia de las normas constitucionales e internacionales;

la penetración del derecho del consumidor y la construcción jurisprudencial de la Corte Nacional, que expresa o implícitamente a dado respuesta a diversos planteos, pero además nos ha permitido observar que subyace un debate estructural sobre la función de la empresa y del contrato en la sociedad actual y frente a los derechos fundamentales de las personas, que según nuestra interpretación es de los más importantes que está dirimiendo nuestra sociedad.

II. APROXIMACIÓN

Las relaciones (e interacción) entre las bases económico/financieras de los negocios; con los contratos que establecen las prestaciones de las partes; el rol del estado en la regulación y control de estas relaciones, la ley y la jurisprudencia como construcciones de decisiones y los derechos fundamentales de las personas, se han convertido en una de las situaciones que mayor debate genera en nuestra comunidad.

La confrontación de la estructura clásica del derecho comercial y de los contratos, con la fuerte irrupción de los derechos fundamentales de las personas, en sus diversas manifestaciones, es una de las notas caracterizantes de este tiempo del derecho.

Esta cuestión viene ocupando y preocupando al jurista y a todos aquellos que pretenden una sociedad más cercana a la dignidad humana.

Ello implica una apertura intelectual inicial marcada por las realidades negociales que sirven de base, también al desarrollo social.

De manera tal que bien vale señalar que dentro de nuestro esquema de desarrollo, pondremos en juego, equilibrado, razonable y adecuado, los conceptos de sistema, empresa, negocio, contrato y derechos fundamentales, que son algunos de los aspectos que se encuentran en juego en el SMP (sistema médico privado) y su aplicabilidad y eficacia práctica.

Desde nuestra perspectiva, la salud de las personas, es atendida a través de un sistema que se asienta sobre diversas bases, entre ellas, la económico/financiera, de captación de capitales, gestión de los mismos y aplicación prestacional de sus

resultados, para la atención de las afectaciones de la salud de las personas.

La empresa, privada o pública, resultan ser los gestores del sistema.

El contrato, la herramienta formal para ingresar, con determinados grados de seguridad y certeza, al sistema.

El negocio (desde la parcela privada del sistema de salud), constituye el fin económico financiero del sistema y del contrato, manifestado en la renta empresarial y la atención eficiente de los problemas que afectan a las personas a través de efectores determinados.

Los derechos fundamentales en juego, son la salud, la vida, la dignidad de las personas, que siempre se encuentran involucradas en estas áreas de alta sensibilidad social que se trasunta o refleja en los accidentes o enfermedades que la afectan, y que constituyen los fines humanos supravalecientes del sistema, del negocio y del contrato.

Por ende, en las situaciones de crisis o "fallas" del sistema, la resolución última, en el SMP, deben ser absorbidas por el propio sistema o bien por la seguridad social, pero nunca por la persona/paciente.

En la actual etapa de las relaciones jurídicas mercantiles, se observa un debate fundamental que enfrenta a las estructuras jurídicas tradicionales con conceptos, derechos, principios y garantías que antes no tenían para el interprete/operador, el alcance, las connotaciones y los efectos que actualmente se le otorga a estos.

El negocio subyacente, el contrato, y los derechos fundamentales suelen ponerse en pugna, en situaciones concretas como puede ocurrir en el campo de la medicina prepaga (en particular y de la medicina en general).

Ello ha obligado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular y a los demás tribunales, en general a expedirse y tomar postura acerca de esta nueva situación, lo que representa una de las más importantes transformaciones (desafíos) en el ámbito del derecho argentino.

Estamos obligados a reexaminar conceptos jurídicos fundamentales y a tomar posición ideológica, política, filosófica y jurídica, clara y sin "representaciones" (máscaras de conveniencia), frente a esta nueva situación social.

Se ingresa así, en la búsqueda del difícil equilibrio entre la realidad negocial y la realización (y no la negación, desvirtuación o eliminación) a través de ella de los derechos fundamentales.

No cabe ninguna duda de que el SMP y en particular en el ámbito de las EMP, se inserta en esta problemática.

III. DEBATES SUBYACENTES

Este escenario nos ofrece una serie de debates que resulta necesario abordar para dar respuesta, variable y no unívoca, a las diversas cuestiones que se pueden plantear.

Los negocios multitudinarios, ofrecen un esquema de base, que es necesariamente económico/financiero, concebido bajo la forma y organización de sistema; ya que de lo contrario, la contratación individual como manifestación concreta carecería de sustento.

La relación entre el sistema y el contrato, manifestación de este, requiere de la elaboración de los elementos del contrato en base a presupuestos económicos y financieros y ecuaciones estadísticas y de probabilidades que deben respetarse para asegurar la viabilidad del sistema y del negocio.

El manejo de grandes masas de capital, su incidencia en la economía real, la administración negocial de derechos fundamentales de las personas, por parte de las empresas, revitaliza el debate sobre la función de la empresa en la sociedad y se advierten nomencladores referidos a "utilidad social"; "función social" o como lo ha denominado la CSJN; "compromiso social" de estas empresas.

Se advierte la incidencia de normas constitucionales y de Tratados internacionales, operando directamente en las relaciones comerciales que tienen como contenido derechos fundamentales de las personas.

Se resalta la función de la ley, regulando contenidos contractuales y la creación jurisprudencial de derecho, para dar

solución concreta a problemas importantes y urgentes de estos derechos fundamentales en juego.

Ello dá lugar a una etapa posterior que es de fuerte normativización infralegal y multitudinaria de los contratos comerciales, como ocurre en el campo del seguro, bancario y de la salud.

La participación e intervención del estado en la determinación del contenido de los contratos, resulta ser una nota frecuente, en pos de una garantía de resguardo de los derechos de las personas.

La revitalización de los límites tradicionales sobre el actuar negocial, como el derecho de la competencia y de la lealtad, combinado con los nuevos límites, reflejos de paradigmas actuales como los derechos del consumidor y el respeto del ambiente y la salud y la vida digna de las personas.

Ello acarreado la mayor "complejidad" de la decisión empresarial, que requiere un grado de conocimiento y manejo profesional del mercado, que no se logra con el mero hecho de un correcto actuar en base a usos y costumbres.

Las contrataciones obligatorias, la reformulación de los efectos del contrato; el daño punitivo como corrector de conductas empresariales no permitidas; la ampliación de los legitimados para reclamar por los derechos derivados del contrato; los efectos expansivos de la justicia colectiva, marca un escenario ciertamente nuevo y cambiante, que tiene como norte una fuerte penetración de los derechos fundamentales en la decisión negocial.

La concepción de la responsabilidad empresarial, superando los límites de la responsabilidad civil clásica y fundada, en nuevos conceptos jurídicos fundamentales como el de "organización", la "información" como valor fundamental; la "seguridad" como débito exigible, que han llevado los límites hasta extremos que antes no se concebían como posibles.

Este escenario a dado lugar a una corriente de interpretación y decisión que se la denomina el "humanismo negocial" y que puede sintetizar con claridad la etapa que vive actualmente la parcela del derecho regulador de los negocios.

IV. LA SALUD COMO OBJETO DE NEGOCIOS COMERCIALES

Es realmente importante interrogarse acerca de si la salud puede ser considerada objeto y fin de negocios comerciales.

La respuesta positiva surge de la realidad de diversos países.

La respuesta negativa surge de la realidad de algunos países.

La salud, directamente emparentada con el derecho a la vida digna, que las constituciones de todos los estados reconocen, debe ser garantizada por estos a cada uno de sus ciudadanos y en mejor sentido, a cada una de las personas del mundo.

Ello es innegable.

Ahora bien, no es sencillo hacerlo.

La atención de la salud, bajo la óptica del mero análisis económico, tiene un costo elevado.

La sociedad humana debe imaginar las diversas maneras de asumir ese costo para lograr la realización de este derecho.

De allí, la generación de diversos sistemas para intentarlo. La atención por el estado; por organizaciones y sistemas mixtos y por empresas privadas.

En la actualidad se observa que el "piso" del servicio de salud es garantizado por el estado y así debe serlo (a través de sistemas sociales de previsión, de atención y del propio servicio público).

Todas las personas del mundo deben tener garantizado un derecho a un servicio de salud digno y adecuado.

De allí en más comienzan a desarrollarse "frangas negociales" que son asumidas por organizaciones empresariales privadas o mixtas o de naturaleza compleja.

Dos que han llamado particularmente la atención por su desarrollo y crecimiento son los denominados "seguros de salud" y la "medicina prepaga".

Cuando referenciamos al seguro de salud lo estamos haciendo en relación al contrato de seguro privado, que tiene por objeto la cobertura de un determinado siniestro y hasta un monto limitado. No debe confundirse con el seguro de salud en general

que es un sistema de origen legal, público y al cual se integran las empresas de medicina de una manera particular.

Un negocio sumamente interesante, que no ofrece complejidades jurídicas, por lo menos hasta el momento.

La otra manifestación es el negocio médico prepago.

La idea base negocial es lograr una gran masa de dinero a través de pequeñas aportaciones de los asociados/afiliados/partes contractuales; administrarlo eficazmente y al momento de ser necesario prestar un servicio de salud adecuado.

Sociedades anónimas (especialmente) y contratos predispuestos y de adhesión fueron los instrumentos jurídicos utilizados para llevar adelante este negocio.

Los presupuestos económicos se construyeron en base a un sistema estadístico similar al del seguro.

La justicia validó la licitud de este negocio que tiene como objeto la salud, lo que dá respuesta a nuestro interrogante inicial.

No existe ningún impedimento para no permitir que se lleve adelante esta clase de negocios.

La dimensión adquirida y los conflictos que se han suscitado, a llevado a que en diversos países, de una manera u otra se regule la actividad de las empresas de medicina prepaga. Ello acaeció en la Argentina, a través de la ley 26.682.

V. DIMENSIONES ECONÓMICAS DEL NEGOCIO

El sistema de salud compromete una parte importante de los recursos económicos de la sociedad.

Existen diversos estudios que así lo demuestran.

Sin embargo, este análisis debe realizarse cuidadosamente, en virtud de que en él participan distintos operadores, factores y elementos.

La complejidad estructural del servicio de salud en una sociedad es una de las notas que no puede pasar desapercibida.

Esta complejidad se traslada al planteo negocial.

Las empresas que adoptan la postura de asumir esta clase de negocios, requieren de una base estadística certera y de una infraestructura especial, desde todo punto de vista.

Esta es una de las cuestiones centrales.

No se trata de cualquier organización empresarial; sino de una clase de estas, de gran complejidad.

La atención de la salud es compleja.

El financiamiento de la salud es complejo.

Por ende, los mecanismos empresariales y comerciales, resultarán complejos, como consecuencia necesaria.

La atención de la salud se materializa a través de distintos agentes.

Un primer sector posee atención privada especial.

Un segundo sector es atendido por empresas médicas privadas.

Un tercer segmento es objeto de la atención de las Obras Sociales.

Un cuarto componente poblacional, es atendido a través de los Hospitales o servicios públicos.

Todos los componentes del sistema interactúan de diversas maneras.

Se complementan, se superponen, se derivan y entre ellos, el médico participa de diversos segmentos.

En este escenario, las empresas médicas privadas, atienden a un 10% estimado de la población total del país.

El servicio tiene localizaciones geográficas determinadas (Capital federal, Buenos Aires, Santa Fe, Rosario, Córdoba y Mendoza) y un número de cinco empresas sobre 300 aproximadas que se han relevado, controlan el 75% del mercado.

Su componente de afiliados o clientes, sigue siendo de personas de ingresos medios o altos.

La relación con las Obras sociales se ha hecho más importante y se combinan con figuras asegurativas, como las del seguro de asistencia o el seguro de salud privado.

El gasto en salud, de la RA, es de los más altos de la región y se estimó en U\$S 658 por persona en el año 2009 y la participación de este rubro en el PBI, del 9,6% es equiparable a los de los países desarrollados.

La medicina privada absorbe el 3,3% del PBI.

En 2009, manejaron una suma aproximada a \$ 12.807 millones.

La tendencia a la captación de mayor cantidad de personas, por parte de las empresas de medicina prepaga se mantiene.

Estamos en presencia de un mercado de importancia millonaria, complejo y altamente regulado, según nuestro análisis comparativo con otros segmentos de los negocios en general.

VI. DIMENSIÓN NORMATIVA DEL NEGOCIO

Este segmento del mercado y de los negocios posee una regulación importante y diversa.

No estamos en presencia de un mercado desregulado.

Ciertamente, la perspectiva constitucional debería desarrollarse en normas expresas que no están contenidas en nuestra constitución.

Pero, en el plano legal, encontramos diversas normas que se refieren al sistema de salud, al ejercicio de la medicina, a los derechos de los pacientes, a sectores especiales de la salud y también al negocio de la medicina prepaga.

En este aspecto es necesario destacar la presencia de normas constitucionales y de los tratados Internacionales incorporados a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que inciden fuertemente en las decisiones judiciales y que es la base de inicio al momento de construir el "iter" normativo del caso o de la interpretación del mismo.

Entre otras tantas leyes podemos señalar la 19.032 (INSSJP); 23.660 (OS); 23.661(SNSS); 23.798 (SIDA); 24.754(PO); 24.901 (PD); 25.649 (DP); 25.673 (SS y PR); 25.869 (H); 26.279 (SPRN); 26. 283(

OT); 26.378 (PD); 26.588 (C); 26.657 (SM); 26.689 (SP) y la especial de Medicina Prepaga 26.682 y toda la posterior reglamentación de dicha ley, en particular el decreto 1993/2011.

Ahora bien, este entramado normativo penetra el negocio comercial, lo particulariza, limita y le hace producir determinadas consecuencias que deben ser correctamente analizadas para evitar los conflictos que parten del desconocimiento de la complejidad del negocio y de su particular estructura normativa de soporte.

La pregunta base es si esta regulación era necesaria y si perturba o no el negocio en su estructura económica y financiera.

La respuesta se impone a favor de la regulación por estar frente a un segmento negocial que se pone en contacto con valores y derechos fundamentales de las personas como lo son la vida y la salud de las mismas.

En referencia a la ley 26.682, se debe señalar que la misma es de orden público, y de carácter nacional.

Su calidad imperativa, hace que sea insoslayable su aplicación.

En relación a este último aspecto, se señala que el nuevo régimen no implicará menoscabo para los contratos en vigencia respecto de los usuarios, pero queda abierto el planteo respecto de la posibilidad de que los beneficios operen en forma inmediata.

Es preciso señalar otra cuestión que es relevante en la etapa actual de la forma o modo de legislar y es la que está dada por la frondosa reglamentación que proviene del poder administrador y que en muchos casos desvirtúa, atenúa o tergiversa lo dispuesto por la norma de orden o rango legal. Se marca la fuerte presencia jurigenética del poder administrador, lo que toca límites constitucionales sobre la función de cada una de las manifestaciones del estado.

VII. EL MERCADO Y LA EMPRESA

Resulta necesario analizar los conceptos de empresa, mercado y contrato, en el marco del mundo actual de los negocios, consumidores y derechos fundamentales.

Estamos obligados (como siempre) a repensar la función de la empresa en la sociedad.

Partimos de la idea de que no existen mercados sin reglas; por lo menos en este momento social determinado, en que se realiza el presente análisis.

Asimismo, podríamos afirmar, desde nuestra óptica, que si bien el principio socio-constitucional es el de la libertad de comercio y asociación con fines de lucro (en el ámbito mercantil/negocial), el empresario y su organización no escapan (ni podrían ni deberían hacerlo), a los paradigmas éticos y jurídicos de nuestra Constitución (sociedad local) de los Tratados Internacionales (sociedad mundial o universal), que son las/los que configuran un marco contextual normativo adecuado para la materialización e interpretación, de las actividades negociales.

El ámbito negocial tiene reglas que emanan de la Constitución, de los Tratados Internacionales y de las propias reglas imperativas de la sociedad local, como lo pueden ser la ley de defensa de la competencia, la ley de defensa de los consumidores, la ley de protección al ambiente, la ley de lealtad comercial y otras tantas que establecen los parámetros o paradigmas sociales en base a los cuales se debe pensar y desarrollar la actividad comercial.

Rápidamente estos paradigmas/principios, pueden identificarse (entre otros), como a) la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona por sobre otro cualquier otro principio o derecho; b) la libre concurrencia, sin restricciones, distorsiones ni abusos, y con funcionalidad social c) la articulación funcional entre ambos principios, siempre en pos de la realización de la persona humana en dignidad y sin demedro de sus derechos fundamentales.

Cabría afirmar que el rol de la empresa en la sociedad, es materia de debate, discusión y decisión del componente humano de esa sociedad, y que estas definiciones de todos (y no solo de determinados grupos de intereses o poder), deben tomarse en los ámbitos sociales adecuados.

Resulta entonces, de sumo acierto la frase de Galgano, al sostener que estas definiciones sobre el rol de la empresa, del empresario y de las reglas de los mercados, deben adoptarse "en aplicación de la constitución; funcionalizada con arreglo

a la utilidad social, en forma efectiva y democrática, siendo su condición formal, la ley y su sede constitucional, la asamblea legislativa y en amplio debate frente al país y en confrontación dialéctica entre todas las fuerzas políticas". (Galgano, Francesco "Derecho Comercial", Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999, página 126)

Ello garantiza la amplia participación de todos los componentes de la sociedad, en sus multiformes manifestaciones, y en búsqueda de una síntesis que garantice los principios que la sociedad considera prevalentes y la continuidad del desarrollo económico en ese marco y contexto de situación/decisión.

Claro, que no siempre la ley lograda resulta razonable, equilibrada y adecuada a las circunstancias de tiempo y lugar y con debida ponderación de los valores en juego.

El análisis de la ley 26.682, permitirá determinar si ello ocurrió o no.

Desde otra perspectiva, es importante el manejo de un nuevo concepto referido a las denominadas "empresas sociales", o sea aquellas estructuras empresariales donde prevalecen las consideraciones sociales por sobre la lógica del beneficio económico, aunque sin renunciar a este. Estas organizaciones parecen ser el marco adecuado para el desarrollo de esta clase de negocios, a la par de la empresa privada o pública que tengan por fin u objeto el negocio médico. (Acta del Mercado Único, Comisión Europea, "Doce Prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza", Bruselas 13.4.2011)

VIII. CONTRATO Y SISTEMA

En estos ámbitos negociales/empresariales, el contrato es una herramienta de acceso a sistemas económicos/financieros elaborados para determinados fines concretos.

Inciden en la conformación y caracterización de los elementos del contrato, los denominados "presupuestos económicos", que son los parámetros que el sistema requiere para su correcto funcionamiento.

Por ello la alteración interpretativa de alguno de los elementos, altera los presupuestos y estos afectan al sistema.

La mutualidad subjetiva y económica sirve de base de cálculo prestacional, en base a un esquema de posibilidad/ocurrencia que tiene márgenes de error, siempre a favor del sistema y no en contra de este, por ende, cuando existen lagunas interpretativas o bien las denominadas “zonas grises” o “fallas del sistema” o “situaciones difíciles”, frente al caso concreto, deben resolverse en contra del sistema/predisponente y a favor de la persona que accede a este, sin que exista lugar a duda alguna.

Ello al margen de las teorías de “los sacrificios”, ya que lo que el sistema pierde, es una ínfima porción de renta disponible y no sufre afectación sustancial general y sistémica de ninguna clase.

Puesta en escena práctica, esta cuestión teórica, aparecen los interrogantes sobre la vigencia real del contrato en su manifestación tradicional, nuevas formas de interpretarlo a través de una mirada no solo literal/institucional, sino también sistémica y la confrontación del principio (nunca absoluto) de la autonomía de la voluntad contractual, frente a las normas de orden público que pretenden orientar (ambas) desde diferentes posiciones sociales y económicas, la búsqueda de la justicia (siempre relativa) contractual.

Queda en este marco (de cuestionamiento), y en primer plano, la afirmada (no siempre reconocida y muchas veces en posición no prevalente) protección constitucional del contrato, como manifestación de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad.

IX. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para confrontar, conforme la idea inicial, con estas nociones/ubicaciones conceptuales, es necesario recurrir a derechos fundamentales indiscutibles de la persona, como lo son el derecho a la vida y el derecho a la salud y a la dignidad de la persona humana, aspectos, principios y derechos que se encuentran en juego, en un sistema de afectación como lo es el accidente o la enfermedad que afecta a las personas.

En la Constitución nacional (histórica), el derecho a la salud y a la vida, en principio no surgen “explícitos”, aunque sí se los considera “implícitos” en la redacción del artículo 33 de la CN.

En palabras de Bidart Campos, "Si la respuesta solamente se circunscribiera a la etapa primera del constitucionalismo argentino, seguramente sería ésta: la salud es un derecho (no enumerado o implícito) de todos los habitantes, que hace parte de los que, como enumerados, tienen su eje en el art. 14; y el sujeto pasivo es el estado, que asume un deber negativo de abstención, consistente en no violar ni dañar la salud de los habitantes". (Bidart Campos, Germán "Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003; LL 2003-C-1235).

La evolución de los derechos de las personas en el ámbito nacional a través de la doctrina, de la jurisprudencia, y desde nuestra perspectiva, de las Constituciones provinciales, y en el ámbito internacional, por los Tratados Internacionales que reconocieron ese derecho a la vida, la salud, como componentes de la dignidad humana, en forma general (algunos) y en forma diferenciada y para casos especiales otros; fueron caracterizando "otro" derecho a la vida.

De esta manera y en diversas etapas, se fue transformando (o manifestando otra faceta del mismo derecho), un derecho "colectivo" (o de incidencia colectiva) y adquiriendo la jerarquía (siempre la tuvo o debió tener) de "humano fundamental", lo que fue recogido directa (e indirectamente) por la reforma constitucional de 1994.

Quedó plasmado en distintos artículos y de diversa manera; así el artículo 41 habla de un ambiente "sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano"; el 42 consagra el derecho de las personas (con eventual carácter de consumidores o usuarios), a la protección de su salud y el 43 consagra al amparo (en sus diversas formas y manifestaciones) como la herramienta adecuada y eficaz para la preservación de estos derechos.

El cuadro constitucional se completa con la incorporación a través del artículo 75 inciso 22 de diversos Tratados Internacionales que consagran el derecho a la vida digna, a la salud y el acceso a las prestaciones necesarias que garanticen estos derechos, realmente.

Así completa el ciclo, el constitucionalista citado, y agrega que "Este "iter" ya acumula a la salud como derecho de cada persona, como derecho de incidencia colectiva, y además, en

ambos casos, como uno de los derechos fundamentales.” (Bidart Campos, Germán, artículo citado)

Las Constituciones Provinciales han hecho aportes trascendentes a este derecho, como se puede extraer de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que considera al medicamento un bien social y garantiza el derecho a la salud en todas sus manifestaciones a los habitantes de dicha provincia (art. 40 CPBA).

Sintéticamente caracterizado el derecho a la salud, este confronta en muchas situaciones especiales con otro de los conceptos jurídicos de importancia antes señalado y que es el “contrato/herramienta/modo” de realización de los “negocios/sistemas económicos y financieros” y pone en tensión, principios constitucionales (valores sociales) en la búsqueda de lo justo/bueno para la persona afectada en su “salud/vida/dignidad” y que pone de relieve las opciones jurídicas/ideológicas/políticas de grupos de interés, de poder y manifestaciones formales del estado (grupales e individuales) frente a este claro conflicto de “derechos/intereses”.

X. EL SISTEMA DE SALUD

La idea de que las prestaciones que hacen a la salud de las personas conforman un sistema, resulta de importancia sustancial para resolver las cuestiones planteadas.

Las distintas leyes y decretos que se han dictado en la materia y las normas constitucionales nacionales y provinciales y los tratados internacionales, consagran la idea de “sistema”.

Este sistema tiene una reglamentación de origen supranacional (tratados), constitucional nacional, constitucional provincial, legal (e infralegal) nacional, legal (e infralegal) provincial, municipal e incluso reglamentaria nacional, provincial, municipal.

De manera tal que estamos frente a un sistema, donde existe una numerosa y frondosa (a veces contradictoria e ineficaz) normativa.

Los componentes del sistema son diversos y asimismo es su naturaleza y función. Sistema público de Salud; Obras Sociales; Empresas de Medicina Prepaga; Seguro Nacional de Salud;

Fondos de Medicamentos y Fondos de Redistribución, (y tantos otros componentes más) conforman un entramado subjetivo/objetivo que dan operatividad a la idea de sistema, a través de su carácter de operadores de grandes masas de capital que se trasladan desde la sociedad y por diversos métodos/modos, conformando la base económico/financiera que se gestionará para dar prestaciones preventivas/asistenciales/terapéuticas, a las personas que por afecciones en su salud lo requieran.

Las empresas de medicina prepaga forman parte del sistema; ya que la ley 24.754, así lo parece indicar, al establecer que deben cubrir como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por obras sociales y luego por la ley 26.130 (contraconcepción quirúrgica), cuando se las considera indirectamente como "agentes de salud" y lo establece con mayores precisiones la ley 26.682.

Este negocio/sistema, se debe regir por las pautas/principios, antes enunciados. De manera tal que queda claro que quién ingresa a realizar negocios a esta área de la realidad social, asume que pone en juego un derecho fundamental de las personas, frente al que en principio, los derechos económicos/patrimoniales, se reactivizan.

XI. EL DILEMA EN LA CORTE NACIONAL

Claro está, que no resulta fácil, en la realidad económica, financiera y social de nuestra sociedad, determinar en forma automática que las zonas grises, casos difíciles o sin respuesta, deben ser asumidos por los gestores privados de cualquiera de estos sistemas.

Ello ingresa en crisis absoluta, cuando se encuentran los jueces frente a la situación de resolver que existe un derecho afectado fundamental, la salud y no hay previsión contractual para asistirlo, con lo cual se debe dar solución a esa afectación dentro de los conceptos y estructuras que hemos puesto en juego.

La resolución final, es clara y contundente: Debe atenderse el derecho fundamental en juego, por la vía, la estructura, el sistema o la solución posible.

La Corte nacional enfrenta hoy el dilema planteado.

A través de diversos precedentes ha elaborado la idea de que el hombre es el eje del sistema y que ello comprende su vida, su salud, su dignidad.

En ese sentido, ha expresado que "el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.... que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental....que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales, que tienen jerarquía constitucional ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud, comprendido dentro del derecho a la vida, y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga"(CSJN en "Asociación Benghalensis" y luego mantenida hasta la actualidad en innumerables pronunciamientos.).

A ello se suma el reconocimiento de la idea de que a través de la incorporación de los Tratados Internacionales se garantiza el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental; el reconocimiento de que todas las entidades públicas o privadas participan de un mismo sistema sanitario.

El sistema que se reconoce, según la interpretación del tribunal, es tendiendo a una cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada.

En ese camino, establece la relación entre el contrato y el negocio económico financiero que subyace, en materia de medicina prepaga, destacando el compromiso social que asumen estas empresas al involucrarse en el negocio de la salud y advirtiendo que no pueden desprenderse del riesgo negocial en desmedro de los pacientes, máxime cuando existe una reducción del álea contractual (de consumo y adhesión) en virtud de las ideas de mutualidad y probabilidad inicial y de gestión que permite calcular claramente lo que se invierte, lo que se paga y la renta que se obtiene.

De esta manera, si las EMP forman parte del sistema de salud, deben someterse a las regulaciones razonables del estado y en ese contexto, el negocio y el contrato consecuente, tienen límites, marcados por los derechos en juego y el compromiso social asumido.

Así, las cláusulas equívocas deben interpretarse en contra de la empresa (gestionadora de la masa de capital aportada por la mutualidad) predisponente y del modo que más favorezca a la persona cuyo derecho a la salud se encuentra comprometida (con calidad o no de usuaria o consumidora) y de esta manera, los tratamientos (médicos) razonables y comprobables, no excluidos expresamente, deberían considerarse incluidos, conforme el parámetro de la evolución de los conocimientos médicos.

La ley, en este contexto, aparece como un instrumento social, lógico y razonable para lograr el equilibrio (necesario) entre medicina y economía, realizando en todo momento el compromiso social de las EMP y la naturaleza de relación de consumo entre afectado y empresa (CSJN en "E.R.E." y "Cambiasso", entre tantos otros precedentes)

Todo ello no implica soslayar que el Estado (construcción social necesaria para la gestión de los bienes e intereses públicos) es el garante del sistema de salud y que sobre él pesan las acciones positivas, las de regulación y las de control, que se deben materializar a través de cualquiera de sus poderes/funciones y vías administrativas o judiciales, legitimando a varios (y no solo al afectado), para lograr a través del amparo (individual o colectivo), una respuesta efectiva, en tiempo real, rechazando el rigor formal y materializando la respuesta inmediata y justa a través de quién esté operando en ese tiempo, lugar y oportunidad el derecho fundamental en juego, sin que sea posible la remisión o postergación de la decisión justa y adecuada.

Cuando en unos de los precedentes de la CSJN se planteó (en disidencia) de que no se puede exigir al contratante (empresa proveedora de prestaciones y gestora del sistema), lo que el contrato no contempla y se afirma la protección constitucional del contrato como manifestación de la propiedad privada (art 17 CN) y de la autonomía de la voluntad (art. 19 de la CN) y por ende no se le puede imponer a las EMP, obligaciones/prestaciones que no han sido pactadas en el contrato, se deja expuesto uno de los conflictos a resolver.

En ese supuesto, la mayoría consideró, consecuente con la doctrina de la Corte, que cuando está en juego la vida y la salud, o sea derechos fundamentales de las personas, los demás derechos o instrumentos deben acoplarse a este sin desnaturalizarlo y así hizo prevalecer que las EMP deben hacerse cargo del riesgo negocial, de la licuación o desaparición del álea contractual (por la idea de sistema/mutualidad/aportantes no requirentes/capital acumulado/cálculo de probabilidades); del compromiso social asumido, de su carácter de predisponerte frente a cláusulas equívocas y frente al consumidor y en pos de los derechos fundamentales en juego.

Pero lo resuelto no desvanece la necesidad de adoptar uno (o varios) métodos para resolver los conflictos que se plantean cuando están en juego principios o derechos fundamentales o uno que sí lo es y otro que algunos pueden afirmar que también lo serían (o no según la opinión de otros).

Los caminos pueden ser el de aplicar la jerarquía de los derechos en juego; o bien el balanceo o ponderación o una pretendida interpretación/aplicación sistemática/armónica (no siempre posible) de los derechos/principios/intereses en juego/confrontación.

Ello lleva a sustentar la prevalencia de unos sobre otros o bien su igualdad relativa, o bien su articulación (siempre), en base al equilibrio y la equidad (y al caso concreto que lo permita).

No podemos negarnos a una lectura/interpretación/aplicación, sistemática, armónica y posible de los derechos/principios en confrontación aparente, en pos de lograr soluciones reales, efectivas, adecuadas, equitativas, sin desmedro de un derecho sobre otro; pero considerando que estamos poniendo en juego la salud y la vida, que no admiten dilaciones (ni soluciones en contra de su esencia misma) y que estas no son cuestiones que se sustentan en el derecho común sino en el derecho constitucional y que cualquiera sea la posición que se adopte en razón del método o modo de resolución del conflicto, este debe serlo siempre a favor de la preservación y atención del derecho a la vida y a la salud, frente al cual, los derechos patrimoniales con sustento constitucional o no se tornan instrumentales de aquel derecho humano fundamental de las personas.

Estas cuestiones comienzan a reflejarse en la doctrina y la jurisprudencia.

Cierto es que los sistemas de “balanceo” o jerarquización” han recibido críticas y motivan un esfuerzo intelectual superador, ya que “adolecen de un notable déficit desde el punto de vista de las exigencias de la democracia, el constitucionalismo, la teoría jurídica de los derechos fundamentales, y la sensibilidad política determinada por los valores ascendentes en las sociedades de nuestra época” (Serna, Pedro-Toller, Fernando “La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales”, La Ley, pag. 105, Buenos Aires, Argentina, 2000).

XII. NEGOCIOS Y DERECHOS: LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO DESEADO

Nos movemos en este ámbito en el difícil equilibrio entre la realidad negocial y la realización a través de ella de los derechos fundamentales.

En este camino, se abre la necesidad de analizar y repensar los conceptos de empresa y mercado; la función del contrato en el mundo de los negocios, los consumidores y los derechos fundamentales, en este caso, el derecho a la salud y a la vida, en una necesaria adecuación operativa, con fines de realización justa.

Algunos autores advierten que no es tarea fácil, la de contratar en una denominada “economía de mercado”, donde se inserta nuestra problemática.

“Asume jerarquía máxima el mercado, el proceso de intercambio, con sus actores, su orden espontáneo, sus reglas propias. En él reinan los empresarios y la contratación en masa, Standard, por adhesión a “usos” recogidos en “condiciones generales”. La sociedad civil no se encuentra por ningún lado. El consumidor aparece solo, enfrentado al proveedor. Los hombres todos, transformados en consumidores. E imperan el afán de lucro, el egoísmo, la falta de todo interés por el prójimo. El pragmatismo suplanta a las ideologías. La competencia a la equidad. La utilidad a la justicia” (Mosset Iturraspe, Jorge “Cómo contratar en una Economía de mercado”, pág. 11, Ed. Rubinzal culzoni Editores, Santa Fe, Argentina).

En respuesta a este planteo se formula un denominado “humanismo negocial”, que ofrece una cuota de equilibrio y

razonabilidad en pos de la persona humana en la formulación de los negocios.

“En realidad, el título elegido obedece a una causa predominantemente circunstancial: en un debate técnico-jurídico, se aludió al puro interés crematístico del derecho de los negocios, a diferencia de otras ramas que se acercaban al hombre, a sus necesidades y a su entorno. Esta afirmación me conmovió, impactó sobre mis convicciones y me obligó a pensar alrededor de esos temas. En definitiva, nos preguntaremos si, efectivamente, la vinculación de esta rama del derecho con el mundo negocial y del tráfico importa alejarla del humanismo y, en su caso, cuáles serían las razones de una y otra posición y hasta el eventual sustento de toda esta parcela del derecho..... Llegados aquí podemos reconocer principios sobre los cuales se asienta todo el derecho, pues “el humanismo de la Constitución de 1853 no sólo ha sido reforzado, explicitado y renovado, sino que además se le ha impreso un sello raigal y fuertemente personalista”. La primera conclusión es que no podrá haber en todo el ordenamiento jurídico, normas que sean claramente repugnantes a aquellos principios .

La preceptiva del Derecho de los Negocios y su aplicación han ido marcando hitos en orden a alinear ese Derecho con tal orientación básica. Así como hasta muy entrada la edad llamada contemporánea (y quizá hasta el presente), se ha pretendido justificar -o cuando menos se ha tolerado- la esclavitud, lo que repugna a un sentimiento mínimo universal, el Derecho de los Negocios ha ido mutando, eliminando aspectos que pudieran colisionar con la raíz humanista de nuestro orden jurídico.

En nuestro derecho, en tal sentido, quizá podamos recordar que las primeras leyes de protección del trabajo, tanto terrestre como marítimo, estaban incorporadas a los códigos de comercio en el sistema de derecho llamado continental. También podemos referirnos al germen de la doctrina de la responsabilidad objetiva en tutela de la persona, en el transporte (art. 184, Cód. Com.) y el principio del “favor debitoris” del art. 18 inc. 7 del mismo, cuya interpretación moderna lo amplió a la tutela del contratante débil.....Podemos ahora tratar de ver el revés de la trama para retomar los hilos sueltos y constituir con ellos unas conclusiones. Estas serían:

a) Nuestro orden jurídico, que reposa en la supremacía constitucional, reconoce al humanismo como centro de su parte dogmática basada en la dignidad de la persona.

b) El derecho de los negocios, como integrante del plexo normativo constitucional e infraconstitucional, está regido por aquellos mismos principios.

c) Derecho y economía son ciencias sociales epistemológicamente diversas pero confluyendo ambas en desarrollos científicos que parten del análisis -desde puntos de vista específicos- de la conducta humana y de la dignidad del hombre.

d) La interpretación económica del derecho implanta un enfoque novedoso y particular para la interpretación, la creación y la crítica de la norma jurídica.

e) Este enfoque debe integrarse en una cosmología con otros principios y valores que permitan concretar el fundamento humanista de ambas ciencias. ("Humanismo y derecho de los negocios"; Alegria, Héctor; LA LEY, 25/08/2004,)

XIII. EMPRESA, EMPRESARIO Y MERCADO

Ello nos lleva a indagar más profundamente en la empresa, el empresario, y el mercado y resultan adecuadas las postulaciones de Galgano, al señalar que ello debe ser trasladado al ámbito del debate constitucional.

Plantea la relación entre la prosperidad colectiva y la del empresario y señala la necesidad de establecer la relación entre libertad de iniciativa económica y utilidad social; entre actividad económica y fines sociales.

Así, expresa que "Los elementos constitutivos de este marco son, en nuestra Constitución, el establecimiento de límites para la iniciativa económica privada, límites adecuados para impedir su desarrollo en oposición con la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana.... Es mi opinión que la iniciativa económica privada, en aplicación de la Constitución, debe ser funcionarizada con arreglo a la utilidad social, pero debe tratarse de una funcionalización efectiva y debe tratarse de una funcionalización democrática."

(Galgano, Francesco, "Derecho Comercial" pag. 120/126) Ed. Temis, Bogotá, Colombia)

Tal es la formulación que debe reeditarse en nuestro país, donde estas cuestiones, para evitar dudas y debates innecesarios que hacen ineficaz al instrumento, deben ser consagrados en un ámbito legislativo, con un esquema de sistema completo y suficiente, adecuado y razonable y no quedar supeditado, a la reglamentación de autoridades administrativas, negocios predispuestos e interpretaciones jurisprudenciales.

Es de nuestro caso, analizar si las leyes de derechos de los pacientes y regulación de las empresas médicas privadas lo han logrado.

Todo ello sin dejar de considerar, el valor de la empresa en este esquema real negocial y la empresa como "valor", situación que no puede ser soslayada, reitero en términos de un debate de ideas, pero sobre bases reales.

Por eso y con razón se habla de la dimensión social, ética y económica de la empresa.

"También aprendimos -por tanto- que la empresa no es sólo una unidad de producción desde el punto de vista económico ni es sólo un fenómeno jurídico. Es al mismo tiempo un factor de desarrollo social, de consolidación del Estado como unidad transpersonal y de solidaridad. No solamente es empresa la que mira hacia la rentabilidad sino del mismo modo es empresa la que tiene un fin altruista o no lucrativo, que se potencia con la técnica empresaria y la optimización de los recursos. En estos amplios sentidos la empresa participa de la cultura de la comunidad y claramente se orienta hacia el bien común, concepto este último que ha sido proclamado aun por autores alejados de teorías escolásticas (Henkel).

Por ende, podemos descubrir en la empresa una serie de valores, además de los múltiples de su vinculación con una ponderación monetaria o económica, que mencioné al comienzo. Es posible también hablar, como hoy es frecuente, del balance social de la empresa, de su impronta ecológica, de su inserción en la cultura y hasta en su dimensión política (aspecto este último que ha dado lugar a un arduo debate sobre la recíproca influencia entre empresa y Estado o, más propiamente, entre

intereses empresarios e intereses públicos. Como lo recuerda la frase atribuida a Ford -lo que es bueno para Ford, es bueno para los Estados Unidos- y lo repiten autores desde el fondo de la humanidad que increíblemente creyeron que el derecho, en realidad, era el derecho de los fuertes, desde Trasímaco, pasando por Hobbes, Marx y Nietzsche, entre otros).

Talcomoseexpresa-ensucampo-porlospactosyconvenciones sobre derechos humanos con rango constitucional, todas las personas tienen deberes correlativos con sus derechos (art. 32 del Pacto de San José de Costa Rica -Adla, XLIV-B, 1250-, entre otros), por lo que la empresa tiene también funciones y deberes resultantes del mismo plexo de derechos y, como tal, directa o indirectamente ejerce su influencia en la consolidación de los derechos de asociación, a la libertad, a la honra, a la dignidad, a la libertad de conciencia, a la protección de la familia, a la igualdad en los derechos políticos y ante la ley, entre otros, colaborando al “desarrollo progresivo” de estos derechos.....Podríamos concluir aquí este capítulo. Sólo agregaremos que en última instancia la empresa entendida en sus fundamentos éticos, es decir, vinculados a los valores que antes hemos expresado, es un engranaje insustituible de la vida moderna, aun de la hoy llamada posmoderna y quizá casi seguramente de la futura. Si esto es así, podremos apreciar distintos ángulos valorativos en el devenir histórico, pero seguramente los pensamientos que estamos desarrollando nos permitirán rescatar a ese congregateo particular como un valor. En ninguna sociedad de hoy podría imaginarse desarrollo, en la mayoría de sus campos, sin la empresa. Cualquier sistema político requiere de estas unidades para su crecimiento, y la comunidad se apoya en ellas -y debe ser apoyada por ellas- para su bienestar y su crecimiento espiritual (Alegría, Hector, “La empresa como valor y el sistema jurídico” LA LEY, 2006-D-1172)

“Una esclarecedora obra de Natalino Irti, analizó el “orden jurídico del mercado” y llegó a la conclusión que las normas preexisten al mercado como tal, en el sentido de que no hay mercado sin normas. Por tanto, en el concepto de mercado no sólo existe la economicidad de las transacciones o de la producción de bienes, sino también el cauce jurídico en el que se desenvuelve el mercado mismo, cada transacción y los actos de producción concretos.....Después de la Revolución.

Industrial surgió la necesidad de evitar la utilización abusiva o las fallas del mercado (market failures) y así aparecen las normas que tutelan la competencia (leyes antitrust), y una miríada de regulaciones que van desde leyes muy amplias y detallistas sobre ciertos sectores (entidades financieras, seguros, etcétera) hasta intervenciones estatales en el desarrollo de los mercados, programas anticíclicos y, finalmente, sistemas de protección a los consumidores. Las secuelas de la crisis que cursa en el mundo así lo prueban. Esta coexistencia de una base de economía “libre” y la actuación tutelar, y a veces protagónica, de la legislación y del Estado mismo, impide enfrentar al mercado con la Justicia como si fueran mundos separados e inconciliables.

El autor que hemos mencionado reiteradamente (Libertini) decía hace más de treinta años que hoy sería absurdo aferrarse al liberismo puro de gabinete, pero asimismo nos alerta que dos errores deben evitarse: el primero, de reducir la iniciativa privada a una pura mistificación y, el segundo, considerar como progreso todo lo que contraste con la economía de mercado. A su turno, es claro que hoy se necesitan otros medios con relación a la “pura” economía de mercado, pues no debe suponerse un debilitamiento ni agotamiento de las funciones estatales.

En suma, así como en la realidad actual no hay economía sin mercado, tampoco hay mercado sin reglas. Las reglas son naturalmente reglas jurídicas y, como tales, como lo hemos afirmado hasta ahora, inspiradas en el valor Justicia. (Alegoría, Hector, “La justicia como valor en el derecho y en el proyecto de Vida” LA LEY, 12-11-2009)

Ello nos lleva a señalar que confrontan principios y derechos constitucionales de diversa índole, ya que si bien en el desarrollo de la gestión empresarial campea la libertad de comercio y asociación con fines de lucro (y que los actos de los comerciantes no se presumen gratuitos), el empresario y su organización no escapan a los paradigmas éticos y jurídicos de nuestra Constitución y de los tratados Internacionales, que dan el marco adecuado, en un momento social determinado, para llevar adelante las actividades negociales.

De manera tal que no puede pensarse en un mercado sin reglas y menos aún, que esas pautas finalísticamente estén

orientadas en definitiva, a la realización directa o indirecta de los derechos fundamentales de las personas.

XIV. LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA

La ley 26.682 tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud.

Excluye expresamente a las Cooperativas, Mutuales, asociaciones civiles y fundaciones, con un fundamento absolutamente claro, expresado por el Senador Cano, en el debate de la ley, al señalar que estas son entidades que tienen distinta naturaleza que las EMP y que las OS, y que si las incluían y obligaban a prestar el PMO (programa médico obligatorio) inmediatamente se tornarían inviables.

También se excluye de la regulación a las Obras Sociales sindicales en virtud de que estas están reguladas en la ley 23.660.

Sin embargo, esta clara directiva que contemplaba la especial naturaleza de las entidades Cooperativas se vé desvirtuada por vía de decretos reglamentarios 1991/2011 y 1993/2011, que incluyen por este medio/modo a todas estas entidades, a pesar y en contra de la exclusión legal, marcando la contraposición inconstitucional entre las facultades reglamentarias del poder administrador y las facultades legislativas del poder parlamentario, generando distorsiones que afectan a la seguridad jurídica básica.

En cambio están incluidos los denominados “planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud, contemplados en las leyes 23.660 y 23.661”.

Aquí lo que se pretende es que esta clase de prestaciones queden dentro de la regulación. No se advierte que se entremezclan sujetos y contratos en la redacción realizada, lo que no es obstáculo para su comprensión.

En su artículo 2º, la ley define a las EMP.

En dicha norma, incluye a las personas físicas y jurídicas, de manera tal que los prestadores médicos privados personales deben/pueden (según los casos) quedar incluidos en el sistema.

Deja en claro que no importa la figura o denominación que adopten.

Centraliza la definición en el objeto.

Así señala que comprende a todas las personas cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana.

Como se observa, a pretendido comprender a todos los aspectos y áreas de la salud.

Respecto de los destinatarios, la ley, no habla de "personas" sino de "usuarios", lo que ubica a la norma en el complejo conceptual de la ley de defensa de los consumidores.

Tal vez era innecesario colocar la palabra usuarios, pero debe entenderse como una reafirmación del fin y sentido de la norma.

Destaca que la asociación de estas personas que han de recibir las prestaciones es de carácter voluntario.

Ello es determinante en la caracterización del sistema que nos ocupa.

Conjuntamente señala que son sistemas pagos, o sea no son prestaciones generales que realiza el estado o entidades que absorben los costos de dicho servicio; sino que por el contrario, la persona/usuaria (según la terminología de la ley), debe pagar por las prestaciones o mejor dicho por pertenecer al sistema prestacional, se reciban o no las prestaciones.

Luego caracteriza a esta modalidad de contratación como de adhesión, lo que es importante, ya que la propia norma así lo admite y permite, contemplando las implicancias que jurídicamente esta denominación tiene, en el ámbito de los contratos y de las manifestaciones de la voluntad.

La incorporación contractual al sistema de las prestaciones por EMP, puede serlo individualmente o corporativamente, o sea por persona o por empresa o por grupo determinado a tales fines.

Las prestaciones pueden realizarse a través de efectores propios o de terceros vinculados o contratados al efecto.

La definición realizada a través de la norma, aparece en principio amplia y adecuada al fenómeno o situación que pretende regular.

De esta manera las EMP, se caracterizan por ser:

- Personas físicas o jurídicas
- Privadas
- Brindan prestaciones vinculadas con la salud
- A través de efectores propios o terceros contratados
- A una persona o grupo de personas
- Vinculadas voluntariamente
- Por un sistema pago
- De adhesión.

Excluye dentro de la posible composición o titularidad de estas empresas (titulares, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores o gerentes), a aquellas personas que se encuentren afectadas por las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en el artículo 264 de la ley 19.550; a los inhabilitados judicialmente para ejercer cargos públicos (no se observa la razón) y a quienes han sido judicialmente declarados responsables en irregularidades referidas al gobierno o administración de EMP o bien de algún agente del sistema de salud.

Se fija un capital mínimo por la autoridad de aplicación, para las EMP y respecto de los demás agentes del sistema de salud que comercialicen planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios, deben llevar un sistema diferenciado de información patrimonial y contable, para poder ser debidamente fiscalizados, de acuerdo a las normas de las leyes 23.660 y 23.661; sin que deban aportar al Fondo solidario de redistribución ni tampoco recibirán reintegros ni aportes de programas especiales.

Las EMP, deberán adaptarse al sistema normativo en un plazo de 180 días desde la publicación de la ley.

XV. EL CONTROL SOBRE LAS EMP Y EL SISTEMA

En este ámbito también debe ponerse el acento sobre la tendencia actual de que concurren más de una autoridad de control.

La autoridad de aplicación natural es el Ministerio de Salud de la nación, lo que es lógico y adecuado por ser el objeto de esta clase de sujetos, la realización de negocios a través del otorgamiento de prestaciones vinculadas a la salud de las personas.

Sin embargo, en lo que respecta a la relación de consumo (según las propias palabras de la ley) y a la defensa de la competencia, serán autoridades de aplicación las que establecen las leyes respectivas, 24.240 y 25.156.

Si bien puede resultar sobreabundante, es lógico que estos aspectos queden comprendidos en los esquemas legales mencionados y para evitar problemas en la aplicación o no de estas normas, como a ocurrido en el ámbito financiero o de seguros, la aclaración legal resulta oportuna.

Las facultades que se le otorgan a la autoridad de aplicación son de diversa índole.

Así deberá fiscalizar el cumplimiento de la presente ley, en coordinación con las autoridades locales.

Deberá llevar un registro nacional de sujetos comprendidos en la ley (especialmente EMP) y también un padrón nacional de usuarios, sin que se afecte el derecho a la intimidad de los mismos.

Establecerá los requisitos técnicos, de solvencia financiera, de capacidad de gestión y prestacional y recaudos formales de las entidades.

Deberá garantizar la libre competencia y el acceso al mercado, de los sujetos que pretendan participar en este negocio, de modo de no generar perjuicios para el interés económico general.

Se observa en este aspecto que se sigue la línea conceptual de la ley de defensa de la competencia, en su artículo 1º. Ahora bien, también implica una garantía de que esta porción del mercado privado de la salud se mantendrá con los mismos criterios de resguardo para esta clase de emprendedores privados.

Una de las funciones más importantes es que fiscalizará el cumplimiento de las prestaciones comprendidas en el programa médico obligatorio o las que se incluyan por otras normas; situación esta que fue motivo de variados reclamos en sede judicial por parte de las personas que tenían contratado este sistema de prestaciones de salud.

Otorgará la autorización para funcionar a las EMP.

Autorizará y fiscalizará los modelos de contratos que se han de utilizar. Esta facultad no es nueva y no debe llamar la atención, sin perjuicio de que implique una clara limitación de la libertad de empresa, que se justifica por el sistema de adhesión que implica y por las prestaciones vinculadas a la salud, valor fundamental de las personas.

También debe señalarse que esta aprobación no implicará que no se los pueda revisar y adecuar judicialmente.

Autorizará y fiscalizará el valor de las cuotas propuestas por los prestadores.

Fiscalizará el pago a los efectores públicos que hubieren llevado adelante las prestaciones por cuenta de las EMP.

Garantizará el acceso a la información por parte de las personas en general y respecto de las EMP, planes y prestaciones, contenida en los registros respectivos.

Disponer de un sistema de recepción y atención de reclamos efectuados por usuarios o prestadores.

Establecer un sistema de categorización de los sujetos prestadores y sus establecimientos.

Requerir informes demográficos, epidemiológicos, prestacionales y económico financieros, a los sujetos prestadores.

Transferir en caso de quiebra, cierre o cesación de actividades de las EMP la cobertura de salud de sus afiliados a otros prestadores inscriptos en el Registro que cuenten con similar modalidad de cobertura y cuota. Claro está que ello debe ser con el consentimiento de la persona afiliada.

Se crea una comisión permanente como órgano de articulación, donde estarán representados los Ministerios de

Salud y de Economía y Finanzas en el número de 3 cada uno de ellos.

Se establece un esquema de sanciones por incumplimiento de las obligaciones por parte de cualquier sujeto, ya que la norma legal no limita la aplicabilidad de las mismas.

En este sentido establece que las sanciones se aplican respecto de toda infracción y no específica una autoría determinada.

Las sanciones van desde el apercibimiento, la multa, la cancelación de la inscripción en el registro.

El sumario se sustanciará en base a la ley nacional de procedimientos administrativos y la sanción es apelable ante la CNACAF, debiendo el recurso interponerse y fundarse ante la autoridad que dictó la resolución, en el plazo de diez días hábiles desde que se dictó la misma.

El financiamiento del sistema de control, estará fundado en una matrícula anual, que abonan los sujetos comprendidos en el marco legal, multas, donaciones, legados y todo otro ingreso compatible son su naturaleza y fines.

XVI. CONTRATO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En ese contexto, se inserta el contrato, en este caso, de SMP.

Ello plantea la reformulación de los límites de la autonomía de la voluntad de las partes y de los efectos del contrato respecto de terceros, cuando se encuentra en juego un derecho fundamental, como lo son, en estos casos, la salud y la vida.

Se buscan equilibrios perdidos o nunca logrados, a través de fuertes acciones positivas de índole o naturaleza normativa, como lo es la ley de defensa de los consumidores, fundada en su carácter de orden público y fin tuitivo, ya que ella es la que pretende ser la herramienta de la dignidad humana, cuando se relacionan un proveedor y un usuario o consumidor, generando nuevos paradigmas en estos ámbitos contractuales. Este esquema es reafirmado por la ley 26.682.

Se replantea la nueva búsqueda de un antiguo principio que es la "justicia contractual", la que se ha reformulado sustancialmente al punto tal de que no puede haber relación (ya

no contrato), que afecte o perjudique directa o indirectamente a un derecho fundamental.

En el derecho moderno la autonomía privada tiene límites de variada especie.

“En primer lugar, existen protecciones de carácter genérico. Por ejemplo, cuando toda una categoría de sujetos en posiciones especiales terminan siendo favorecidos por una tutela específica: nos estamos refiriendo, por ejemplo, al derecho de los consumidores, que como tal abarca todas las prestaciones de consumo, con pocas excepciones previstas por la misma ley, las que, en general, también están sometidas a reglas particulares.

También se establece el amparo de la parte débil de un contrato, admitiendo, como lo hizo el proyecto del Código Civil que tuvimos oportunidad de co redactar para la República Argentina en 1998, los contratos realizados entre partes independientes, que llamamos contrato discrecional, con los contratos predispuestos, los sujetos a condiciones generales y los celebrados por adhesión, sin perjuicio de los contratos con los consumidores.

Otro gran abanico de reglas de tutela también tiene carácter general, como por ejemplo, la acentuación y mejora de la aplicación de las figuras de la lesión, de la imprevisión, del abuso del derecho, de la sorpresa. La regla general de buena fe y lo que los italianos llaman la *meritevolezza* de las prestaciones comprometidas en los contratos forman un arcano en el cual se nutre la interpretación contractual moderna.

Algunas de éstas tienen una apertura a la interpretación de los jueces, que la doctrina ha estudiado con amplitud, en el sentido de evitar convertirlos en gestores de negocios, o, mejor dicho, en dueños de la gestión de los negocios de los particulares. Esta no es la *télesis* de la ley: lo que la ley requiere en casos extremos es reinstalar lo que se ha dado en llamar la justicia del contrato, no porque todos los contratos estén a disposición de los jueces para que éstos digan qué es lo mejor o peor para las partes, sino para que indiquen si están dadas las condiciones de equilibrio y equidad de las prestaciones que eventualmente motivaron el contrato, o decidir cuestiones puntuales vinculadas con el orden público económico, con la moral y buenas costumbres,

que han sido clásicamente límites ordinarios de la actividad contractual.....”Podemos observar un falso dilema si enfrentamos eficiencia y justicia: eficiencia no es lo contrario de justicia sino de ineficiencia, así como justicia es lo contrario de injusticia. Ambos valores pueden converger, como en el caso de que la eficiencia coincida con la justicia o divergir cuando exista un sistema inspirado en la justicia pero ineficiente, o cuando exista eficiencia en medio de la injusticia.

“El problema del político y del jurista es saber qué se elige cuando ambas no coinciden o el punto en que se pueda establecer el mayor grado de justicia con el más alto nivel de eficiencia. En esta evaluación no pueden estar ausentes la contemplación de los costos sociales y humanos de la ley ineficiente y la preferente elección de las mejores alternativas de eficiencia frente a los mismos objetivos o niveles de justicia. La completa valoración de un sistema legislativo moderno reconoce la necesidad de que la legislación sea sometida a prueba de estándares de factibilidad y eficiencia. Finalmente si el dilema subsiste, es claro que se ha de optar por la ley justa en las mejores condiciones de beneficio social.”(Alegría, Hector “La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil”; LL 2008-E-1186).

“Libertad contractual y justicia del contrato son los dos términos de un dilema. Si debe defender la libertad de contratar y de determinar el contenido del contrato hasta el punto de aceptar que el contrato pueda resultar injusto, es decir económicamente desparejo, con desequilibrio entre las respectivas prestaciones, o si, por el contrario, en nombre de la justicia del contrato se deban aceptar las limitaciones de la libertad contractual. Dos de tres recientes monografías de, si no me equivoco, estudiosos debutantes se han pronunciado por el primer término de la alternativa . Por el contrario, la jurisprudencia más reciente de nuestra Casación, obra de juristas de madura edad (abuelos de aquellos debutantes), opta por el segundo término del dilema. Desarrolla el concepto de la buena fe contractual, y de la equidad como fuente de integración (y corrección) del contrato,(Galgano, Francesco, “Libertad Contractual y la justicia del contrato” LA LEY, 2008-B-977)

Ello no ha hecho perder vigencia al contrato, sino que implica un esfuerzo de reformulación.

“Frente a quienes sostienen que hay crisis del contrato, afirmamos que la crisis es de sus características tradicionales y no del contrato mismo, que pensamos seguirá siendo la principal fuente de las obligaciones. En cuanto a que los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión no sean verdaderos contratos, consideramos que lo son, y si bien el consentimiento se limita a la aceptación y no participa de la elaboración, para corregir los efectos están la relativización del principio de la convención ley, la interpretación contra proferentum, y la revisión razonable del contrato, cuando fuere necesario. (Gregorini Clusellas, Eduardo L., “Proyección del Contrato en el Siglo XXI” LA LEY, 2004-A-847)

También implica reformular la teoría del contrato, orientada hacia una interpretación sistémica del mismo.

“La teoría contractual admite tres niveles de análisis y perspectivas dentro de ellos:

A. Contractual: su objeto es el contrato como acto jurídico bilateral.

* La perspectiva interna estudia: a) los elementos: el consentimiento, el objeto y la causa; los caracteres, la forma, la prueba, la interpretación, y calificación; b) los efectos: las obligaciones, deberes colaterales, garantías, cargas, riesgos; c) la responsabilidad por incumplimiento.

* La perspectiva temporal estudia el redimensionamiento de los elementos, efectos y responsabilidad en el período precontractual, poscontractual y los vínculos de larga duración.

* La perspectiva externa estudia al contrato como situación jurídica. No se lo mira como relación obligacional entre dos sujetos, sino desde la perspectiva de los terceros que deben respetarlo y sufrir sus efectos, lo cual da lugar a novedosos campos: la protección extracontractual del contrato (15), el redimensionamiento del efecto relativo para apreciarlo como un supuesto de oponibilidad de diverso rango (16). El objeto de estudio no es el acto jurídico bilateral, ni reglas institucionales, sino posiciones jurídicas (17).

B. Sistemático: Su objeto es analizar los grupos de contratos y su configuración en sistemas con finalidades supracontractuales.

* La perspectiva interna estudia las relaciones entre las partes: el objeto como operación que involucra varios contratos; la causa sistemática; el nexo asociativo; las obligaciones sistemáticas.

* La perspectiva externa analiza los efectos de las redes frente a terceros.

C. Institucional: su objeto de estudio son las reglas institucionales (18), para proveer a su funcionalidad (incrementar la eficacia y la eficiencia de la contratación) sin deterioro de su entorno económico (derecho de la competencia) y social (impacto ambiental, urbanístico, social), bajo la regla de un desarrollo sustentable (19) "Lorenzetti, Ricardo L., "Esquema de una teoría sistémica del Contrato", LA LEY, 1999-E-1168)

Claro, que en ámbitos como el de la MP, el contrato es una modalidad de acceso a sistemas económicos y financieros de absorción y gestión de capitales y generación de respuestas económicas determinadas ante eventualidades establecidas.

Juegan aquí otros conceptos y relaciones, ya que el contrato condiciona al sistema y los presupuestos del sistema a los elementos del contrato.

El precio del contrato y la prestación prometida a cambio, están relacionados con esos presupuestos económicos.

No hay precio libre ni prestaciones ilimitadas.

No porque no se pueda imaginar o normativizar, sino porque el precio es el principal (no único) sustento económico del sistema y la prestación asistencial prometida, es la respuesta posible económicamente hablando, frente al accidente o la enfermedad; de manera tal que forzar estos conceptos puede llevarnos a premisas irrealizables.

Se debe completar el sistema, con mecanismos complementarios, que lo tornen suficiente (sistema público, mixto, de la seguridad social, de atención médica).

Claro, que flexibilizar la noción de contrato y sus efectos, nos lleva a otra cuestión debatible y que hace a la denominada "protección constitucional" del contrato.

Debate este que se evidenció en materia de franquicia en el STPP, particularmente en el voto del Dr. Lorenzetti en

el precedente "Cuello", pero que se patentizó en materia de medicina prepaga, en autos "Cambiasso Perez de Nealón", en las posturas de la mayoría y de la minoría, donde se advierte un debate ideológico, político y económico, sustancial y que refleja la tensión existente entre los intereses y principios en juego, cuando se confronta al contrato/herramienta, con la idea de sistema/gestores, y derechos fundamentales en juego.

En estas situaciones críticas, la respuesta siempre es a favor del derecho fundamental, pero el problema, es quién se hace cargo del costo inmediato y mediato de dicha solución.

En este trascendente precedente que expone una de las posibles decisiones a adoptar y que a sido recogida en la ley 26.682, se hace absorber la duda interpretativa o la carencia de previsión contractual en el sistema o mejor en las empresas que gestionan el sistema.

La mayoría expuso:

7º) Que en el presente juicio de amparo al igual que fue destacado en el precedente de Fallos: 324:677, la parte actora, situada como consumidora en una posición de subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela, acude por esta vía sumaria ante los tribunales de justicia postulando, en definitiva, que so pretexto de un argumento de autonomía contractual, la demandada le ha negado la cobertura médico asistencial requerida. Y reclama, por este medio, la protección de su derecho a la salud anudados a situaciones de subordinación negocial determinadas tanto por el hecho de la "adhesión" como del "consumo".

Esta última circunstancia -la adhesión a cláusulas pre-dispuestas de una empresa y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final- indica que debe darse tanto a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (v. Fallos: 324:677).

8º) Que, en suma, para lo que interesa a la solución del aspecto sub examine, cabe concluir en que, por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios

de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con dicho carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 28 de la ley 23.661. Y también, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación (art. 28 cit.), así como, en la medida en que conciernan al campo médico asistencial enunciado en el art. 1 de la ley 24.754, las demás previstas en la ley 24.901. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de asegurar la cobertura de medicamentos que requieran las prestaciones obligatorias, contemplada en la última parte del reiteradamente citado art. 28.

9º) Que, en este orden de ideas, es oportuno recordar que les corresponde a las mencionadas empresas o entidades “efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. art. 1, ley 24.754)”, máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles “en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (v. arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios”, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o, como ocurre en el sub-lite, invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley (v. doctrina de Fallos: 324:677), so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (v. doctrina de Fallos: 324: 677). Ha dicho, asimismo, que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (“Sartori” Fallos: 328:4747 -La Ley Online-, disidencia de los jueces Fayt y Maqueda). (Voto de la mayoría en “Cambiaso Perés de Nealón”, CSJN, 28-08-2007).-

Por el contrario, uno de los ministros, sostuvo una decisión alternativa, que coincide en pretar asistencia a la persona pero que el costo se traslade hacia el estado o el sistema de la seguridad social, en virtud de la imprevisión contractual.

“3º) Que el conflicto constitucional surge al contraponer el derecho de la actora a gozar de prestaciones de salud integrales y el de la demandada, que sostiene que se afectaría su posición contractual y el derecho de propiedad si se le ordenara cumplir obligaciones cuya causa no se halla en el contrato, sino en una ley posterior a su celebración, y cuyo cumplimiento afectaría el sistema de medicina prepaga.....La decisión debe fundarse, entonces, en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego y en una adecuada consideración de las consecuencias económicas y sociales de la resolución que se adopte.

4º) Que corresponde afirmar claramente que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger.

La protección de los ciudadanos es un asunto fundamental para el funcionamiento del estado de derecho, y ella está estrechamente relacionada con el goce de bienes primarios con un contenido mínimo. Llamar ciudadano a quien no tiene trabajo, vivienda o prestaciones básicas de salud constituye una afrenta, ya que quien se ve privado de ellos queda excluido, condenado al ostracismo social.

Esta garantía incumbe al Estado, quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con acciones positivas, “sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (Fallos: 323: 3229).

5º) Que, en el caso, se trata de determinar si la garantía descripta puede ser exigida a quien ha celebrado un contrato cuyas obligaciones recíprocas no la contemplan.

La regla general en los contratos es que no puede presumirse una obligación que no surja claramente de la voluntad de las partes, lo que no ocurre en el caso.

Esta regla debe ser reafirmada, toda vez que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende diferentes derechos y libertades consagrados en la Constitución Nacional, como lo son la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19), la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato constituye una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. Es en este sentido que debe ser interpretado el término "propiedad" desde la perspectiva constitucional (art. 17). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener "que el vocablo propiedad=, empleado por la Constitución, comprende todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo" (Fallos: 145: 307 y 172:21, disidencia del juez Repetto).

En el sub lite, existe, además, otro centro de interés que debe ser tutelado: el de los demás participantes del sistema de medicina prepaga, quienes verían afectada su posición si la empresa debiera pagar por prestaciones no pactadas. Imponer obligaciones de este tipo afectaría la causa sistemática -es decir, el equilibrio económico que sustenta al sistema- fundada en la relación entre el aporte de muchas personas sanas frente al cálculo de probabilidades de que sólo algunas se enferman a un costo que puede difundirse razonablemente. La índole del sistema es la de un seguro, con una delimitación del riesgo que debe ser respetada, porque de lo contrario desaparecería totalmente.

6º) Que los principios constitucionales a partir de los cuales se puede afirmar que el actor tiene derecho a prestaciones

integrales, a cargo del Estado y que no pueden imponerse a un contratante que no las ha previsto, son desarrollados de modo coherente por la legislación aplicable al caso.

7°) Que, como conclusión, el caso está contemplado en una legislación consistente con los principios constitucionales según los cuales la demandada no está alcanzada subjetivamente por ninguna obligación de causa contractual o legal que obligue a satisfacer las prestaciones solicitadas. En cambio, es absolutamente claro que es el Estado quien debe dar satisfacción plena al derecho del actor a prestaciones constitucionales.

8°) Que resta examinar los efectos de la decisión sobre la situación del actor, que padece de parálisis cerebral y ha sido declarado discapacitado por la Secretaría de Salud, en los términos del art. 3 de la ley 22.341, con fecha 15 de febrero de 1993 (fs. 31). El actor no puede quedar sin atención médica y es el Estado el que debería prestarla, aunque no ha sido demandado en la causa.

De lo dicho surge que una revocación de la sentencia produciría una inmediata cesación de la asistencia médica que actualmente recibe el actor y ese hecho constituirá una amenaza cierta de daño inminente a su salud e integridad física. Por lo tanto, deberá darse un plazo razonable, no menor a un año, para el cumplimiento de la revocación de la sentencia, durante el cual la empresa de medicina prepaga estará obligada a dar asistencia médica al paciente. Dicho plazo cierto podrá cesar antes si el Estado sustituye a la empresa en dicha prestación. Asimismo, los gastos derivados de la atención médica prestada sin causa contractual constituirán un crédito de la empresa contra el Estado que ésta, eventualmente, podrá recuperar.

9°) Que la solución dispuesta en el considerando anterior es concordante con un análisis consecuencialista y con la naturaleza del contrato celebrado.

El costo de los cuidados médicos solicitados puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo. Este último no tiene ninguna posibilidad de absorber ese costo, y ello conduciría a una frustración de su derecho fundamental a las prestaciones adecuadas de salud. En cambio, la empresa puede absorber los

gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, puede recuperarlos de las finanzas públicas.

La imposición transitoria de cargas públicas es, en este caso, compatible con el contrato celebrado que se caracteriza porque su objeto y su causa están relacionados directamente con derechos fundamentales vinculados a la protección del estatuto de la persona. La conexión con el mentado estatuto es evidente, ya que su inejecución total afectaría gravemente la integridad física del beneficiario. Si bien la lógica económica de los contratos admite que el incumplidor sea excluido del mercado, ello encuentra una barrera cuando se trata de las personas y sus derechos fundamentales. (voto en disidencia Dr. Lorenzetti, en la causa "Cambiasso peres de Nealón").

XVII. CONTENIDO CONTRACTUAL MÍNIMO OBLIGATORIO

En este aspecto, la ley de orden público que nos ocupa, impone un contenido contractual mínimo, para los planes de cobertura asistencial de las EMP.

Así las obliga a cubrir las prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio y el sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad.

Este contenido prestacional obligatorio, remite a diversas normas del sistema de salud.

Ahora bien, este contenido mínimo es insoslayable y está previsto en normas de orden público.

De manera tal que el contenido obligatorio del contrato es un rasgo caracterizante del sistema.

Se admiten coberturas parciales, pero solo como excepción.

Así, en servicios de odontología; emergencias médicas y traslado sanitario de personas.

También, la ley excepciona el principio de prestaciones obligatorias y admite prestaciones parciales en referencia a aquellos sujetos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil personas, de manera tal de permitir que se desarrolle

la actividad, el negocio y que esa localidad no se vea privada de un servicio de salud.

Claro está, que los planes de cobertura parcial son excepcionales y aprobados por la autoridad de aplicación.

Pueden darse otras coberturas parciales expresamente aprobadas.

Una cuestión de suma importancia y que no se cubre es el tema de las prestaciones excluidas, que tienen que ser expresa y detalladamente informadas, no siendo suficiente una información general o parcial.

Respecto de la prescripción de medicamentos debe adecuarse la misma a la ley especial, o sea en este momento la 25.649. Debe recordarse que esta ley defiende al consumidor de medicamentos, impone bajo pena de nulidad de la receta, la incorporación en iguales formas que el nombre comercial, el genérico, y que tiene como finalidad garantizar el acceso al medicamento por parte de todas las personas y la gradual sustitución de importaciones de estos.

XVIII. EL CONTRATO ENTRE LA EMP Y EL "USUARIO"

La ley le dedica varias normas a la regulación de diversos aspectos del contrato que vincula a la EMP con el usuario, según la propia denominación de la norma.

Se incursiona de esta manera en un debate que se ha dado en diversas oportunidades y es sobre la facultad del estado de reglar el contenido de los contratos.

Parte la norma de imponer una autorización administrativa. Solo se podrán utilizar los modelos de contratos previamente autorizados por la autoridad de aplicación.

Se deberá precisar a qué autoridad de aplicación se refiere, ya que existe una concurrencia en la materia entre la de esta ley y la de la ley de defensa del consumidor.

Establece la norma un especial mecanismo de rescisión del contrato.

Por parte de los usuarios, pueden hacerlo en cualquier momento, sin límite ni penalidad de ninguna clase.

Solo se les exige una previa notificación con treinta días de anticipación, los que deben entenderse como días corridos.

Ahora bien, la ley no explicita que sucede si no se cumple con esa previa notificación.

Entendemos que la vigencia del contrato y por ende del precio de este se computará desde la notificación y hasta el cumplimiento de los treinta días que establece la norma.

La rescisión por parte de las EMP, es limitada.

Prevé dos situaciones: a) la falta de pago de tres cuotas consecutivas, o b) cuando el usuario haya falseado la declaración jurada.

En el supuesto de falta de pago, además, en forma previa la EMP deberá intimar fehacientemente al usuario a regularizar su deuda y constituirlo en mora, dentro del plazo de diez días, los que deberán entenderse como corridos.

La ley deja diversas dudas.

¿Qué sucede si en ese plazo se requiere la atención?. Entendemos que la misma debe prestarse.

¿Qué se entiende por falseamiento de la declaración jurada?. Deben ser circunstancias importantes, esenciales que hagan a la aceptación del usuario y no serlo sobre cuestiones accesorias o que a pesar de ser falsas no incidan sobre la aceptación del usuario.

Distingue la norma en materia de carencias, señalando que las prestaciones comprendidas en el PMO, no admiten carencias ni esperas de ninguna clase. Esta regla es de suma importancia y la consideramos adecuada, más aún, bajo la idea de sistema económico/financiero que subyace bajo el contrato individual del caso.

Para las demás prestaciones, se admite la posibilidad de un período de carencia o de espera, el que debe estar suficientemente explicitado respecto del usuario y aprobado por la autoridad de aplicación.

En materia de preexistencia de enfermedades se adopta el sistema de detección por declaración jurada del usuario y no puede dar lugar al rechazo de la admisión de este.

Claro que ello genera la duda de cómo se hará para detectar el falseamiento de la declaración jurada si esta es el único modo de determinar la preexistencia de enfermedades.

Sin perjuicio de ello, lo fundamental es que la persona será admitida, pero bajo valores diferenciales aprobados por la autoridad de aplicación.

Se le dedica un tratamiento especial a la edad de las personas que pretendan contratar bajo este sistema.

La regla es que no se puede rechazar la incorporación de una persona en base a la edad.

La solución es justamente un costo diferencial de las prestaciones en base a reglas aprobadas por la autoridad de aplicación.

Esto implica un saludable criterio de inclusión en el sistema privado de salud de todas las personas cualquiera sea su condición o edad, lo que se compadece con una correcta lectura de la dignidad humana.

La respuesta al planteo económico financiero está en el posible y relativo mayor costo individual y en la idea de sistema que absorbe las diferencias o matices que necesariamente implican las personas y la salud.

Una regla que a sido recogida por la jurisprudencia, aún antes de la ley, es que la mayor edad de 65 años no puede implicar un aumento de costos, cuando estas personas ya hayan permanecido en el sistema con una antigüedad mayor a los diez años. Este período de tiempo hacen presumir una contribución suficiente al sistema que hace que lo contribuido absorba el mayor costo que la edad supone.

La cobertura puede comprender al grupo familiar.

El fallecimiento del titular no es causal de caducidad de la cobertura del grupo.

Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún (21) años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros

mayores de veintiún (21) años y hasta los veinticinco (25) años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún (21) años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa.

Se puede señalar que se toman los 21 años de edad y no los 18, de la mayoría establecida por ley 26.579, entendiéndose que esta diferencial de edad se justifica en materia de salud.

El segundo apartado del artículo 14, viene a dar solución a un problema social de importancia que es el referido al conviviente en unión de hecho con el titular, sea o no del mismo sexo, recogiendo la corriente jurisprudencial y la reciente reforma al código civil y también a los hijos de esta unión.

No rigen ni carencias ni preexistencias para el grupo familiar, ni cuotas diferenciadas, o sea están en igualdad de condiciones que el titular.

También se da solución normativo a una de las situaciones resueltas por la Corte Nacional y que refiere a aquellos que acceden a estos sistemas prestacionales privados en virtud de una contratación corporativa, de grupo o de empresa.

Si la persona deja de pertenecer a la empresa, o grupo de origen, por cese del vínculo (bajo cualquier modalidad no solo laboral), tiene derecho a continuar en el sistema de prestaciones de la EMP, con su antigüedad respectiva.

Ahora bien, debe solicitarlo dentro de los sesenta días corridos desde el cese de su pertenencia al grupo de origen, y a su vez la EMP debe mantener la prestación vigente en ese plazo.

Una norma de importancia es la que determina que esta ley no puede implicar ningún menoscabo a la situación de los usuarios con contratos vigentes. ¿Qué sucede con las mejoras que la ley implica? ¿Son de aplicación inmediata, aún a los contratos generados bajo el anterior marco normativo? ¿Es aplicable en este ámbito la teoría de la inmediatez de la ley más favorable?.

También se regula el precio del contrato.

Si bien el precio del contrato lo indica el prestador, o sea la EMP, la autoridad de aplicación se reserva la fiscalización y garantía de la razonabilidad del mismo.

Los aumentos estarán sujetos a la autorización administrativa y deberán fundarse en la variación de la estructura de costos y el razonable cálculo actuarial de riesgos.

Pueden existir precios diferenciales según franjas etarias, pero con un límite de tres veces entre el precio de la primera franja con la última.

Más adelante, en su artículo 26, la norma establece derechos especiales de los usuarios, que son de suma importancia al momento de resolver los conflictos que se pueden plantear en la aplicación práctica del sistema.

En este sentido establece que en caso de duda, el usuario tiene derecho a recibir las prestaciones de emergencia, y luego, posteriormente, se resolverá si se encontraban o no cubiertas por el plan contratado.

No explica la ley, la secuencia posterior, pero se entiende dentro de parámetros razonables que si no se encontraban comprendidas dichas prestaciones, la EMP tendrá derecho a su pago diferenciado.

Por supuesto que esta situación no está exenta de aspectos problemáticos, pero queda en claro cual es la pauta directriz de la ley.

También se ocupa la ley de consagrar un derecho a la equivalencia de servicios, que pretende garantizar que durante toda la relación contractual, se mantenga una adecuada calidad de servicios y que estos no se vean mermados por las condiciones de mercado o por el cambio de circunstancias externas a las partes.

XIX. LOS PRESTADORES

El circuito formado por la organización empresarial (EMP); el usuario; y el estado a cargo de la reglamentación y del control, se cierra, con los prestadores efectivos de las prestaciones de salud que se han contratado.

La prestación puede ser directamente a través de establecimientos propios de las EMP, o bien a través de los

denominados efectores públicos o privados del sistema de salud.

La relación entre las EMP y terceros prestadores, puede (y debería) formalizarse a través de un contrato escrito, que no resulta de contenido libre, sino por el contrario, el mismo está reglado en base a modelos autorizados por la autoridad de aplicación.

De esta manera también el contenido de los contratos entre las organizaciones del sistema, se encuentra reglado por el estado.

Correlativamente y en esa misma línea de acción, es la autoridad de aplicación, la que fijará los aranceles mínimos obligatorios de esta relación, pretendiendo a través de esta directiva, asegurar el desempeño eficiente de los prestadores públicos y privados.

La falta de pago de estos aranceles, dará origen a las sanciones que establece la ley.

En un claro acierto normativo, se contempla la situación de actuación de un efector público, nacional, provincial o municipal, sin que exista convenio previo con la EMP, pero que debe actuar igualmente para preservar la salud del paciente. En estos casos las EMP deben abonar igualmente los aranceles correspondientes a la intervención realizada.

Por supuesto, que si la situación lo permite, la atención médica a realizarse, debe ser previamente validada o autorizada por la EMP.

En cambio, para las situaciones de emergencia o de urgencia, se procederá a la atención del paciente, teniendo un plazo de tres días posteriores para su validación.

Si algún efector rechazará la atención del paciente vinculado a la EMP, se podrá recurrir a la autoridad de aplicación.

XX. LA CONCERTACIÓN COMO RASGO DEL SISTEMA

Una de las notas importantes de este esquema legal, es la creación de un órgano consultivo, donde se encontrarán representados los sujetos involucrados en su funcionamiento.

Si bien actuará ad honorem y solo es consultivo, es importante que la ley lo establezca, ya que implicará un natural ámbito de deliberación y acuerdo entre EMP, prestadores, usuarios y estado, para lograr superar los lógicos problemas del funcionamiento cotidiano del sistema.

Estarán representados los usuarios, las EMP, los prestadores y las autoridades de aplicación, tanto el Ministerio de salud como la que corresponda al ámbito de la ley de defensa de los consumidores.

XXI. LOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE LA CORTE

La Corte Nacional, ha construido, según nuestra interpretación, un esquema, en materia de derecho a la salud y a la vida, frente al contrato, pautas que son aplicables o que por lo menos deben ser tenidas en cuenta, referencialmente, al momento de resolver una cuestión vinculada con la MP.

El derecho a la salud es parte integrante del derecho a la vida y se concibe a la salud como sistema.

El contrato y el negocio se encuentran relacionados.

Los contratos en estos ámbitos son de consumo y de adhesión y deben interpretarse siempre en contra del predisponente y lo que no se encuentra expresamente excluido puede considerarse en principio incluido.

Advierte a las empresas que en estos ámbitos se asume un especial riesgo empresarial y un alto compromiso social.

Señala la desaparición o licuación del álea negocial y contractual por la existencia de cálculos de probabilidades que hacen que el sistema asuma en base a esas pautas y no a lo concreto y real, lo que permite la absorción de los supuestos no contemplados o en el límite de lo contractual formal.

Son sectores que se encuentran en ámbitos de regulaciones razonables del Estado y por ende, la concepción clásica y libre del contrato, encuentra límites en ellas.

La ley actúa en estos sectores como instrumento de equilibrio, entre los negocios, los mecanismos y los derechos en juego.

El estado siempre es garante final del sistema de salud y de preservación de estos derechos fundamentales.

Los jueces deben dar respuesta siempre al derecho fundamental en juego, con amplitud de criterios y de vías.

Estas pautas pueden extraerse de diversos precedentes, entre ellos "Capomodónico"; "E.R.E."; "Hospital Británico"; "Peña de Marquez Iraola"; "Risolía de Ocampo"; "Cambiaso Peres"; "Passero"; "María"; "Unión de Usuarios y Consumidores"; "P.S.E."; "Rivero", entre tantos otros y según nuestra libre interpretación.

La ley 26.682 a recogido cada una de las decisiones de la Corte y las transformó en norma positiva exigible.

Ello le da certeza y seguridad a las partes.

Implica una fuerte presencia del estado en el contenido de los contratos comerciales con los consumidores y es reflejo de este particular momento del derecho comercial y de los consumidores, caracterizado por la fuerte presencia de los derechos fundamentales y la protección normativa y jurisprudencial de los mismos, que hace que la decisión empresarial se torne más aguda y precisa al momento de formular el negocio y las bases económico financieras del sistema.

La ley a dado respuesta a la mayoría de los planteos efectuados y subyacentes; el tiempo dirá si la decisión a sido correcta y adecuada.

Lo cierto es que son nuevos tiempos en la concepción de los negocios y de las normas y es tarea y obligación del jurista realizar el abordaje de los conflictos en tiempo real, con claridad de valores y objetivos y sin desconocimiento de las tendencias jurídicas prevalentes, pues de lo contrario su consejo u observación, trasladado al ámbito empresarial llevará a una decisión empresarial incorrecta.

"En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones; es necesario, por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales" (Tullio Ascarelli)





CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

Por RUBÉN S. STIGLITZ

SUMARIO: I.- ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE CLÁUSULA ABUSIVA. CONCEPTO. II.- DISTINCIÓN ENTRE LA CLÁUSULA ABUSIVA Y LA CLÁUSULA DESCONOCIDA. III.- CARACTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. IV.- CARACTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA (CONT.): EL DESEQUILIBRIO SIGNIFICATIVO. V.- CLÁUSULAS EXCLUIDAS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVAS. VI.- CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO. LA AUTORIDAD DE CONTROL Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. VII.- CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. FUNCIONES DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE APLICACIÓN: EXTENSIÓN DE LAS MISMAS. VIII.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN. FUNDAMENTO PRECEPTIVO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA SUB SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR PARA DECLARAR QUE UNA CLÁUSULA ABUSIVA DEBERÁ TENÉRSELA POR "NO CONVENIDA". IX.- FUNDAMENTO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL (DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN) EN TORNO A LA LEGITIMACIÓN DE LA AUTORIDAD DE CONTROL PARA RESOLVER QUE UNA CLÁUSULA ABUSIVA SE LA TENDRÁ POR "NO CONVENIDA". X.- SISTEMAS DE CONTROL ADMINISTRATIVO PREVENTIVO EN EL DERECHO COMPARADO. XI.- CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. SU ENUNCIADO INDICATIVO. CLÁUSULA ABIERTA. PANORAMA EN EL DERECHO COMPARADO. XII.- LA CLÁUSULA ABIERTA (CONT.). CASUÍSTICA.- XIII.- UNA DE LAS CLÁUSULAS ABIERTAS EN ARGENTINA: "LAS QUE DESNATURALIZAN LAS OBLIGACIONES". NOCIÓN. XIV.- EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVA DE UNA CLÁUSULA. LA NULIDAD PARCIAL. XV.- CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA. RÉGIMEN APLICABLE EN ARGENTINA. XVI.- ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: BRASIL. XVII.- ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA (CONT.): COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA. XVIII.- ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA (CONT.) ITALIA Y LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL. XIX.- ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA (CONT.): PORTUGAL. LA ACCIÓN INHIBITORIA. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. XX.- ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA (CONT.): ESPAÑA. LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN, RETRACTACIÓN Y DECLARATIVA. XXI.- COLOFÓN.

XXII. ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE CLÁUSULA ABUSIVA

Concepto

Establece el art. 37 del dec. 1798/94 que se entenderá por cláusulas abusivas: "Las que afecten inequitativamente al consumidor o

usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

La definición contiene dos elementos inescindibles: (a) el **desequilibrio** que resulte de la relación: provecho/sacrificio que derive del contrato importará abuso, si (b) de la/s cláusula/s resulta un **perjuicio inequitativo** al consumidor o usuario.

La calificación de una cláusula como abusiva, de acuerdo a la definición legal, no requiere que se configure ningún otro recaudo que los ya aludidos como contrariamente sí parece entenderlo cierta doctrina europea, muy especialmente la italiana, luego de recibida literalmente en la reforma al Código civil (art. 1469 bis) (1) la definición suministrada por la Directiva 93-13 de la Comunidad Económica Europea. (2)

De todos modos el concepto que, a nuestro juicio, enuncia con mayor precisión los caracteres de la cláusula abusiva, es la que emana del art. 3 de la referida Directiva comunitaria, **con excepción de la referencia a la buena fe**, y que dice así: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Y ello en razón que, todas y cada una de las cláusulas abusivas, presuponen la mala fe del contratante que las utiliza en razón que,

(1) “En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional que tenga por objeto la cesión de bienes o la prestación de servicios se consideran vejatorias las cláusulas que, **malgrado la buena fe**, determinen a cargo del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones derivadas del contrato”.

(2) Así, se sostiene que la mera constatación del desequilibrio jurídico que prescindiera de una declaración en torno a la conformidad o no del comportamiento del contratante con el principio de buena fe, podría llegar a tener erróneamente por vejatoria una cláusula contenida en un contrato ya que, en los hechos, la desigualdad entre fuerzas contractuales, como fuente del desequilibrio, constituye el elemento natural del libre mercado, “fruto de una fisiológica evolución de las relaciones comerciales entre el profesional y el consumidor; por consiguiente cuando ella se limitare, se terminaría por volver farragosa la libre circulación de bienes y servicios” (DI MEO, MASSIMO, “*Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*”, en “*Clausole vessatorie e contratto del consumatore*”, a cura di Ernesto Cesàro, Cedam, 1996, pág. 56).

como por su objeto o por su efecto, engendran una grave ruptura del equilibrio contractual, aparece como superfluo preguntarse si fueron predisuestas contrariando la buena fe debida. (3)

En efecto, la cláusula que importe en perjuicio del consumidor un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato presupone irrefragablemente mala fe del predisponente. Por lo demás, así surge de su propia definición, ya que si "la cláusula abusiva es aquella que tiene por objeto provocar un desequilibrio...", no habrá de perderse de vista que la expresión "objeto" ha sido empleada como "fin del acto", "móvil" o "intento a que se dirige o encamina una acción".

Si ello es así, la cláusula abusiva siempre es dolosa dado que la finalidad que le es inherente (provocar desequilibrio), presupone una acción intencional.

XXIII. DISTINCIÓN ENTRE LA CLÁUSULA ABUSIVA Y LA CLÁUSULA DESCONOCIDA

La cláusula debe ser conocida lo que significa que debe integrar el contenido del contrato. Si se incluye una cláusula de reenvío a otra incluida en un documento que no forma parte del texto contractual y es desconocida por el consumidor, el conflicto se instala en la invalidez de la cláusula por falta de consentimiento, ya que solo es factible consentir sobre lo conocido, por lo que la falta de aceptación afecta la validez misma del vínculo.

La cuestión ha sido regulada en el Derecho Comparado.

Así, en el art. 7 de la ley de España 7/1998 se establece "que no quedarán incorporadas al contrato las...condiciones generales... que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de elaboración del contrato".

Otro criterio es el de la ley de Chile que califica de abusiva "la cláusula que incluya espacios en blanco que no hayan sido llenados antes del perfeccionamiento del contrato" (art. 16 inc. f).

Otra solución normativa es la que impera en Italia. Se establece que resultan abusivas "las cláusulas que prevean la extensión de la adhesión a cláusulas que el consumidor no ha tenido la posibilidad

(3) MAZEAUD, DENIS, "La loi du 1er. février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?", en "Droit et Patrimoine", jun. 1995, nro. 17, pág. 46.

de conocer antes de la conclusión del contrato" (art. 1469 bis, inc. 10, Cód. Civil).

En Costa Rica se declaran abusivas las cláusulas que consagren presunciones de conocimiento de otros cuerpos normativos que no son parte integrante del contrato (art. 39, segunda parte, inc. c).

XXIV. CARACTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

(a) Puede ser contenido de los contratos cualquiera sea su clasificación, como ser, discrecionales o predispuestos; de derecho privado o público; de libre configuración interna o vigilados por el Estado. Pero en razón de las características que adopta la formación de los contratos por adhesión a condiciones generales, especialmente la circunstancia que la creación de su contenido es obra exclusiva y excluyente del profesional/predisponente (por ej. los contratos bancarios, de seguros, de medicina prepaga, de ahorro y préstamo cualquiera sea su objeto, de tarjetas de crédito, de tiempo compartido, etc.), hallan en el contrato predispuesto campo fértil para su inclusión.

(b) De la circunstancia que la cláusula abusiva sea, predominantemente, contenido de los contratos predispuestos a su vez, resultan algunos otros caracteres como, por ejemplo, en primer lugar que no haya sido negociada individualmente.

La negociación individual resulta de la circunstancia que el consumidor haya participado o influido sobre el contenido de la cláusula y no de un examen conjunto (genérico) del contenido de la cláusula, ni de una declaración firmada por el consumidor donde se afirme que su consentimiento ha sido prestado luego de efectuadas tratativas.

La carga de la prueba sobre la "negociación individual", recae sobre el profesional quien deberá acreditar la participación o la influencia del consumidor en la creación del contenido del contrato. (4)

(4) BIN, MARIANO, *"Una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie)"* en "Contrato e impresa/Europa", Cedam, 1996, t. II, pág. 46 y ss. La cuestión ha sido regulada en el decreto-ley 220/95 de Portugal, donde se establece que lo que el texto legal regula son "las cláusulas contractuales generales elaboradas sin previa negociación individual..." (art. 1), así como que "la carga de la prueba de que una cláusula contractual resulta de una negociación individual recae sobre quien pretenda prevalerse de su contenido" (art. 2).

En segundo lugar, que le haya sido presentada al consumidor o al usuario ya redactada.

En tercer lugar, que el consumidor o el usuario no hayan podido participar o influir en su contenido.

(c) El carácter más saliente de la cláusula abusiva consiste en que importa un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones contenidos en las condiciones generales del contrato.

El desequilibrio que resulta de una cláusula abusiva debe ser relevante o manifiesto, ya que el equilibrio contractual, conceptualmente no implica una simetría a rajatabla.

XXV. CARACTERES DE LA CLÁUSULA ABUSIVA (CONT.)

El desequilibrio significativo

Sobre la base de lo expresado precedentemente (supra 2, letra c), habremos de desenvolver brevemente el carácter esencial de la cláusula abusiva visualizado desde una perspectiva amplia.

Es característica definitoria de la cláusula abusiva **que importe un desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato, en perjuicio del primero.**

— El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones predispuesto al consumidor.

En suma, el profesional que es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral, concentra en sí propio y frente al co-contratante, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio.

Con ese poder de negociación supone hallarse habilitado para **consolidar su posición dominante** y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor.

Ese **desequilibrio significativo** (5) ha sido identificado como la nueva fórmula que adopta la anteriormente utilizada, por ejemplo, por el art. 35-78 de la ley francesa ahora derogado con la sanción del "Code": "**ventaja excesiva**" (6), que, por lo demás, es la empleada actualmente por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 51 ap. IV) y por el art. 3 de la "Ley de contratos standard" de Israel del año 5743/1982, que es aquella que se autoarroga el profesional en detrimento del consumidor. (7)

A nuestro juicio, la noción de **desequilibrio significativo**, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses.

En efecto, el principio de onerosidad se traduce en términos de comparación entre provecho y sacrificio al punto que, desde la génesis del contrato, las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas "según un criterio de equivalencia y reciprocidad". (8)

En efecto, es precisamente la **desventaja exagerada** lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

(5) Alemania adoptó la Directiva 93/13 del 5 de abril de 1993 de la C.E.E., mediante una ley del 19 de julio de 1996. Por ella se reproduce conceptualmente la definición de la referida directiva aunque la frase "desequilibrio importante" fue reemplazada por "desequilibrio sustancial y no justificado" (Reich N., "The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany", *European Review of private law*", 2: 165-172, 1997, pág. 165 y ss.).

(6) PIZZIO J. P., "Code de la consommation", Montchrestien, París, 1996, pág. 203.

(7) BEAUCHARD J., "*Droit de la distribution et de la consommation*", Thémis, París, 1996, pág. 349 y ss.

(8) BETTIE., "*Teoría general del negocio jurídico*", R.D.P., Madrid, 1959, t. I, nro. 39, pág. 56; STIGLITZ R. S., "*Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*", Depalma, Bs. As., 1992, pág. 56, donde sostenemos que los beneficios que obtienen las partes se hallan en relación de causalidad o de equivalencia con los perjuicios que sufren, así como que esa equivalencia es subjetiva, en razón de que esta noción expulsa toda referencia a la igualdad objetiva de los valores. Cf. CARIOTA FERRARA L., "*El negocio jurídico*", Aguilar, Madrid, 1956, t. I, nro. 61, pág. 189; PINO A., "*La excesiva onerosidad de la prestación*", Bosch, Barcelona, 1959, pág. 56.

O dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, correlativamente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que de la correlación de los polos provecho-sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Por lo demás, -ya quedó expresado-, el desequilibrio significativo o manifiesto no podrá resultar de la falta de adecuación del precio o remuneración afrontado por el consumidor con relación al bien adquirido o servicio suministrado por el profesional, ni a la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata pues, indiscutiblemente, éstas son cuestiones negociables o factibles de ser negociadas individualmente. (9)

XXVI. CLÁUSULAS EXCLUIDAS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVAS

No revisten carácter de abusivas aquellas cláusulas:

(a) Que hayan sido negociadas individualmente, ni las que de su objeto o efecto resulten:

(b) Ventajas y sacrificios análogos, como lo constituiría, a título de ejemplo, que ambas partes -y no sólo el profesional-, se reserven el derecho de rescindir unilateral e incausadamente el contrato.

(c) Perjuicios sólo para el predisponente, ya que siendo el profesional -por lo menos en el marco de la contratación predispuesta- autor exclusivo y excluyente del contenido del contrato, no podría invocar como abusiva una cláusula de la que es su autor.

(d) Desequilibrio insignificante.

(9) APPIANO E. M., "*Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*", en "Contrato e impresa", Cedam, Roma, 1996, nro. 2, anno primo, pág. 438. Y así ha sido recogido por la ley belga del 14 de julio de 1991 sobre "Prácticas del comercio y sobre la información y la protección del consumidor", con las modificaciones introducidas por la ley del 7 de diciembre de 1998: "El carácter abusivo de las cláusulas no toma en cuenta la definición del objeto principal ni la adecuación entre el precio y la remuneración de una parte y los productos o servicios a suministrar por la otra..." (art. 31, parág. 3 ap. 2).

(d) Compensaciones conocidas por el consumidor o usuario, a cargo del profesional y que resulten de condiciones particulares o anexos, las que de otra forma no se habrían alcanzado. (10)

(e) La reproducción literal del contenido de normas imperativas o relativamente imperativas. (11)

(f) Por lo demás, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no podrá resultar de la definición del objeto principal del contrato, ni de la adecuación existente entre los dos polos correspondientes: el precio o retribución pagados por los bienes o servicios que se habrán de brindar o que hayan sido brindados, en la medida que hayan sido incluidos en cláusulas redactadas claramente. Los fundamentos están dados en que: (a) a los fines del juicio de vejatoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar "el desequilibrio normativo y no el económico", (b) así como que el objeto del contrato y la adecuación de la correlación precio/servicio son temas presumiblemente factibles de ser negociados individualmente. (12)

XXVII. CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO

La autoridad de control y su ámbito de actuación

De conformidad a lo establecido en los arts. 38 y 39 de la ley 24.240, la autoridad de aplicación **vigilará que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas.**

Debe quedar claro que la autoridad nacional de aplicación de la "Ley de Defensa del Consumidor", es la Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (art. 41) quien, aún en la hipótesis que la función de control, por razones de jurisdicción, compete a una autoridad local, puede actuar concurrentemente en la vigilancia y control de la ley, así como en el juzgamiento de las denuncias efectuadas.

(10) BIN, MARIANO, ob. cit., pág. 438.

(11) El art. 1 inc. 2 de la Directiva 93/13 de la C.E.E. dispone que: "Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva".

(12) BIN, MARIANO, ob. cit., pág. 442. Y así ha sido receptado, a título de ejemplo, por la cláusula 4 ap. 1 de la Directiva 93/13 de la C.E.E.

XXVIII. CONTROL ADMINISTRATIVO PREVIO EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. FUNCIONES DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE APLICACIÓN: EXTENSIÓN DE LAS MISMAS

Con relación al tema que examinamos, las funciones preceptivamente atribuidas a la autoridad nacional de aplicación son dos:

(a) En primer lugar, entendida literalmente la expresión "vigilancia" como el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno, debe entenderse que la Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor tiene la obligación, de fuente legal, de vigilar y cuidar que **los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas** (art. 38, ley 24.240).

(b) La referida vigilancia le viene atribuida: (1) de oficio, (2) por denuncia de quien invoque un interés particular, (3) o por denuncia de Asociaciones que actúen en defensa del interés general de los consumidores (art. 45 y 55, ley 24.240).

(c) En segundo lugar, en cualquiera de los supuestos previstos en el apartado precedente, si una vez cumplimentado el procedimiento administrativo a que se hace referencia en el art. 45 de la ley 24.240, la Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor verifica la existencia de una o más cláusulas abusivas, notificará al "proveedor" que las mismas se tienen por no convenidas.

(d) La decisión de la autoridad nacional de aplicación viene precedida de una instancia conciliatoria, oportunidad en que la parte contra quien se formula la denuncia se halla legitimada para producir su descargo y ofrecer, sin limitaciones, las pruebas que hacen a su derecho (art. 45-3, ley 24.240), las que serán admitidas en la medida que existan hechos controvertidos y siempre que no resulten inconducentes.

(e) La extensión de las facultades jurisdiccionales de la Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor en lo que respecta a la determinación de la existencia de cláusulas abusivas, se extiende a: (1) la iniciación de actuaciones administrativas de oficio o por denuncia y, en este último caso, a la recepción de la misma dejándose constancia en acta del hecho denunciado o verificado; (2) disponer el agregado de la documentación y citar al presunto infractor para que efectúe su descargo y ofrezca prueba; (3) decidir sobre la existencia de hechos controvertidos y, en ese caso, disponer la recepción sólo de las pruebas conducentes; (4)

ordenar como medida preventiva y durante la tramitación del sumario, el cese de la conducta que se reputa en violación de la ley (24.240) y su reglamentación (dec. 1798/94); (5) dictar medidas de no innovar; (6) pronunciarse en forma definitiva y conceder los recursos en relación y con efecto suspensivo.

XXIX. FACULTADES JURISDICCIONALES DE LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN. FUNDAMENTO PRECEPTIVO DE LA LEGITIMACIÓN DE LA SUB SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR PARA DECLARAR QUE UNA CLÁUSULA ABUSIVA DEBERÁ TENÉRSELA “POR NO CONVENIDA”

Deberá entenderse que la decisión consistente en tener por “no convenidas” las cláusula abusivas y el emplazamiento al proveedor para que notifique tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente, habrá sido dictada en el marco de las potestades jurisdiccionales de la Administración o, si se prefiere, en el ámbito del ejercicio del poder de policía, a cuyo efecto, la autoridad de aplicación deberá preservar en el procedimiento administrativo el principio de bilateralidad (art. 45-4) y garantizar la posibilidad del ejercicio de un recurso judicial contra sus decisiones (art. 45-11, ley 24.240).

Sobre la referida potestad de la Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, cabe señalar que su decisión, consistente en declarar que la cláusula de un contrato es abusiva y que, por tanto, se la tendrá por “no convenida”, deberá entenderse como un acto emitido por un órgano de la Administración en ejercicio de una facultad jurisdiccional.

La declaración que una cláusula es abusiva le viene atribuida a la Administración por ley (art. 37, ley 24.240) y la decisión de tenerla por “no convenida” le es reconocida por el decreto reglamentario de la misma ley (art. 38 decreto 1798/94) en tanto respeta el texto y el espíritu de la misma. (13)

(13) CSJN, 20.8.98, “A.A.D.I.C.A.P.I.F. Asociación civil recaudadora c/ Hotel Mon Petit y ot.”, JA nro. 6143 del 26.5.99, pág. 45, consid. 4, “Que este Tribunal ha sostenido que la conformidad que debe guardar un decreto respecto de la ley no consiste en una coincidencia textual entre ambas normas, sino de espíritu, y que, en general, no vulneran el principio establecido en el art. 99 inc. 2 C.N., los reglamentos que se expiden para la mejor ejecución de las leyes cuando la norma de grado inferior mantiene inalterables los fines y el sentido con que la ley ha sido sancionada”.

**XXX. FUNDAMENTO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL
(DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN) EN TORNO A LA LEGITIMACIÓN DE LA SUB SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR PARA RESOLVER QUE UNA CLÁUSULA ABUSIVA SE LA TENDRÁ "POR NO CONVENIDA"**

Doctrinariamente se tiene reconocida la facultad jurisdiccional de la Administración sobre la base de ciertos límites.

Sobre el particular, pacíficamente se acepta la legitimación de los órganos administradores para emitir actos jurisdiccionales, (14) siempre y cuando la atribución de tales funciones (a) provenga de una ley formal (15), o de un decreto reglamentario que respete su espíritu, (16) (b) no se altere en favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional y (c) el Poder Judicial retenga para sí la revisión final de la decisión administrativa de esencia jurisdiccional. (17)

En el caso, la Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, obra como juez en ejercicio de una facultad legal que la legitima para declarar o denegar un derecho, haciéndolo a través de una actividad administrativa con contenido jurisdiccional.

(14) MARIENHOFF, M. S., *"Tratado de derecho Administrativo"*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, t. I, nro. 18 b), pág. 87, quien afirma que así como el órgano judicial, cuya función principal o esencial es la emisión de actos jurisdiccionales, puede emitir excepcionalmente actos administrativos, del mismo modo que el órgano administrador, cuya misión esencial es la emisión de actos administrativos, excepcionalmente puede asimismo realizar actos jurisdiccionales quien, para ello, se vale del "procedimiento". En el mismo sentido, GORDILLO A., *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, Cap. IX, pág. 27, parág. 12, quien señala que el reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a la Administración implica la limitación o reducción de la revisión judicial, pero que no conduce a la restricción que importaría la admisión sólo del recurso extraordinario.

(15) CASSAGNE J.C., *"Derecho Administrativo"*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991, t. I, pág. 65.

(16) GIULIANI FONROUGE C. M., *"Derecho Financiero"*, Depalma, Bs. As., 1962, vol. I, pág. 62; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 151-5.

(17) DROMI, Roberto *"Derecho Administrativo"*, 7ª ed. act., pág. 182, Ed. Ciudad Argentina, Bs.As. 1998. Señala el autor que la Corte ha establecido que control judicial suficiente significa reconocer a los litigantes el derecho de interponer recurso ante los jueces ordinarios y que "la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas" (CSJN, 19.9.60, "Fernandez Arias", Fallos, 247:646, consid. 19).

La decisión administrativa necesariamente tolera la impugnación judicial por la vía de recursos.

De allí que se aluda a la unidad del proceso en que toman parte el Poder Administrador y el Poder Judicial.

Y la hipótesis que nos interesa se halla prevista en el art. 45-1, ley 24.240 ya que se trata, en rigor, de un recurso de apelación para ante la justicia contra un acto administrativo de contenido jurisdiccional, lo que garantiza la "necesaria plenitud de la revisión judicial posterior".

Y así, ha sido tradicionalmente decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir que el otorgamiento de atribuciones jurisdiccionales a funcionarios de la Administración, no es constitucionalmente inválido si la ley que las concede establece, respecto de la decisión administrativa, oportunidad de control suficiente para proscribir la discrecionalidad y la prescindencia arbitraria de la ley. (18)

XXXI. SISTEMAS DE CONTROL ADMINISTRATIVO PREVENTIVO EN EL DERECHO COMPARADO

(a) Francia es paradigma de un sistema que tiene su origen en el art. 37 de la ley del 10 de enero de 1978. Establece un control administrativo previo sobre las cláusulas abusivas que, en lo esencial, consiste en la existencia de una "Comisión de cláusulas abusivas", presidida por el Ministro de Consumo quien conocerá "de los modelos de contratos habitualmente propuestos por los profesionales a los no profesionales o consumidores".

Dicha Comisión es la encargada de la búsqueda o investigación sobre si los referidos modelos contienen cláusulas que pueden presentar un carácter abusivo (art. 132-2, "Code de la consommation").

La solicitud de retiro de la circulación de la cláusula puede ser pedida por el Ministro del Consumo, por las Asociaciones de

(18) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31/5/61, ED: 1-147; C.S.N., 1/3/83, "Madala A.D.", ED: 104-256; C.S.N., 26/12/89, ED: 144-204; CSJN, 10.04.90 "Juárez, Rubén Faustino y ot. c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ acción de amparo", Fallos 313: 459, consid. 10; id. 16.12.93, "Elías, Jalife s/ acción de amparo", Fallos 316:3080, consid. 10; id. 24.11.98, "Demchenko, Iván N. c/ Prefectura Naval Arg. -DPSJ 3/96- s/ proceso de conocimiento", D. 62 XXXIV, consid. 4º).

Defensa del Consumidor, por los profesionales interesados o de oficio (art. 132-3, "Code de la consommation").

La Comisión solo puede recomendar la supresión o la modificación de las cláusulas que presenten un carácter abusivo, por lo que como se hallan desprovistas de valor jurídico, el rol administrativo de control constituye sólo una incitación dirigida a los profesionales para eliminarlas. (19)

Es el Ministro de Consumo quien puede de oficio o a solicitud de la Comisión hacer pública sus recomendaciones que no pueden contener indicación de ninguna naturaleza que permita la identificación de situaciones individuales (art. 132-4, "Code de la consommation").

Un sistema análogo es el previsto en Bélgica por ley del 14 de julio de 1991, actualizada por ley del 7 de diciembre de 1998 sobre "Prácticas de comercio y sobre información y protección de consumidores" (arts. 35 y 36). (20)

(b) En Israel, existe un Tribunal para "Contratos standard" constituido por hasta doce integrantes, de los cuales el presidente y el vicepresidente deberán ser jueces de un tribunal de distrito designados por el Ministro de Justicia.

Otros dos integrantes deberán representar a organizaciones de consumidores.

Los profesionales o proveedores podrán solicitar del Tribunal la aprobación de un contrato tipo **que desee celebrar** con sus clientes. El Tribunal podrá (a) aprobarlo por un período de cinco años o por uno menor que establezca, durante el cual no se atenderá ninguna petición tendiente a declarar la nulidad de ninguna de sus cláusulas. O, de lo contrario, podrá (b) rechazarlo por contener cláusulas excesivamente desventajosas que una vez identificadas se considerarán nulas.

La solicitud de nulidad de una cláusula podrá ser requerida por el Procurador General, por algún miembro de la Comisión

(19) PIZZIO J. P., ob. cit., pág. 209.

(20) Una "Comisión de cláusulas abusivas" se halla facultada para recomendar la supresión o la modificación de cláusulas sobre las que se aprecia "crean un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor" (art. 36, parág. 1er. inc. 1).

de Protección al Consumidor creada por Ley de Protección al consumidor del año 5741/1981, o por alguna organización de consumidores aprobada por el Ministro de Justicia.

El Tribunal que considere que una cláusula es excesivamente desventajosa podrá anularla o modificarla hasta suprimir el exceso.

Una vez declarada la nulidad de una cláusula se la considerará nula en cualquier contrato que se celebre conforme a dicho contrato tipo, incluso a contratos celebrados con anterioridad a la emisión del fallo.

(c) En España la ley 7 del 13 de abril de 1998 sobre "Condiciones generales de los contratos" ha creado el "Registro de Condiciones generales de la contratación" (art. 11) donde, con carácter preventivo, se anotará la interposición de las demandas ordinarias de nulidad o de declaración de no incorporación de condiciones generales, así como las acciones colectivas de cesación, de retractación y declarativas, y las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Serán objeto de inscripción las ejecutorias en que se recojan las sentencias firmes estimatorias, como así también cuando se acredite la **persistencia** en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas.

El Registro es público y la inscripción de las condiciones generales podrá ser solicitada por el predisponente, por el adherente, y por los legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas.

(d) El "Código de defesa do consumidor" vigente en Brasil, preveía el **control administrativo abstracto** de las condiciones generales contractuales en los contratos de consumo, control que se encomendaba al Ministerio Público. Pero las normas que lo consagraban (art. 51, parágrafo 3 y art. 54 parágrafo 5) fueron vetadas por el Poder Ejecutivo). Las normas vetadas otorgaban efectos "erga omnes" a las decisiones administrativas del Ministerio Público sobre la abusividad de las cláusulas sometidas a su examen.

El fundamento del veto consistió en que el control de los actos jurídicos sólo podría ser efectuado por el Poder Judicial.

La doctrina brasileña sostuvo la antijuridicidad del veto fundando su postura en que las decisiones del Ministerio Público serían administrativas, no afectando los principios constitucionales de inderogabilidad de la jurisdicción, pues el afectado por una

decisión adversa, retendría igualmente la vía judicial. Por lo demás -agrega-, el control de los actos jurídicos puede ser no sólo judicial sino, también, administrativo si así lo dispone la ley. (21)

XXXII. CONTROL JUDICIAL SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. SU ENUNCIADO INDICATIVO. CLÁUSULA ABIERTA. PANORAMA EN EL DERECHO COMPARADO

Si bien es cierto que existen diversos sistemas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial es aquél que (a) incluye una cláusula abierta, (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y (c) otro de cláusulas factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial.

La cláusula abierta se caracteriza por tratarse de (a) una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos. Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. Es (b) aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho o en el enunciado de cláusulas factibles de ser judicialmente declaradas nulas.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y (c) dada su amplitud presupone que las listas de cláusulas -negras o grises- sean meramente indicativas.

(a) Alemania incorporó en la reforma a su Código civil que entró en vigencia el 1 de enero del 2002, en sus parágrafos 305/310, el contenido de su "Ley de condiciones negociales generales" (AGB-Gesetz-1977). El texto contiene una cláusula abierta cuyos caracteres generales acabamos de describir (parág. 307 del BGB) (22); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas

(21) NERY JUNIOR, Nelson, "*Código brasileiro de defesa do consumidor*", Forense Universitaria, 5ta. ed., Río de Janeiro, 1998, pág. 434).

(22) "Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponene. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula

previa apreciación judicial (parág. 308 del BGB) y otro de diez y seis cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309 del BGB). El mencionado, es el sistema adoptado por Portugal (decreto 446/85, modificado parcialmente por el decreto-ley 220/95) en cuanto contiene una cláusula abierta por la que se prohíbe las cláusulas contractuales generales contrarias a la buena fe (art. 16) y, a continuación un enunciado de seis cláusulas absolutamente prohibidas (art. 21) y otro de once cláusulas relativamente prohibidas (art. 22).

El expuesto es el sistema vigente en el Código civil de Italia a partir de la sanción del art. 1469 bis. En efecto, dispone de una cláusula general (art. 1469 bis); un enunciado de veinte cláusulas que "se presumen vejatorias hasta la prueba en contrario" y otro de tres cláusulas ineficaces de pleno derecho (art. 1469 quinquies, Cód. civil).

(b) En Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte se ejerce el control judicial a través de la aplicación de diversos principios. Por ejemplo, se alude al (a) principio de la "consideration" que, en una de sus acepciones, preserva el equilibrio o relación de reciprocidad entre beneficios y sacrificios, aunque no con una equivalencia matemática. También se aplica la (b) doctrina de la "repugnancy" en tanto permite al Tribunal la declaración de ineficacia de una cláusula de exclusión con fundamento en que la misma contraría "el propósito principal u objetivo del contrato" ("the main purpose of contract"). (23) Y se acude a los (c) principios del "fundamental term" y "fundamental breach" para impedir que un contratante, responsable de incumplimiento contractual, haga valer una cláusula exonerativa o limitativa cuando su conducta importó un grave incumplimiento, al punto que el contrato queda vacío de contenido ("fundamental breach") o cuando el incumplimiento afecta un elemento esencial ("fundamental term").

No es factible de excluir o restringir convencionalmente, las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento que derive en

esté redactada de forma no clara e incomprensible. En caso de duda, se presume un perjuicio indebido cuando la cláusula: 1) no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere, o 2) se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecuencia de la finalidad del mismo".

(23) GARCÍA-TUÑÓN A. M., "El modelo inglés de control de las cláusulas injustas; la *Unfair contract terms Act de 1977*", pág. 42.

muerte o daños personales resultantes de negligencia del autor. En cambio, en el caso que de la negligencia deriven otras pérdidas o daños es factible la exclusión o limitación si la cláusula satisface el requerimiento de razonabilidad. (24)

(c) Otro sistema está constituido por el “Código de Defesa do Consumidor” vigente en Brasil (ley 8078 del 11/9/90), en tanto consagra dos cláusulas abiertas (art. 51 ap. IV y art. 51 parág. 1, aparts. I, II y III) y un único enunciado de cláusulas abusivas nulas de pleno derecho (art. 51). Lo propio acontece con España, dado que por ley 26/1984 se enuncia una cláusula abierta (art. 10 inc. 3) y una lista de cláusulas declaradas nulas de pleno derecho y “que se tendrán por no puestas” (art. 51 ap. 4). Sistema del que participa Argentina en tanto introduce dos cláusulas abiertas: las que desnaturalicen las obligaciones (art. 37 inc. a) ley 24.240) y aquellas que importen renuncia o restricción a los derechos de los consumidores (art. 37 inc. b), ley 24.240 y dos cláusulas abusivas: la que limita la responsabilidad por daños (art. 37 inc. a) y la que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (art. 37 inc. c), ley 24.240).

(d) Otro mecanismo de control es el ideado en la Directiva 93-13 de la C.E.E. y art. 132-1 del “Code de la consommation” de Francia donde a la cláusula abierta se le añade un elenco indicativo de cláusulas que *pueden ser* tenidas como abusivas.

(e) Añadimos a los sistemas expuestos que, en Italia, salvo la presunción de vejatoriedad de las cláusulas enunciadas en el art. 1469 bis, ya con relación a las condiciones generales de los contratos predispuestos, el art. 1341-2, Cód. civil, subordina su eficacia a la circunstancia de que hayan sido específicamente aprobadas por escrito. La crítica que se le formula al mecanismo previsto por esta última disposición consiste en que la observancia de una formalidad no puede lograr desafectar del control judicial la ilicitud de una cláusula.

(f) Finalmente, en Israel en los procesos entre proveedores (profesionales) y consumidores (clientes), cuando la Corte considere que una cláusula es excesivamente desventajosa podrá anularla o modificarla (revisarla) todo lo necesario que sea hasta

(24) DI MEO, M., “Il sistema inglese”, en “Clausole vessatorie e contratto del consumatore”, a cura di Ernesto Cesáro, Cedam, Milano, 1997, vol. II, pág. 845.

suprimir la desventaja excesiva (art. 19 inc. a), "Ley de contratos standard", 5743/1982.

XXXIII. LA CLÁUSULA ABIERTA (CONT.).

Casuística

(a) El Código civil alemán, al recoger el contenido del AGB-Gesetz (parágrafos 305/310), constituye un ejemplo paradigmático de la suficiente amplitud con que debe ser redactada la norma jurídica que la contenga: Se consagra la ineficacia de las estipulaciones que (a) perjudiquen al adherente de forma (b) indebida en oposición al (c) principio de buena fe. En caso de duda sobre la existencia de perjuicio no equitativo se lo presume si la cláusula (d) no es compatible con las ideas esenciales de la cual se aparta (normas dispositivas), o cuando (e) limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución del fin práctico (parág. 307).

(b) De una fórmula aproximada participa el "Código de Defensa do Consumidor" de Brasil, cuando consagra la nulidad absoluta de las cláusulas que coloquen al consumidor en (a) desventaja exagerada o que sean (b) incompatibles con la buena fe o la equidad (art. 51 ap. IV), presumiéndose lo primero cuando (c) ofende los principios fundamentales del sistema jurídico al que pertenece (normas dispositivas), cuando (d) restringe los derechos y obligaciones fundamentales inherentes a la naturaleza del contrato de tal manera que amenaza su objeto o el equilibrio contractual o (e) se muestra excesivamente onerosa para el consumidor considerando la naturaleza, el contenido del contrato o los intereses de las partes (art. 51, parág. 1, aps. I, II, y III). (25)

(c) Otra fórmula se halla constituida por aquellas normativas que siguen los lineamientos de la Directiva 93-13 de la C.E.E. que, en lo esencial, consagra como cláusula abierta aquella por la que considera abusivas las cláusulas que, pese a las (a) exigencias de la

(25) Con un mayor rigor de técnica legislativa, la cláusula abierta no debería integrar la lista de cláusulas abusivas sino que debería constituir una disposición legal autónoma como, por ejemplo, lo establecía el parág. 9 del AGB-Gesetz. La misma crítica la hacemos extensiva a la ley 26/1984 vigente en España dado que en el art. 10 inc. 3 aparece regulada su cláusula abierta: (a) perjuicio desproporcionado o no equitativo o que (b) comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores.

buena fe, causan en detrimento del consumidor un (b) desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes (art. 3 ap. 1). En el sentido indicado, por ejemplo, el art. 1469 bis, Italia y el art. 132-1, "Code la consommation", Francia.

XXXIV. UNA DE LAS CLÁUSULAS ABIERTAS EN ARGENTINA: "LAS QUE DESNATURALIZAN LAS OBLIGACIONES". NOCIÓN

Una de las dos cláusulas abiertas incluidas por la ley argentina (art. 37 inc. a) ley 24.240) es aquella por la que se establece que "se tendrán por no convenidas" las cláusulas que desnaturalizan, alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

La expresión desnaturalización de la relación obligacional debe entenderse en el sentido que, por aplicación de una o más cláusulas se altere **significativamente** la relación:

- (a) ampliando los derechos del profesional con daño al consumidor;
- (b) reduciendo o suprimiendo las cargas u obligaciones del profesional;
- (c) reduciendo u suprimiendo los derechos del consumidor;
- (d) o ampliando las cargas u obligaciones del consumidor.

Y de todo ello resulte un **desequilibrio significativo** de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula contestada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno de derecho, el examen de los caracteres que perfilan el abuso presupone en el intérprete un amplio poder discrecional en punto a la evaluación del **desequilibrio significativo**. (26)

XXXV. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN DE ABUSIVA DE UNA CLÁUSULA. LA NULIDAD PARCIAL

Pacíficamente la cuestión se decide por la nulidad de la cláusula abusiva y por la conservación del contrato, "si es que éste puede

(26) ROMAGNOLI G., "Clausole vessatorie e contratti d'impresa", Cedam, Roma, 1997, pág. 49.

subsistir sin las cláusulas abusivas" (art. 6 ap. 1, Directiva 93-13, C.E.E.; art. 1469 quinquies, Cód. civil, Italia; art. 306-1 del Código civil alemán; art. 132-1, "Code la Consommation", Francia; art. 51, parág. 2, "Código de defesa do consumidor", Brasil).

Argentina participa del criterio legal expuesto, dado que la consecuencia que sigue a la calificación de abusiva de una cláusula, se halla constituida por la nulidad parcial del contrato, en razón que se la tiene por "no convenida". Precisamente el art. 37 de la ley 24240 comienza por el efecto preceptivo: "Sin perjuicio de la validez del contrato se tendrán por no convenidas..."

Con relación a las mencionadas en el texto legal de modo taxativo como "no convenidas", (a) la cláusula limitativa de responsabilidad por daños y (b) la que consagre la inversión de la carga de la prueba, dados sus caracteres manifiestos, tornan inexorable la declaración de nulidad.

Cuando se halle cuestionada la eficacia de cláusulas que no sean las enunciadas precedentemente, el juez deberá realizar un test de confrontación entre las cláusulas cuya legitimidad se conteste y las normas constitucionales, legales y principios generales. Ello constituye un control de legitimidad y equidad. Se trata de las cláusulas objetadas por desnaturalizar las obligaciones o por importar renuncia o restricción a sus derechos, por lo que requieren de una investigación o apreciación judicial dado su carácter no manifiesto.

Como consecuencia de la declaración de nulidad parcial, el juez "simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario" (art. 37 in fine).

En cuanto a la posibilidad material o efectiva de aplicación de la nulidad parcial el Código civil suministra una pauta (nulidad completa o parcial) pero no un criterio apto a ese propósito (art. 1039, Cód. civil).

Por lo que habrá que acudir a directivas de interpretación como la de (a) relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes, (b) la de prevalencia del principio de conservación del acto y, su correlato, el de la incomunicabilidad de la nulidad y la (c) divisibilidad de la prestación. (27)

(27) RUIZ MUÑOZ, M., "La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores", Lex nova, Valladolid, 1993, pág. 300; Stiglitz R.S.-Stiglitz G.A.,

Cuando el negocio pueda subsistir -lógica y finalísticamente-, aún sin la cláusula viciada, habrá que atenerse al propósito práctico perseguido por las partes, afirmando la validez del resto del contenido contractual no afectado, **en la medida en que constituya el mínimo contenido deseable en relación con todo el acto, tal como estaba proyectado.**

XXXVI. CONTROL JUDICIAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA. RÉGIMEN APLICABLE EN ARGENTINA

Lo aconsejable consiste, dada la trascendencia de la cuestión, -nulidad parcial de un contrato que afecta los intereses económicos del consumidor-, en establecer el procedimiento más abreviado de acceso a la justicia que preserve una adecuada y eficaz protección.

En Argentina así lo establece el art. 53 de la "Ley de Defensa del Consumidor", 24.240: "Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente".

Según los casos, corresponderá el procedimiento sumarísimo (art. 321 de los Códigos procesales en lo civil y comercial de la Nación y la Provincia de Buenos Aires) o normas concordantes de otras provincias.

La solución permite superar uno de los esenciales obstáculos para el acceso del consumidor a la Justicia, constituido por su lentitud. (28)

La ley argentina reconoce legitimación (a) al consumidor individualmente, (b) al Ministerio Público y (c) a las Asociaciones de Consumidores constituidas cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores (art. 52).

También la Constitución Nacional (art. 43) suministra legitimación para ejercer la acción de amparo, contraviolaciones o amenazas inminentes a los derechos de los consumidores. Puede accionar el consumidor individualmente, las asociaciones de consumidores y el Defensor del Pueblo.

ob. cit. pág. 288.

(28) PERROT, R., "Para un proceso civil eficaz", F. Ramos, Barcelona, 1982, pág. 184 y ss.

Estas legitimaciones colectivas constituyen una eficaz solución para superar el obstáculo que, para el acceso a la Justicia, constituye la "soledad" del consumidor. (29)

XXXVII. ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA: BRASIL

En el sistema vigente en Brasil, el control de las condiciones generales de los contratos, está previsto, en principio, en el ámbito **judicial** (arts. 51 y 54, Código de Defensa del consumidor).

La acción puede ser promovida por (a) los consumidores, (b) las Asociaciones que los agrupan o (c) el Ministerio Público. (30) La cláusula abusiva, declarada judicialmente como inválida, pasa a ser considerada contraria a derecho. (31)

XXXVIII. ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.). VISIÓN COMPARATISTA (CONT.). COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

La recomendación mínima suministrada por la Directiva 93-13 de la Comunidad Económica Europea hace referencia a la necesidad de que "los Estados miembros velarán para que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas..." (art. 7, ap. 1).

El eje directriz de la Directiva apunta a la creación de normativas locales que tengan por objeto tutelar al débil jurídico de ilegítimas alteraciones en la relación sinalagmática.

A partir de la referida Directiva, se han sancionado por los países miembros de la Comunidad, normativas nacionales de las que sólo haremos referencia por su trascendencia y sus diferencias a Italia y a España.

(29) STIGLITZ G., "Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios", Juris, Rosario, 1997, pág. 90 y ss.

(30) Incluso el Ministerio Público puede demandar el control judicial previo y abstracto (art. 51, parágrafo 4to.).

(31) NERY JUNIOR, NELSON, ob. cit., pág. 370.

**XXXIX. ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.).
VISIÓN COMPARATISTA (CONT.). ITALIA Y LA REFORMA
AL CÓDIGO CIVIL.**

(a) En la opción entre el control administrativo y el judicial, **Italia** lo hizo decididamente por el último (32), pero con modalidades sustanciales a las que habremos de aludir seguidamente.

Es factible (a) la pretensión individual promovida por el consumidor contra el profesional. La misma tiene por objeto la declaración de ineficacia de una cláusula abusiva que en concreto ha sido utilizada en un contrato en vigencia, lo que significa que la declaración de vejatoriedad requiere de una constatación ex post (art. 1469 quinquies).

A su vez, el legislador italiano ha previsto (b) un proceso colectivo deducido por Asociaciones representativas de los consumidores, de los profesionales o de las Asociaciones de comercio, tendientes a la obtención de un pronunciamiento que disponga inhibir para el futuro la utilización, por parte de profesionales individuales o de Asociaciones de profesionales, de condiciones generales valoradas en abstracto como vejatorias.

La valoración **en abstracto** se predica, precisamente, de la función preventiva del remedio inhibitorio. (33)

(b) El legislador ha previsto dos hipótesis de **remedios**.

Uno de ellos, que podría enunciarse como **reprobatorio**, opera con relación al contrato singular concluido y que, por contener -a juicio del consumidor-, una cláusula abusiva lo habilita para el ejercicio de una pretensión de nulidad parcial contra el profesional.

El otro supuesto, el **preventivo**, se halla representado por las pretensiones inhibitorias colectivas ejercitables antes de la

(32) CALVI GIAN LUCA, "*Azione inibitoria*", en "*Clausole vessatorie e contratto del consumatore*", a cura di Ernesto Cesàro, Cedam, Padova, 1996, t. I, pág. 522.

(33) Señala Bin que la tutela inhibitoria participa de la naturaleza de los remedios de tipo "general/preventivo", por lo que la doctrina la distingue del remedio identificado como "individual/sucesivo", cuya valoración en concreto es aplicable a los contratos ya perfeccionados y en donde ha sido denunciado el abuso de una o más cláusulas en particular (Bin Mariano, ob. cit., pág. 451 y ss).

conclusión del contrato y que porta una **función tuitiva de tutela judicial**.

(c) Con carácter general, la tutela inhibitoria, ha sido concebida en Italia, en vista de dos resultados: uno se halla constituido por el cese de un comportamiento ilícito ya producido (reprobatorio), y el otro, consistente en la imposición al autor de la conducta disvaliosa, de una obligación futura de no hacer (abstención) o de no producir conductas antijurídicas (preventivo). (34)

(d) Sobre la base de lo expuesto precedentemente, ha sido concebido el art. 1469 sexies del Cód. civil, en tanto admite una acción inhibitoria, cuyo objeto reside en obtener un pronunciamiento judicial, que disponga **la inhibición del uso de condiciones juzgadas abusivas** respecto de potenciales consumidores.

De modo tal, que la acción se halla reconocida en favor de quien/ es se halla amenazado por la inserción en un contrato particular, de una cláusula que contenga un abuso ya comprobado.

(e) Constituye presupuesto de la pretensión inhibitoria, la mera difusión de las condiciones generales predispuestas por un profesional y que sean vejatorias, por lo que la acción podrá ser deducida antes de la transposición de la cláusula al contrato particular. De modo que la expresión **utilización** empleada en el art. 1469 sexies del Código civil italiano, no puede ser aplicada sólo a la hipótesis de transcripción de la cláusula abusiva a un contrato en concreto, pues basta con que se haya decidido su incorporación a los textos de los futuros contratos, de allí que la referida expresión tolere una interpretación extensiva.

(f) La legitimación activa de la pretensión inhibitoria colectiva le viene atribuida a las Asociaciones representativas de consumidores y de los profesionales, así como a la Cámara de Comercio, Industria, Artesanato y Agricultura.

Como se advierte, se trata, en todos los casos, de entes colectivos, entendiéndose que la legitimación se halla fundada en razones de interés general, circunstancia que no desnaturaliza las normas

(34) ALEMANNI, A., "L'azione inhibitoria nei contratti dei consumatori", en "Obiter Dictum", Revista electrónica, Internet (<http://gelso.unitn.it/card-adm/Obiter-Dictum/allem1.htm>).

y principios propios del proceso (demanda, carga de la prueba, etc). (35)

Ante la alternativa de que existan varias Asociaciones representativas de consumidores y frente al silencio del legislador en orden a la adopción de un criterio de selección, la doctrina dominante opta por que sea el juez quien evalúe, en cada caso, cuál de las peticionantes habrá de ejercer la representación.

(g) En el sentido indicado precedentemente, habrá de tenerse presente que el **“peligro inminente”** de continuación o de repetición de la utilización de una cláusula abusiva, es el fundamento del **interés de actuar** del legitimado activo. Al punto que el referido interés se extingue cuando, propuesta la pretensión, el demandado exhibe un comportamiento tal que resulte inequívoco el cese del peligro.

(h) En cuanto a la modalidad para la comprobación de la vejatoriedad de la/s cláusula, habrá de estarse al mismo criterio legal aplicable a las acciones individuales, que no es otro que una evaluación judicial que toma tres puntos de referencia: (1) una cláusula abstractamente vejatoria, aunque (2) examinada en el contrato singular sobre la base (3) de las circunstancias existentes al momento de la conclusión del contrato y de sus otras cláusulas (art. 1469-ter).

(i) Tratándose de una medida precautoria podrá ser concedida cuando haya justos motivos de urgencia, pudiendo el juez disponer que el proveído sea publicado en uno o más periódicos de los cuales, uno al menos, sea de difusión nacional. La publicación, como única sanción prevista, puede resultar eficaz desde un perfil informativo cuyo propósito no es otro que tutelar al consumidor aunque, en la práctica, se duda de su eficacia “per se” en punto (1) al alcance del conocimiento que, de la sentencia, obtengan todos los destinatarios pasivos del comportamiento ilícito y (2) a la ausencia de medios coercitivos idóneos para asegurar que el profesional cumpla con la obligación prevista en la sentencia. (36)

(35) LIBERTINI, MARIO, *“Tutela del consumatore. Prime riflessioni sull’azione inibitoria dell’uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)”*, en *“Contratto e impresa/Europa”*, a cura di F. Galgano e M. Bin, Cedam, 1996, pág. 560.

(36) La doctrina italiana ha insistido sobre la necesidad de sancionar un texto legislativo que introduzca sanciones penales, administrativas y civiles idóneas para inducir al profesional a que la medida inhibitoria sea acogida en futuros

(j) En punto al silencio del legislador sobre la eficacia del pronunciamiento inhibitorio, pacíficamente se sostiene su aplicación a todos los consumidores, suprimiéndose así, el principio que se afirma en los límites subjetivos (entre los litigantes individuales) de la cosa juzgada. De lo que se sigue, que la sentencia que condena al profesional a abstenerse de la utilización de una cláusula abusiva, extiende sus efectos a la totalidad de los futuros contratos en que el condenado hubiese previsto la inclusión de la referida cláusula.

El expresado, es el mecanismo apropiado en miras a la preservación de la característica de **generalidad** de los pronunciamientos inhibitorios. (37)

(k) Por lo demás, en los hechos, la sentencia por la que se dispone la inhibición para utilizar en futuros contratos una cláusula declarada abusiva, importa para el profesional una obligación incondicionada a su cargo o, si se prefiere, una prohibición de incluirla en los negocios a celebrar con todos los potenciales destinatarios (consumidores) afectados. De donde y si a pesar de ello, la sigue "utilizando", como la cláusula ya ha sido declarada abusiva, su sola incorporación la sitúa en conflicto (ineficacia derivada) con un pronunciamiento judicial genérico y adverso que le sirve de antecedente. Se trataría, en la especie, de una **doble disconformidad** jurídica de la que deriva, como sanción (38), la nulidad parcial del contrato ya que atañe a una parte del negocio (39), precisamente el que se halla constituido por la cláusula abusiva.

documentos contractuales (Libertini Mario, ob. cit., nro. 14, pág. 575). La ausencia de sanciones legales, determina que en Italia, el cumplimiento de la sentencia de condena (a no hacer), se halle subordinado a la voluntad del profesional quien, probablemente, la acate en consideración al descrédito que a su empresa le puede generar la difusión del pronunciamiento.

(37) LIBERTINI, MARIO, ob. cit., nro. 8 pág. 567.

(38) DIEZ-PICAZO, L., *"Eficacia e ineficacia del negocio jurídico"*, A.D.C., oct.-dic., 1961, nro. 2, pág. 821; Boffi Boggero L., "Aspectos de la nulidad del acto jurídico en el Código civil argentino", en "Estudios jurídicos", C.D.C.S., Bs. As., 1960, pág. 219.

(39) CARIOTA FERRARA, L., *"El negocio jurídico"*, Aguilar, Madrid, 1956, t. II, nro. 88, pág. 299; BETTI, E., *"Teoría general del negocio jurídico"*, R.D.P., Madrid, 1959, t. II, rno. 58, pág. 362

**XL. ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.).
VISIÓN COMPARATISTA (CONT.). PORTUGAL.
LA ACCIÓN INHIBITORIA. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.**

Se prevé la acción inhibitoria (art. 25, decreto-ley 220/95) por el que se dispone que las cláusulas contractuales generales, "elaboradas para una utilización futura" que contraríen el principio de buena fe o el enunciado de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas, "pueden ser prohibidas por decisión judicial". La acción destinada a obtener la "condena de abstención de uso" podrá ser intentada por (a) asociaciones de defensa del consumidor dotadas de representatividad; por (b) asociaciones sindicales, profesionales o de intereses económicos legalmente constituidas o por (c) el Ministerio Público. Legitimados pasivos podrán serlo contra los (a) predisponentes de cláusulas generales contractuales o (b) contra "quien las recomiende a terceros".

**XLI. ACCESO DEL CONSUMIDOR A LA JUSTICIA (CONT.)
VISIÓN COMPARATISTA (CONT.). ESPAÑA. LAS ACCIONES
COLECTIVAS DE CESACIÓN, RETRACTACIÓN Y DECLARATIVA**

Con la sanción de la ley del 13 de abril de 1998, identificada como "Ley de Condiciones Generales de la contratación", cabe afirmar que también se reconocen legitimaciones colectivas en España.

Particularmente se consagra (a) acción de cesación (art. 12.2), que tiene por objeto obtener una sentencia por la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo (art. 20, inc. 1). (40)

Asimismo, se disciplina la (b) acción de retractación por el que se insta imponer al demandado la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (art. 12 inc. 2 y 20 inc. 2).

Finalmente, se admite una acción declarativa dirigida contra cualquier profesional que utilice las condiciones generales, y tendrá por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición

(40) Como complemento de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados.

general de la contratación e instar su inscripción en el "Registro de Condiciones generales", únicamente cuando sea obligatoria (art. 11 inc. 2 y 20 inc. 3). (41)

En cuanto a la legitimación activa, las referidas acciones podrán ser ejercitadas por: (a) Asociaciones de empresarios, (b) Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, (c) Asociaciones de consumidores, (d) el Instituto Nacional de Consumo, (e) los Colegios profesionales, (f) el Ministerio Fiscal (art. 16).

Y en cuanto a la legitimación pasiva, señalamos que (a) la acción de cesación procede contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas; (b) La acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de determinadas condiciones generales "que se consideren nulas o manifieste de la misma manera su voluntad de utilizarlas en el tráfico" (art. 17, inc. 2) y (c) la acción declarativa procede contra cualquier profesional que utilice condiciones generales (art. 17 inc. 3).

En la totalidad de las acciones colectivas se admite el recurso de casación ante el Tribunal Supremo (art. 18 inc. 3). En ese caso, una vez que la sentencia dictada constituya doctrina legal, "vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente" (art. 20 inc. 4).

XLII. COLOFÓN

La prevención ha sido destacada como una de las funciones esenciales del moderno Derecho de Daños, (42) la que se hace efectiva mediante la llamada tutela sustancial inhibitoria que procede ante la acción antijurídica que amenaza la causación de un daño o la continuidad del perjuicio. (43)

(41) El Gobierno español, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento Ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores del tráfico.

(42) MORELLO, AUGUSTO M. - STIGLITZ, GABRIEL A. *"Responsabilidad Civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia"*, LA LEY, 1987-D, 364.

(43) En relación a la amenaza de daño como contenido del daño injusto ver DE LORENZO, MIGUEL F. *"El daño injusto en la responsabilidad civil"*, pág. 17, especialmente nota 11, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1996.

La tutela inhibitoria, administrativa o judicial, puede disponer que cese la actividad -efectiva o potencialmente- dañosa o que se eliminen las características que le confieren nocividad a la misma.

La ley de Defensa del Consumidor (24.240) reconoce la tutela inhibitoria por vía judicial en los arts. 52 y 53 al consagrar el acceso de los consumidores o usuarios, las asociaciones de consumidores, la autoridad de aplicación nacional o local y el Ministerio Público, a la acción judicial -la que se sustanciará por el proceso más abreviado- no sólo cuando se lesionen los intereses de los consumidores, sino también cuando los mismos resulten amenazados.

Tutela que ha alcanzado el rango constitucional mediante la previsión expresa en el art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994, que consagra la acción de amparo, siempre que no exista otra vía judicial más idónea, ante los actos de particulares o de las autoridades que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y en forma actual o inminente amenacen (lesionen, restrinjan, alteren) derechos y garantías reconocidos por leyes, tratados o la Constitución.

La Ley de Defensa del Consumidor también recepta la tutela sustancial inhibitoria en la faz administrativa en tanto impone a la autoridad de control el deber de vigilancia de los contratos por adhesión o similares a fin que no contengan cláusulas abusivas (art. 38) y, especialmente, en la reglamentación (art. 38, decreto 1798/94) en cuanto prevé que la autoridad de aplicación notifique al proveedor que las haya incluido que se tienen por no convenientes.

La Sub Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, por tanto, se encuentra expresamente facultada para disponer la tutela preventiva en sede administrativa mediante el procedimiento consagrado por el art. 45 (Ley 24.240) tendiente a impedir que la conducta ilícita dañe o continúe produciendo perjuicios a los intereses de los consumidores o usuarios, mediante la orden innovativa de dejar sin efecto cláusulas abusivas en contratos de consumo. (44)

Apuntamos, sin embargo, que el desafío lo constituye hoy la actuación de oficio de la autoridad de aplicación de la Ley de

(44) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, "La tutela inhibitoria contra daños", en ALTERINI, A. A., "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", año 1, nro. 1, enero-febrero 1999, pág. 6, Ed. La Ley, Bs. As., 1999.

Defensa del Consumidor atento el efectivo conocimiento de las cláusulas abusivas que anidan en los más variados contratos predispuestos utilizados en nuestro mercado. (45)



(45) STIGLITZ, RUBÉN S. *“Derecho de Seguros”*, LA LEY, Bs. As., 2005, 4ª ed. 1ª reimp. act., tomo I, capítulos XVI y XVII; STIGLITZ, RUBÉN S. *“Defensa del Consumidor y contratación bancaria y financiera”*, en STIGLITZ, GABRIEL A. (Dir) *“Derecho del Consumidor”*, pág. 11, ed. Juris, Rosario, 1998; SAUX, EDGARDO I. - MÜLLER, ENRIQUE C. *“Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa de automotores”*, J A., 1999-I-1008

EL MERCADO DEL CREDITO Y EL DERECHO COMERCIAL

POR JUAN CARLOS VEIGA

*La justicia no puede crearse en el mundo sólo con
módulos económicos buenos, aún siendo necesarios.
La Justicia sólo se realiza si hay Justos. (Benedicto XVI.
Roma 26.II.09)*

I. INTRODUCCION

Mis primeras palabras en ésta prestigiosa Institución sean de gratitud por la invitación cursada para incorporarme al Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y asumir el compromiso de modesta colaboración con sus actividades respondiendo así al llamado generoso y federal de su Director, Académico de Número Prof. Héctor Alegría.

El tema elegido estimo de interés académico y se trata de una reflexión sencilla sobre el Mercado del Crédito y la necesaria atención del Derecho Comercial sobre todo lo relacionado al mismo.

El Derecho Comercial ha sido llamado a tutelar el interés de los actores del mercado, desde la seguridad de la titularidad, la facilitación de su transmisión, la instrumentación de obligaciones, las garantías del fiel cumplimiento de lo acordado hasta la regulación de normas que rigen la actividad de los sujetos habilitados para operar en ese mercado.

Los períodos de crisis económica ocasionan, entre otros efectos, una lesión grave al derecho del crédito, ya que el incumplimiento masivo de las obligaciones contraídas altera el mercado del crédito, produciendo la contracción del mismo, mayor costo y aumento de exigencias en orden a las garantías.

La crisis provoca la peor de las enfermedades patrimoniales, la insolvencia, que al decir de Manuel Olivencia, es una enfermedad contagiosa que se transforma en pandemia en una economía globalizada (1).

Allí también es llamado el Derecho comercial. El abuso del crédito genera el descrédito, esto es, exactamente lo contrario a lo que pregona una economía crediticia. La concesión abusiva de crédito, por parte de las entidades financieras, particularmente las destinadas al consumo, ha generado inquietudes en la doctrina comercialista atenta a la eventual responsabilidad de aquellas.

El origen del Derecho comercial como derecho especial y autónomo del derecho civil responde a la llegada de un nuevo sistema económico que reconocía como datos de la realidad el tráfico de bienes muebles, el dinero como medida de valor e instrumento de cambio, el crédito como obligación diferida del deudor y derecho susceptible de transmisión y finalmente el mercado como espacio de encuentro entre oferentes y demandantes de bienes y servicios.

No es oportuno para el objetivo de este trabajo, detenerme en el antiguo y aún permanente debate entre los maestros Ascarelli y Garrigues, sobre si el Derecho comercial es consustancial al Capitalismo o es previo a el, lo cierto es que ambos consideraban al mismo como una categoría histórica, que se transformaba producto de la evolución de las estructuras económicas (2).

(1) OLIVENCIA RUIZ, MANUEL: Conferencia de clausura de las VIII Jornadas de la Asociación Sainz de Andino, celebradas en Almería, Junio de 2008.

(2) MOGLIA CLAPS, GUILLERMO, Derecho Mercantil y Capitalismo en RDCO 1987, cita al Prof. Garrigues: *“ El derecho mercantil es anterior al capitalismo, sencillamente porque el comercio es anterior a éste. Donde quiera que una norma jurídica, sea consuetudinaria, estatutaria o legal, ha regulado una relación de carácter mercantil, allí ha existido un derecho mercantil, aunque haya faltado un cuerpo orgánico de preceptos a la manera de los modernos Códigos mercantiles.....”*

“Aparece así claro el concepto del derecho mercantil como categoría histórica, es decir, como rama del derecho que nace en la historia a virtud de especiales necesidades que no estaban suficientemente atendidas por el derecho común. En este sentido, hemos dicho alguna vez que el derecho mercantil es función del derecho civil y que el derecho civil es una variable independiente; y que, por esta razón, el ámbito del derecho mercantil se reduce a su mínimo allí donde son suficientes

El Derecho comercial influye en nuestra vida en sociedad, tanto a nivel local como más allá de nuestras fronteras. El concepto y el contenido del Derecho comercial como disciplina científica y académica son cuestiones de debate porque generan las ideas fuerza para la aplicación del derecho en la práctica.

El Derecho comercial en su origen fue una creación cultural de la burguesía comercial de las ciudades de la Baja Edad Media (S. XI-XIII), un derecho de formación consuetudinaria recogido por los Estatutos de las Corporaciones de Mercaderes y de las ciudades y luego por los Códigos decimonónicos.

El Código Francés recoge el rigor de aquellas primeras normas especiales ("rigor commercialis") y todavía inspira la normativa especial mercantil reforzada en ocasiones por un derecho administrativo sancionador, sobretodo en la protección del crédito.

Esa nueva economía requiere del Derecho comercial y frente al trueque nace la función instrumental del dinero y su propia identidad como objeto de contratos y obligaciones.

El plazo, como concesión de tiempo del acreedor al deudor responde a las necesidades del tráfico comercial y el rigor formalista de la cesión civil cede frente a un régimen de circulación ágil y seguro, que otorga seguridad al tráfico; el reconocimiento de los frutos (intereses) luego de una tenaz oposición del mercado a las prohibiciones religiosas, hasta su protección normativa.

La protección del crédito ocupa sin duda alguna la atención principal del Derecho comercial en materia de contratos y obligaciones. Todo el sistema de títulos valores, a partir de la letra de cambio, que cambia la categoría de espacio (cambio trayecticio) por la de tiempo (instrumento de crédito) es

las formas más simples de la técnica y donde los principios jurídicos peculiares del derecho mercantil hayan penetrado de tal modo en el derecho civil que no existan motivos para la formación de aquel derecho. La concepción del derecho mercantil como categoría histórica significa simplemente que la formación de las normas jurídicas mercantiles no fue debida al capricho del legislador ni a preocupaciones puramente dogmáticas o formalistas, sino que responde a exigencias ineludibles de la realidad".

una construcción de la doctrina jurídica para la concesión y circulación del crédito.

Las bases esenciales del mercado de crédito no han cambiado. Los cambios se han dado en los instrumentos, con el menor uso de unos y la aparición de otros en el tráfico cada vez más complejo y sofisticado.

El desarrollo incontrolado del mercado de crédito implica que los riesgos asumidos queden más expuestos ante factores internos o externos, que ante una situación de crisis y pondrá a prueba la preparación y fortaleza del sistema para superarla.

La crisis provoca el colapso del mercado del crédito e impacta en el mercado de inversión colectiva. La caída de confianza afecta la esencia del crédito (*credere*) y la insolvencia es la lesión del sistema crediticio.

Si bien no es competencia del Derecho comercial abordar la complejidad del fenómeno que plantea una crisis económica, sí impactan los efectos de la misma en las relaciones jurídicas privadas generadas en el mercado, sus consecuencias patrimoniales y las derivaciones del estado de insolvencia.

El mercado del crédito, cuya sensibilidad y trascendencia es de valor estratégico en la economía de un país, requiere del Derecho comercial un permanente aporte para su ordenamiento, funcionamiento y para la solución jurídica de los complejos conflictos de intereses que se producen en el mismo.

II. EL FENOMENO DE LA GLOBALIZACION

La noción de globalización parte de la idea de actividad humana que se proyecta mas allá de las fronteras de una Nación hacia un espacio mayor e ilimitado de nuestro planeta. De manera sintetizada ha sido definida como la contracción del espacio y la aceleración del tiempo.

Si bien suele afirmarse que la globalización se remonta a los primeros períodos de la historia y se menciona a Alejandro Magno como uno de los primeros globalizadores, en puridad, el fenómeno como tal ha alcanzado su verdadera expresión y dimensión en la segunda mitad del siglo XX donde la expansión de las empresas multinacionales generó la globalización de la

producción, sucediendo a la globalización del comercio que se anticipó en el tiempo.

Este hecho provocó la migración transfronteriza de los factores intervinientes en la producción: empresarios, trabajadores, capital de trabajo, capital financiero, información, tecnología, etc.

Braudio Medel destaca que la economía mundial se caracteriza en la actualidad por un doble fenómeno recíprocamente alimentado: la globalización y un proceso generalizado de fuerte desarrollo tecnológico aplicado a las actividades productivas (3).

Esta nueva realidad se manifiesta y traduce en un mayor flujo internacional de bienes, servicios, capitales, personas, información y tecnología que con mayor intensidad y apertura avanzan procurando una asignación más eficiente de los recursos a escala mundial pero con el riesgo de deslocalización de las actividades en algunos territorios y de una distribución de la renta y de la riqueza no equitativa.

La globalización requirió pues, una adaptación a la nueva realidad por parte de los países y de los sectores económicos, habiéndose señalado con cierta dureza que la Unión Europea está en crisis por su falta de adaptación a los nuevos requerimientos de la economía globalizada y de la revolución tecnológica (4).

Como no podía ser de otra manera, el proceso de globalización ha tenido profunda incidencia en el sistema financiero, sector de alto uso de la información y las nuevas tecnologías.

La liberalización de los movimientos de capitales y de la actividad financiera, la moneda única en los principales países de la Unión Europea, el uso intensivo de las nuevas tecnologías en el campo de la información y en el de la comunicación, el entorno macroeconómico y la flexibilidad en la fiscalización de operaciones financieras han sido factores desencadenantes de las grandes transformaciones operadas en el sistema financiero.

(3) MEDEL CAMARA B., Discurso en Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla 2007

(4) GONZALEZ, FELIPE, *"La Unión Europea: crisis y futuro"*. El País, 17.06.2008.

Las nuevas tecnologías no solo propiciaron comunicaciones de bajo costo sino que facilitaron también importantes avances en las finanzas que mejoraron la capacidad de dirigir el ahorro escaso a inversiones en capital productivo, un factor crítico para la globalización, sostiene Alan Greenspan (5).

La globalización transformó las oportunidades de endeudamiento y de ahorro para las empresas y los consumidores. La existencia de un ahorro global a la búsqueda de mejores oportunidades de inversión en el mundo, marca una tendencia en la práctica actual.

La globalización ha provocado que sea cada vez más difícil marcar los límites del sistema financiero territorial y se ponga en duda la existencia de sistemas financieros nacionales.

Las consecuencias positivas de la globalización ofrece también otra cara: la integración de los mercados no ha sido homogénea. En una economía globalizada el dinero se moviliza instantánea y anónimamente a través de las fronteras y esto genera problemas de no menor preocupación, ya que el capital volátil transmite no solamente dinero procedente de actividades lícitas y los flujos financieros altamente móviles llevan consigo ingresos fiscales.

La pérdida de la soberanía tributaria nacional ha llevado a medidas de profunda reformas fiscal en los últimos años en países desarrollados.

Otro efecto negativo de la globalización ha quedado expuesto a partir de la crisis financiera surgida en Estados Unidos en 2007 y extendida a la Unión Europea. El sistema financiero ha creado instrumentos para la transmisión del riesgo que determina que el incumplimiento del deudor original termine afectando a inversores en otros países como ha ocurrido en la crisis de las hipotecas subprime.

La utilización de instrumentos complejos insertos en un mecanismo de difícil apreciación del riesgo, ha resultado nocivo, al extremo de señalar J. E. Stiglitz que "los nuevos productos financieros eran tan poco transparentes y tan complejos que ni

(5) GREENSPAN, ALAN, *"The age of turbulence"*, Penguin, London, pág.11-12.

Wall Street ni los organismos de clasificación de valores podían evaluarlos adecuadamente” (6).

En un informe del Banco Central Europeo se pone de manifiesto la enorme trama de interrelaciones que se dan dentro del sistema financiero internacional, con los consiguientes efectos económicos. Esos efectos acaban afectando a la economía real ya que la incertidumbre y consecuente pérdida de liquidez del mercado impacta en los agentes económicos (7).

La corrección de los mercados financieros con un inevitable retorno a mayor disciplina resulta muy difícil cuando la crisis campea sobre los mismos y lleva sobre sus espaldas pérdidas millonarias cuya distribución genera nuevos conflictos (8).

Estas consideraciones sobre los alcances y efectos de la globalización en el sistema financiero en general y sobre el mercado del crédito en particular nos hace reflexionar ya que la política económica evitó en la crisis del 2008 el colapso financiero, pero a un alto precio.

Cuando la crisis se origina en el crédito privado y se compromete al sector público en su rescate lo que se hace es transferir riesgos y habilitar mayor probabilidad a que la crisis del crédito se propague al soberano.

El fenómeno de la globalización es entonces una realidad cuyos efectos son de una amplitud y diversidad que ha provocado la creación de bloques regionales e impulsado los procesos de armonización legislativa y en menor medida de unificación de las normas.

(6) STIGLITZ, J. E., *“Todo el mundo busca recetas contra la crisis”*. El País, 25.06.2008.

(7) BANCO CENTRAL EUROPEO, *Financial Stability Review*, Junio 2008, pág.12.

(8) En un artículo publicado en *The Economist*, (Mayo 2008) se señala que las pérdidas derivadas de la crisis de las hipotecas subprime estadounidenses se cifran en 285.000 millones de dólares. Menos de la mitad corresponde a hipotecas y el resto se debe a los amplificadores (derivados, contabilidad basada en el valor razonable, excesivo apalancamiento y riesgo de contraparte, entre otros). La preocupación generada entonces, por la estabilidad financiera internacional, llevó a la firma de un protocolo de cooperación entre las autoridades de supervisión financieras, los bancos centrales y los ministros de Economía de los países de la Unión Europea.

Así podemos observar en Europa un creciente interés por armonizar y/o unificar el derecho de los contratos, recordando que a fines de los años ochenta se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Olé Lando, conocido como la "Comisión Lando", que elaboró "los principios del derecho europeo de los contratos", o las disposiciones del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea propugnando la unificación del derecho de los contratos en el año 2001.

O el aporte doctrinario de la academia de privatistas europeos reunidos en la ciudad de Pavia, que publicó en 2001 un "*Código Europeo de los Contratos*" o los trabajos para la redacción de un *Código Civil Europeo* bajo la dirección del profesor alemán Christian von Bar.

O a nivel internacional la búsqueda de armonización legislativa, como en el caso de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

La elaboración de Principios Liminares, modelos de código o leyes ofrecidos como guía a los países o particulares (el denominado Soft Law), tales como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 de UNCITRAL; el de códigos modelo como el Uniform Commercial Code que rige en el sistema jurídico federal de los Estados Unidos de América; el de instrumentos redactados por organizaciones internacionales para regir contratos de particulares como los Principios sobre los Contratos Internacionales de UNIDROIT.

El Derecho es indispensable como respuesta a la globalización y el Derecho comercial ha sido y es hoy un derecho de institucionalización de la economía privada. Las instituciones son necesarias y deben ser protegidas y reforzadas en especial las que constituyen el núcleo del Derecho comercial (Derecho de sociedades, Derecho contable y auditoría, Derecho de contratos y Derecho concursal).

Y en el caso de nuestro Derecho comercial, como siempre sucede, el germen de la norma emerge de la costumbre, en este caso global, y así como observamos una constante preocupación de los Estados por proveer nuevas herramientas (vía armonización o unificación legislativa) en nuestro caso vemos surgir una multiplicidad de Códigos de Buenas Prácticas,

que no son otra cosa que el reflejo y la petición de autorregulación del “mercado” (9).

La globalización no puede ser un mero entramado de redes económicas y comerciales, debe responder a la necesidad de un nuevo humanismo que tenga como eje, la verdad y la Justicia.

Héctor Alegría en un ponderado artículo publicado el 12 de Noviembre de 2009 en la Revista LA LEY, bajo el título *La Justicia como valor en el Derecho y en el Proyecto de Vida* afirma que “*en la realidad actual no hay economía sin mercado, tampoco hay mercado sin reglas. Las reglas son naturalmente reglas jurídicas y como tales, como lo hemos afirmado hasta ahora, inspiradas en el valor justicia*” (10).

III. MERCADO Y DERECHO

La globalización ha generado la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse hacia un espacio natural, totalmente autónomo y extraño a cualquier ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el mercado y el sistema de economía generado por el mismo son regulados y la idea de un mercado sin regulación luce absurda, más aún, autores como Irti, sostienen al analizar el orden jurídico del mercado que las normas preexisten al mercado como tal, en el sentido que no hay mercado sin normas (11).

En el concepto de mercado va implícito no sólo la economicidad que opera en el mismo, sino también las reglas de acceso (autorizaciones administrativas, solvencia mínima, administradores profesionales) de ejercicio (transparencia contable, etc.) y de salida del mercado (para los casos de crisis de la empresa).

(9) Código Olivencia; Informe Aldama; Informe Cadbury; Informe Hampell; Sarbanes-Oxley Act.

(10) ALEGRIA, HECTOR, “*La Justicia como valor en el Derecho y en el Proyecto de Vida*”. Rev. La Ley 12.11.09.

(11) IRTI, N., “*L'ordine giuridico del mercato*”, Laterza, Bari, 1998, pág.38, considera al mercado una institución caracterizada por su artificialidad; así, literalmente “*locus artificialis y no locus naturalis*”; orden construido y no orden encontrado en la naturaleza originaria de los hombres. Ver también, IMMENGA, ULRICH, “*El Mercado y el Derecho*”, Beck, München, 2004.

El Derecho comercial recibió, con intensidad a partir de la globalización las modernas técnicas financieras cuya complejidad ha derivado desde el punto de vista didáctico, en un tratamiento autónomo de la materia.

De mercado y economía de mercado podemos referirnos de distintas maneras: “como un modelo conceptual de la economía capaz de explicar la formación de precios de equilibrio por efecto de la libre confrontación de oferta y demanda” o “como un sistema de organizar los intercambios, en el que las decisiones sobre cómo atender las necesidades se adoptan en un régimen de libertad por los operadores económicos y sin injerencia externa” (12).

El mercado en consecuencia, no es un ámbito que pueda prescindir del derecho, y en verdad son dos realidades que se interrelacionan, dependiendo del contexto y coyuntura histórica el mayor o menor equilibrio de ponderación en la elaboración y aplicación de la ley.

El derecho, en un marco normativo tutelar, garantiza la posición de quienes intervienen en el mercado ,evitando su utilización abusiva, ordenando la competencia, con normas desde leyes especiales para distintos sectores (seguros, bancos, mercado de valores) hasta leyes de protección a los consumidores, pasando por reglas de intervención en el desarrollo de los mercados.

La organización del mercado requiere la intervención del Derecho comercial, que ya dijimos es, además de un Derecho de actividad en la que se destaca la contratación y la competencia, también un Derecho de instituciones como ya lo advirtiera magistralmente Garrigues en 1933 pidiendo la adaptación del Derecho de Sociedades Anónimas a los nuevos hechos. Es que siempre hay “nuevos hechos”.

Embid Irujo afirma que el mercado es un ejemplo concreto de orden, distinguiendo la organización de la ordenación como lo viene sosteniendo García-Pelayo. La organización se constituye en vista de la obtención de un fin previamente planteado para cuya

(12) SANCHEZ ANDRÉS A., “*Derecho y Mercado*”, Thomson-Civitas, Madrid 2003.

consecución se calculan unos medios y se fija una secuencia lógica de objetivos. La ordenación en cambio, no reconoce planteamiento previo ni del fin ni de la secuencia e integración de objetivos (13).

En síntesis, la organización adapta las cosas a una pauta previa en función del objetivo propuesto mientras la ordenación se adapta a las cosas y circunstancias de la realidad ordenada.

R. H. Coase distingue entre las formas de organización dos grandes sistemas de asignación de recursos y adopción de decisiones: a) el mercado, regido por el sistema del precio de los factores; b) la empresa, organizada en base a la voluntad contractual de los agentes que la crean. Entre ambos, ubica a las formas de colaboración estratégica entre empresas que mantienen no obstante, competencia entre sí (14).

La configuración del mercado como organización significa para el Derecho comercial ocuparse de las condiciones de la actividad económica que se desarrolla en el mismo. La referencia a la libertad de empresa que caracteriza a la actividad de los operadores del mercado, reconoce una necesaria limitación en beneficio del propio mercado y de quienes operan en él.

Las regulaciones sobre los productos que se negocian y las responsabilidades de los operadores son el mejor ejemplo de lo que se ha dado en llamar una tendencia homogeneizadora, visible en los mercados bancarios y de seguros y con mayor intensidad en el mercado de valores " en cuya regulación se acentúan los aspectos objetivadores en cuanto a las formas jurídicas que puedan adoptarse y sobre todo, en cuanto a las características de los productos que van a ser objeto de emisión y negociación en su seno" (15).

(13) SANCHEZ ANDRÉS A., Ob.cit. ,pág.497, sostiene que " de mercado y economía de mercado se puede hablar en dos diferentes sentidos: en primer lugar, como un modelo conceptual de la economía, capaz de explicar la formación de precios de equilibrio, por efecto de la libre confrontación entre oferta y demanda; en segundo lugar, como un sistema de organizar los intercambios, en el que las decisiones sobre cómo atender las necesidades se adoptan en régimen de libertad por los operadores económicos, sin injerencia externa".

(14) COASE, RONALD: *"La empresa, el mercado y la Ley"*. Alianza Editorial, Madrid 1994.

(15) La objetivación de los requisitos de acceso y ejercicio de la libertad de empresa en el mercado de valores es relevante, pues pretende la transparencia del

La regulación jurídica del mercado constituye una muestra paradigmática del nuevo concepto de derecho del mercado que orientan autores como Immenga, Torre Schaub. Ese régimen jurídico que delimita y coordina la actuación de los sujetos del mercado, reconoce en puridad, un marco de limitación a la libertad de empresa, penetrando transversalmente en los planos clásicos del ordenamiento: derecho público y derecho privado.

Queda así claramente expresada la imposibilidad de pensar en una asimilación del Derecho del mercado con el Derecho comercial, pero sí surge evidente las múltiples referencias y conexiones que tiene la actividad económica del mercado con esta rama del derecho privado que hoy rige la actividad organizada bajo la forma de empresa.

La coexistencia de una economía de mercado libre con la actuación tutelar de la legislación comercial en un marco de prudente ingerencia estatal permitirá la defensa de los intereses de los distintos concurrentes del mercado.

Si el mercado supone relaciones económicas que el derecho como ciencia debe regular, el derecho es entonces un elemento esencial del mercado.

Si el derecho es entonces un elemento esencial del mercado, quienes actuando en el mercado soslayan las normas jurídicas o no respetan el sistema organizado ni las normas imperativas que regulan su funcionamiento, violan el derecho regulatorio, afectan al mercado y la libre competencia, generando indirectamente una restricción en el acceso al crédito y un aumento de sus costos y garantías. Al marginarse del sistema jurídico, afectan la estabilidad y generan la marginación social de otros.

IV. EL MERCADO DEL CREDITO

En un sistema de mercado, sostiene Samuelson, todo bien tiene un precio, que es el valor del bien expresado en dinero (16).

mercado así como la tutela del inversor que acude a él en busca de valores líquidos, seguros y rentables. Con mayor amplitud, en KALSS S., ANLEGERINTERESSEN, "*Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag Verband und Marka*", Springer, Wien, 2001 y en IMMENGA, ULRICH, "*El mercado y el derecho*", pág.37-62.

(16) CHULIA, FRANCISCO VICENT, "*Int. al Derecho Mercantil*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. "El dinero es el objeto, directo o indirecto, de los contratos

El precio representa los términos en los que las personas y las empresas intercambian las distintas mercaderías.

Hablar de mercado financiero es referirnos a un concepto abstracto, "al conjunto de instituciones, medios y mercados cuyo fin primordial es el de canalizar el ahorro que generan las unidades de gasto con superávit hacia los prestatarios o unidades de gasto con déficit" (17).

Es un mecanismo dinámico, en constante evolución que permite la intervención de los operadores jurídicos y económicos.

Desde su objeto, "es la negociación de activos financieros, esto es, activos intangibles que dan derecho a uno o mas pagos futuros" (18).

El derecho del mercado financiero comprende el conjunto de normas que regulan los mecanismos que permiten garantizar la eficiente asignación del ahorro a la inversión. El mecanismo principal que permite cumplir esta función es el mercado. El Derecho comercial ha recibido con intensidad en las últimas décadas las más modernas técnicas financieras.

El estudio del derecho del mercado financiero comprende cuatro partes:

a) El objeto de la materia: los instrumentos financieros, el dinero, los títulos y los servicios de inversión.

b) Los sujetos del mercado financiero: las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión.

de financiación. El dinero es a un mismo tiempo, un bien inmaterial y un bien material. En el primer aspecto, es una medida del valor de los bienes de carácter normativo, que otorga un poder patrimonial abstracto, capaz de servir de instrumento generalizado de cambio. En el segundo aspecto, como moneda, es el signo físico que incorpora según la ley de cada Estado, aquel valor patrimonial. Este signo tiene un valor nominal o legal fijado por el Estado y un valor comercial o poder adquisitivo derivado de la confianza que merezca la moneda.

(17) ARAYA, MIGUEL C., y BERGIA, MARCELO, *"Derecho de la Empresa y del Mercado"*, Ed. LA LEY, T.III, pág.314 y ss.

(18) PAOLANTONIO MARTÍN E., *"Operaciones Financieras Internacionales"*, Rubinzal-Culzoni Ed.,1997.

c) El ordenamiento del mercado de valores.

d) La contratación en el mercado financiero, los negocios jurídicos que canalizan la inversión.

Desde el punto de vista económico, los mecanismos del mercado para canalizar el ahorro reconoce dos modalidades: una indirecta a través de las entidades financieras y otra directa a través del mercado de valores.

El primero, el mercado del crédito está caracterizado por la actuación de la banca como intermediación entre los ahorristas y los sujetos necesitados de financiación. No hay contacto directo entre los que proveen los fondos y quienes requieren financiación.

El simple crédito, no incorporado a valores negociables, carece de las características de homogeneidad y fungibilidad necesarias para ser susceptible de un tráfico generalizado e impersonal en el mercado financiero.

La canalización de este ahorro requiere de la intermediación profesional de las entidades de crédito, quienes cumplen así una función económica. Esta actividad reconoce como base sustancial, la confianza. El ahorrista confía en la disposición inmediata de los fondos cuando sus necesidades así lo requieran.

El ejercicio conjunto de la facultad de disposición con retirada masiva de fondos, determina, con independencia de su estado de solvencia y liquidez, la crisis de la entidad financiera.

El Derecho comercial que históricamente atendió las exigencias de esa nueva economía, de la función instrumental del dinero y de la identidad propia de éste como objeto de los contratos y obligaciones, de la seguridad del mercado de créditos, de los instrumentos del tráfico y de las entidades que intervienen en el mismo, es llamado también ante la crisis, para restablecer la estabilidad entendida como armonía entre los objetivos empresariales de solvencia, liquidez y rentabilidad.

Es llamado a preservar la estabilidad mediante normas prudenciales de disciplina y control del ejercicio de la actividad, normas de intervención aplicables en casos de crisis y normas

contractuales que aseguren el cumplimiento de los compromisos asumidos ante el ahorrista.

Esta actividad, que tradicionalmente había sido ejercida por los bancos con carácter exclusivo, ha reconocido en las últimas décadas, la intervención de otras entidades de crédito que concurren en el mercado en el ejercicio habitual de esta clase de negocios. De allí es que parece apropiado hacer referencia al mercado del crédito como el ámbito donde se desarrolla la actividad.

Para algunos autores, "la profunda diferencia entre el mercado de dinero y el de valores se han ido paulatinamente esfumando por medio de las participaciones cruzadas, ya que los mercados de valores tienen actuación en el mercado de dinero (por ejemplo, a través de la negociación de títulos de deuda corto plazo) y eso requiere la supervisión de la Comisión Nacional de Valores y por otra parte en los mercados de valores los bancos tienen un lugar fundamental no solo como colocadores de títulos sino también como agentes de bolsa" (19).

El Mercado del crédito recoge hoy la actividad concurrente de entidades intermediarias y de consumidores sobre operaciones de capital y de créditos. Las empresas ofrecen capital y servicios y los consumidores satisfacen un precio por la utilización temporal o definitiva de aquellos.

Por la importancia de sus operaciones y por el número alcanzado, este mercado constituye en los tiempos actuales el mercado económicamente más importante y quizás el de mayor atención en la regulación de su funcionamiento.

A partir de las tres últimas décadas del Siglo XX, se observa en los mercados un creciente recurso al crédito como instrumento de financiación, quizás favorecido por la liquidez y el aumento de la rentabilidad disponible, el incremento del empleo y el correlativo descenso de las tasas de desempleo y fundamentalmente por las facilidades crediticias que la banca y las estrategias o arquitecturas financieras facilitaban al tomador de fondos, sean éstos destinados a la adquisición de viviendas, préstamos personales, ventas a plazo y tarjetas de

(19) ARAYA, MIGUEL C., y BERGIA, MARCELO, ob. cit.

crédito, particularmente estas últimas de gran crecimiento en los últimos años, luego de la crisis de 2001 en nuestro país (20).

Esta política blanda de concesión de créditos al consumo que se encuentra en plena expansión en el mercado de créditos implica un relajamiento en las condiciones para la concesión de los mismos y parece justificarse en las expectativas favorables respecto a la actividad económica y al empleo, con directa incidencia en la calidad de vida y bienestar general.

Sin embargo, el incremento de las tasas de interés, la precariedad del mayor empleo ponen de manifiesto un riesgo: que las obligaciones crediticias superen a las rentas disponibles originando el problema del sobreendeudamiento y en su caso el de la insolvencia de las personas físicas como resultado de lo que se ha llamado “la trampa de los dos ingresos” (“the two income tramp”) (21).

Sólo observar lo que está ocurriendo en los países desarrollados, donde la crisis del endeudamiento y la incertidumbre económica por los cambios de expectativa sobre la solvencia de los consumidores ha llevado a cambios drásticos en las políticas de créditos ya que las entidades crediticias se encuentran ante la disyuntiva de proceder a una interrupción del crédito (con las consecuencias imaginables por una precipitada decisión)

(20) Luego de la caída del consumo en el año 2009, se expandió un 9,1% en el 2010, año en el que el crecimiento en la emisión de tarjetas de crédito acompañó el de la actividad económica en general y del consumo privado en particular. Hasta el mes de Julio de este año 2011 las expectativas de los consumidores alcanzó máximos no registrados con anterioridad por lo que resulta esperable que se quiebre el récord de 15 millones de plásticos alcanzados en Marzo de este año. Desde el 2004 a la fecha se triplicó en el país la cantidad de tarjetas en circulación y durante este año la expansión se acentuó y el crecimiento llegó al 13.3%. (Fuente: Consultora abecebe.com).

(21) En un interesante estudio sociológico sobre el sobreendeudamiento familiar en los EEUU, se pone de manifiesto la paradoja que constituye que familias que disfrutaban de ingresos patrimoniales por parte de ambos cónyuges, terminan asumiendo una carga de endeudamiento superior a la que asumen los que reciben un solo ingreso, lo que conlleva importantes riesgos de insolvencia ante situaciones adversas, como elevación de los tipos de interés, paro, enfermedad o divorcio. E. Warren y A. Warren: “The two income tramp: why middle -class mothers and fathers are going broke”. Basic Book, New York, 2003.

o mantener la concesión del crédito con el riesgo de que dicha concesión sea considerada abusiva.

Es allí relevante el Derecho comercial con reglas dirigidas a la salvaguarda de la relación de confianza en que se basa el negocio crediticio, el deber del secreto bancario, la obligación de asesoramiento e información real dentro de un clima general de transparencia y el establecimiento de un régimen disciplinario dirigido a corregir los abusos del mercado.

El sobreendeudamiento es un problema social de creciente importancia y por ello su tratamiento jurídico es cada vez más complejo.

Existe una nueva categoría de sujeto sobre el cual el derecho debe fijar su atención "el consumidor del crédito" (22).

Uno de los instrumentos crediticios más utilizados en esta tendencia e incitación al consumo es la tarjeta de crédito que permite superar la falta de liquidez por medio del simple y peligroso trámite de diferir pagos u obtener una financiación simplificada e inmediata.

Esta situación, implica además de los riesgos propios que asume el deudor, riesgos considerables para las entidades acreedoras por las consecuencias derivadas de una morosidad que puede alcanzar cifras considerables dadas la extensión de los medios de pago y crédito (23).

El Derecho comercial, con una copiosa doctrina de larga data que precedió a la actuación normativa, ha contribuido en la fase contractual a reglas que permiten otorgar al usuario de las mismas una completa y adecuada información sobre sus derechos y obligaciones. Sin embargo hoy la exigencia es

(22) RIVERA, JULIO CESAR, *"Insolvencia de las personas físicas"*. Rev. de D.Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, La Ley, año I, N° 2, p.3.

(23) SANCHEZ CALERO GUILARTE, JUAN, *"Tarjetas de Crédito y Tutela del Consumidor"*, en Estudios de Derecho Judicial N° 50 y RDBB N°98 pág.83-120. "Los datos sobre la evolución del endeudamiento familiar en España revelan un crecimiento del mismo sin precedentes: en diez años se ha pasado de un endeudamiento que equivalía al 43% de la renta familiar disponible a un 80% (Banco de España) o 95% (La Caixa) de dicha renta".

mayor en cuanto a normas adicionales ante las desigualdades advertidas en la práctica y dirigidas a frenar el uso inconciente de este instrumento.

La realidad del consumo diario demuestra que cada vez es mas intenso el uso de este instrumento del mercado crediticio, que el dinero es cada vez menos usado como medio de pago, como consecuencia de los avances tecnológicos y de las nuevas formas contractuales de distribución.

El deber de diligencia de las entidades crediticias emisoras de tarjetas es uno de los puntos de atención por la complejidad técnica y jurídica que tiene su difusión y utilización. Resulta ineludible examinar el deber de negligencia profesional durante la vigencia de la relación con el cliente, tanto en la formalización como en la ejecución de toda la operatoria, incluyendo el proceso de cancelación.

El deber de diligencia de las entidades crediticias reconoce en la contratación financiera elementos propios que se conectan ineludiblemente con la necesaria confianza del usuario, la defensa de sus intereses y el interés general en mantener esa confianza, que como se señalara es la base del sistema financiero.

Las respuestas legislativas comienzan a aparecer en algunos países europeos (24).

Se muestra una nueva preocupación de nuestra doctrina concursalista (25), que fueron contempladas en las conclusiones del VII Congreso Nacional de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia desarrollado en octubre de 2009 en Mendoza (26).

(24) LARROUMET, CHRISTIAN, *"La Unificación del Derecho de las Obligaciones en Europa"*. Revista de Derecho Privado (Nueva Época - Año V Nº 13-14; 2006).

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *"El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés"*, separata de la Academia Nacional de Derecho, 2008; ALEGRÍA, Héctor, *"Los llamados "pequeños concursos"*. Concurso de personas físicas, consumidores, patrimonios reducidos", LA LEY, 2005-E.1353; ANCHAVAL, HUGO, *"El sobreendeudamiento de los consumidores y la cuestión moral"*, DSyC agosto 2009.

(26) Deben verse soluciones alternativas de justicia privada, como el arbitraje, la conciliación, la mediación o concordato administrativo ante el órgano de defensa al consumidor. En caso de fracaso de estas variantes debe transitarse la

Así también iniciativas del Poder Ejecutivo en la elaboración de una normativa específica, como el Proyecto de Ley de Pequeños Concursos del año 2002 (27).

Pero no es nuestra intención en esta lectura, abordar las diversas propuestas que desde la óptica de la insolvencia han contemplado el fenómeno, sino hacerlo desde la óptica de la regulación preventiva o desde la responsabilidad por daños.

Existen regulaciones, aunque insuficientes, en lo que hace al deber de información y diversos proyectos de estudios sobre limitaciones o mecanismos de graduación del crédito abusivo pero aún no se ha explorado en nuestro país la temática desde el ángulo de la responsabilidad.

No tenemos en nuestro derecho regulación de la concesión abusiva de créditos, no existiendo delimitación alguna que marque las condiciones de responsabilidad por la concesión de créditos. En este marco de ausencia de regulación normativa, la eventual responsabilidad de las entidades por concesión abusiva del crédito, podría construirse en el ámbito de la responsabilidad por daño, generándose como primera cuestión establecer la naturaleza de esa responsabilidad: ¿contractual o extracontractual?

La responsabilidad contractual encontraría basamento en el "status" jurídico de la banca, que tiene la obligación de actuar con diligencia y de la que derivaría su deber de tutela sobre los acreedores del deudor financiado. Esta es la posición minoritaria en la doctrina italiana que encuentra fundamento en el art.1173 del C. Italiano (28).

vía judicial, para lo cual debe regularse un procedimiento abreviado y dinámico. Entre las características postuladas para este procedimiento judicial, se propuso: - función de una justicia simple y económica, a cargo de jueces letrados o vecinales (v.gr.: Jueces de Paz); - el juez debe adaptar el procedimiento concursal a esta problemática a fin de dotarlo de algún grado aceptable de eficacia; - se debe diseñar un procedimiento análogo al acuerdo preventivo extrajudicial, pero más acotado; - debe regularse un procedimiento especial -denominado "Concurso mínimo"- que ofrezca al consumidor sobreendeudado la oportunidad de la rehabilitación, - se propicia un proceso breve, con una única entrada, orientada a la reestructuración del pasivo y con amplias facultades judiciales.

(27) Proyecto elaborado por los Dres. Alegría, Anich y Rivera a instancias del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía.

(28) SCOGNAMIGLIO, "*Sulle responsabilità dell' impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*" en Giur.it.1995 pág356.

La responsabilidad de las entidades en el marco de la responsabilidad extracontractual se regiría por los principios generales del derecho de daños, con las dificultades que ello significa, pues se imputaría a la entidad la lesión de derechos subjetivos de terceros acreedores perjudicados por el financiamiento en situación de insolvencia o de dificultades económicas, que trae aparejado el aumento del pasivo y eventualmente la disminución de garantías.

El punto difícil de dilucidar es saber cual debería ser la situación económica del deudor para considerar abusiva la concesión de crédito por parte de una entidad financiera y la concreción en ese ámbito de la exigencia derivada de la responsabilidad extracontractual de relación de causalidad entre el hecho realizado (concesión del crédito) y el daño sufrido por el acreedor.

Si partimos de la premisa que el financiamiento es parte del objeto social de las entidades financieras y que la autonomía de la voluntad permite que las partes acuerden los modos de solución de las crisis que se planteen durante la relación, tan lícito será la concesión del crédito en situación de bonanza económica como en situación de crisis económica.

La naturaleza del daño y su cuantificación así como la existencia de una relación de causalidad directa entre la concesión del crédito en condiciones de insolvencia o cuasi insolvencia, y el daño inferido a los acreedores, sería de difícil precisión.

Estas dificultades llevan a acudir o buscar otros mecanismos para intentar depurar responsabilidades existiendo siempre la tentación de activar mecanismos de reintegración como por ejemplo la tan en boga responsabilidad de los administradores.

El temor a una eventual responsabilidad por concesión abusiva del crédito ha marcado como contrapartida, un retraimiento de las entidades a la concesión en situaciones preconcursales.

El derecho francés, en virtud de la Loi de Sauvegarde (26 de Julio de 2005) precisa los elementos que determinarían la responsabilidad de las entidades de crédito, por concesión abusiva de crédito, otorgando así un marco de seguridad jurídica para quienes operan en ese mercado.

El modelo francés, incorporado al C. de C. (art.650.1) incorpora desarrollos doctrinales y jurisprudencia sobre el tema fijando las condiciones en que se admitirá la exención de responsabilidad de las entidades de crédito por concesión abusiva, con carácter general y no solamente de manera condicionada a que se declare un concurso de acreedores (29).

El art. L650-1 del C. de C. ha quedado así redactado: "los acreedores no responderán de los perjuicios generados a consecuencia de la financiación prestada, salvo en los casos de fraude, injerencia evidente en la gestión del deudor u obtención de garantías desproporcionadas como contrapartida de dicha financiación. En los supuestos en que concurra dicha responsabilidad, las garantías recibidas como contrapartida de la financiación serán nulas". Se advertirá que el sistema engloba a deudores personas físicas o jurídicas.

Se introduce así una cuasi exención de la responsabilidad contemplada en el art.1382 del C. C. francés, como contrapartida del modelo italiano de condiciones subjetivas frente al conocimiento efectivo por el proveedor del crédito, de la situación económica del deudor.

En el Derecho italiano el tema gira en torno a la doctrina y jurisprudencia en el marco de la responsabilidad por daño en relación solo a las entidades financieras cuando concedan créditos, siendo cuestión de debate los presupuestos de dicha responsabilidad y en particular su naturaleza, contractual o extracontractual y la legitimación para el ejercicio de la acción.

La jurisprudencia italiana en forma mayoritaria se ha inclinado por la responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva del crédito en el marco de la responsabilidad extracontractual (30).

(29) Ello se acompaña además, del reconocimiento legal expreso del llamado privilegio del fresh Money, (art. L611.11 del C. de C.) inexistente en el derecho Italiano y que conlleva, en supuestos en que finalmente se declare un procedimiento concursal, un derecho de preeducibilidad, en las condiciones legalmente fijadas del crédito del financiador frente a los acreedores anteriores y posteriores del deudor, lo que garantizaría su reembolso.

(30) La responsabilidad de la entidad financiera proveedora del crédito en el Derecho italiano exige que concurran simultáneamente dos condiciones: que el crédito se hubiere concedido o mantenido respecto de una empresa ya in-

La seguridad jurídica y certeza que derivan de la reforma francesa no ha impedido un debate sobre aquellos otros acreedores que lograron que sus créditos fueran reintegrados íntegramente con anterioridad a la declaración de un procedimiento concursal y que por no ser entidades financieras no se extendería la exención contemplada en el art. L650-1 del C. de C. que exige que se mantenga viva para su aplicación la condición de acreedor y por tanto que el crédito no haya sido satisfecho.

El mercado del crédito, ámbito mercantil por excelencia, como mecanismo de extraordinaria sensibilidad y de valor estratégico fundamental para la economía, requiere que las soluciones ante las crisis recurrentes generadas por el sobreendeudamiento de quienes concurren al mismo, sean propuestas con reglas claras y transparentes, reguladoras del sujeto y del derecho de los contratos.

La experiencias vividas en nuestro país y las que hoy conmueven los mercados más desarrollados de Europa y el Norte de América, son señales de alerta frente a la posibilidad cierta de un colapso del mercado de crédito que se extiende luego al sector de servicios financieros y con impacto en el mercado de valores y en el sector de la inversión colectiva.

El panorama actual en la Argentina aparenta un lecho de rosas: los factores externos favorables para el precio de nuestros productos, un crecimiento global en permanente alza, pero una sostenida inflación en un mercado de crédito con tasas de interés no razonables a ese estado de situación, permiten avizorar un futuro incierto.

Hoy vivimos en una euforia económica, euforia de la que ya fuimos testigos en otros ciclos económicos que terminaron profundizando la sectorización económica. Las soluciones no están garantizadas; es necesario reconocer y analizar la realidad, planificando el camino. Esta es tarea del Derecho comercial,

solvente y no potencialmente insolvente; por el otro la existencia del estado de insolvencia de la empresa a la que se concede el crédito debe ser conocida por la banca financiadora al tiempo de la concesión del crédito. (Ver en CASTIELLO D'ANTONIO "Il rischio per le Banche nel finanziamento delle impresa in difficoltà: la concessione abusiva del crédito" *Dir. Fall.* 1995 T.I pág.246-264).

previniendo la crisis, evitando el caos y el colapso que llevan a la destrucción de los principios liminares del Derecho como ya sucediera en los albores del Siglo XXI.

Ciertos desatinos encuentran voces de justificación en una incorrecta aplicación de la teoría del análisis económico del Derecho. Ese análisis importa para la construcción de las normas, pero es cuestionable para el análisis de las relaciones, en particular frente al incumplimiento (31).

El principio de la eficiencia como fundamento de la elaboración e interpretación del derecho tiene aspectos indiscutiblemente positivos, pero el derecho no puede fundarse exclusivamente en la eficiencia. La eficiencia del sistema jurídico anida en la capacidad y buena fe de los operadores.

Un sistema de crédito es la forma en que una sociedad organiza la solidaridad para mayor beneficio del conjunto. Una crisis en el mercado financiero revela una falla en la organización del crédito en una economía. Las regulaciones deben procurar evitar que vuelvan a ocurrir en el futuro, crisis idénticas a las que ya tuvieron lugar.

El sistema pretende generar siempre beneficios excedentes y crecimiento agregado permanente. No está preparado para una disminución en el excedente, porque se supone que el mayor beneficio lo obtendrán los más eficientes. El beneficio que debería ser el motor de la dinámica económica, es, en esta realidad, el criterio último, y como tal, cuando la aceleración constante se detiene, sobreviene la crisis.

La solución no puede buscarse en la mayor intervención estatal si antes no cuestionamos aspectos centrales de nuestra organización económica que hacen al mercado de dinero y crédito: el primero es el riesgo que genera la creación de dinero sobre reservas fraccionarias en distintos modelos de arquitectura financiera; el segundo, el desmedido propósito de maximizar beneficios *como así también operadores que marginan la legalidad.*

(31) RICHARD EFRAIN H.: "Ideales y realidad. Afrontar la crisis". Revista J. A. I 2007.

En este contexto, las tensiones que se generan en la puja por ingresos como si los excedentes fueran constantes, llevan a una situación de pérdida generalizada para los sectores mas desprotegidos de la sociedad.

La búsqueda permanente del ideal de Justicia requiere que la realidad y el derecho concurren a su encuentro, con reglas más inteligentes, con un Mercado del crédito con menos dinero secundario nacido de laboratorios financieros, con una teoría económica mas realista, quizás con menos crecimiento ilimitado, sin conductas desproporcionadamente codiciosas y en un contexto normativo que no favorezcan esos comportamientos.

Un fracaso en la economía de las promesas- un colapso del crédito- se continúa con una quiebra de la economía de la actividad- la recesión. La pérdida de confianza genera agresividad y destrucción.

Ofrecer planes y estrategias financieras para solucionar los fracasos y quiebras sería repetir errores anteriores, pero con peores consecuencias. Se requiere construir una base genuina y efectiva en la economía de la actividad.

Una justa y recta sociedad no puede nacer de una mera ingeniería económica. Fallas culturales y morales en todo el mundo -y en nuestro país- se erigen en telón de fondo de buena parte de las crisis económicas y financieras.

V. CONCLUSION

El derecho, como nos enseñaron nuestros maestros, es para la vida y en su realización alcanza su plena justificación.

La labor del jurista es efímera pues el derecho está en continua evolución, en especial en materias como el Derecho comercial y ello nos lleva a la búsqueda de una superior reflexión, sabiendo que emprender la regulación jurídica de las instituciones requiere comprender el problema económico - social en su intensidad.

El Derecho comercial es el derecho ordenador de la actividad económica, hoy monopolizada de hecho por los empresarios en el mercado.

Nuestro derecho mantiene fidelidad al sentido tradicional que lo vio nacer pero al mismo tiempo va adaptándose a las modificaciones que impone la realidad social.

La expansión y variedad de los bienes y servicios que hoy se negocian en el mercado y la expansión y potenciación del sujeto que actúa en el mismo, requiere a la vez la defensa de los demandantes de tales bienes o servicios.

Quienes hemos dedicado años de nuestra vida al estudio del Derecho comercial y hemos sido testigos y protagonistas de las transformaciones que ha experimentado, debemos renovar nuestro compromiso y afinar nuestros instrumentos para que un Derecho comercial nuevo responda al reto de la nueva economía y sirva mejor al ideal de Justicia.





ÍNDICE GENERAL

<i>Prevención y resarcimiento de los daños causados por la ejecución de las garantías autoliquidables,.....</i>	1
Por MAURICIO BORETTO	
<i>Inhabilitación de administradores de personas jurídicas en la quiebra,</i>	37
Por JUAN MALCOLM DOBSON	
<i>Significación jurídica de la culpa en el supuesto de solidaridad pasiva (convencional o legal),</i>	57
Por Mariano Gagliardo	
<i>Luces y sombras de la reforma concursal,</i>	69
Por FRANCISCO JUNYENT BAS	
<i>Algunos conceptos y reglas especiales del Derecho Procesal Concursal,</i>	111
Por RICARDO PRONO	
<i>El mercado del crédito y el derecho comercial,</i>	145
Por JUAN CARLOS VEIGA	
<i>Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo</i>	195
Por RUBÉN S. STIGLITZ	
<i>Negocios, medicina y derecho.....</i>	225
Por MIGUEL PIEDECASAS	





2012



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1° piso
(1014) / Ciudad autónoma de Buenos Aires
(011) 4815-6976 / 4812-9327

www.academiadederecho.org.ar
academiadederecho@fibertel.com.ar

