

Bases para una legislación actualizada del Derecho Comercial en la República Argentina

por

MAURICIO BORETTO

«(...) Vuestro tiempo es limitado, no lo gastéis viviendo la vida de otro... No os dejéis atrapar por el dogma que es vivir según los resultados del pensamiento de otros... No dejéis que el ruido de las opiniones de los demás ahogue vuestra propia voz interior... Tened el coraje de seguir vuestro corazón y vuestra intuición, de algún modo ellos ya saben lo que tu realmente quieres ser... Todo lo demás es secundario (...)»¹

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA «MATERIA» COMERCIAL.
- III. EL FENÓMENO DE LA «DESCODIFICACIÓN» DEL DERECHO MERCANTIL (Y DEL DERECHO PRIVADO). SU INFLUENCIA EN LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMERCIAL.
- IV. IDEAS DIRECTRICES O RECTORAS PARA ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN COMERCIAL:
 1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL:
 - a) *La constitucionalización del Derecho Privado:*

¹ Esta frase la dijo el recordado Steve Jobs, fundador de Apple, en su impresionante discurso en la apertura del curso del año 2005 en la Universidad de Stanford.

- 1) Introducción.
- 2) Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Nacional.
- 3) Consecuencias de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional sobre el Derecho Privado vigente.
- b) *Un nuevo sistema de fuentes del derecho a la luz de la Reforma constitucional de 1994.*
- c) *El núcleo esencial del «orden económico social» argentino según la Constitución.*
- d) *El Derecho de propiedad en sentido constitucional: su relevancia para una actualización en la legislación comercial.*
- e) *Aplicación práctica del principio de supremacía constitucional:*
 - (i) La constitucionalización del Derecho Privado y su repercusión en la responsabilidad del garante.
 - (ii) Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad.
 - (iii) El concurso extranacional y el principio de reciprocidad.
- f) *Conclusión del Principio de Supremacía Constitucional.*
2. PRINCIPIO DE CERTEZA JURÍDICA:
 - a) *Introducción.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
3. PRINCIPIO DE PRIORIDAD:
 - a) *Introducción.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
4. PRINCIPIO DE OPTIMIZACIÓN:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
5. PRINCIPIO DE PRAGMATISMO:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio:*
 - (i) La tipicidad societaria y la autonomía de la voluntad.
 - (ii) La sociedad unipersonal.
6. PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio.*
7. PRINCIPIO DE MODERNIDAD:
 - a) *Concepto.*
 - b) *Aplicación práctica de este principio:*
 - (i) El comercio electrónico.
 - (ii) Los contratos de distribución.
 - (iii) Las garantías a primer requerimiento y su actualización en función de la normativa internacional.

8. PRINCIPIO DE EQUILIBRIO:

- a) *Concepto.*
- b) *Aplicación práctica de este principio.*

V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el preciso momento en el cual el suscripto comenzó a redactar estas líneas, el Decreto número 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional encomendó al doctor Ricardo LORENZETTI, a la doctora Elena HIGHTON y a la doctora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI la redacción de un nuevo Código que unifique los Códigos Civil y de Comercio vigentes en la República Argentina.

Ante esta realidad, en tren de conjeturas, podríamos preguntarnos si acaso escribir sobre la idea de actualizar la legislación mercantil —cuando se está pregonando la unificación de ambos Códigos— no es un «contrasentido». Es más, podrían cuestionarse los destinatarios de estos párrafos sí, en última instancia, la unificación de ambos Códigos no implica la desaparición en los «hechos» del Derecho Comercial.

La respuesta a este interrogante, entendemos, debe ser negativa.

En efecto, la idea unificadora del Derecho Civil y el Derecho Comercial «(...) no significa, en definitiva, ni la absorción de aquél por éste, ni la absorción de éste por aquél, sino tan sólo la unificación sustancial de ambos exigida por la vida negocial moderna; como sucedió en Italia luego de sancionado el Código de 1942, esa unificación no significa la desaparición ni del Derecho Civil ni del Derecho Comercial como disciplinas típicas, sino tan solo la eliminación de distinguos generalmente artificiosos que, por afectar a la certeza, que es a su vez componente básico de la seguridad jurídica, advienen claramente ineficientes (...)»².

No debemos olvidar que desde fines del siglo XIX se vienen produciendo dos fenómenos significativos y paradójales:

- a) la «comercialización» del Derecho Civil y
- b) la «civilización» del Derecho comercial.

Por un lado, el Derecho Mercantil se extendió y llevó sus propias soluciones a ciertos ámbitos del Derecho Civil. Este fenómeno obedeció a la transformación económico-social conocida como «revolución industrial». Los comerciantes, que al mismo tiempo que concentraban la riqueza detentaban

² Ver «Nota de elevación del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998».

el poder político y social, impusieron sin dificultades la legislación mercantil, que respondía a sus necesidades. De este modo, el Derecho Comercial rigió no sólo entre comerciantes sino también entre un comerciante y un sujeto que no lo era. La revolución industrial, las innovaciones tecnológicas, la introducción de las máquinas y la producción en masa determinaron el crecimiento de la productividad del trabajo y permitió la reducción de los costos de producción; todo ello, sumado al desarrollo demográfico, creó una asombrosa disponibilidad de fuerza de trabajo.

Con motivo de este nuevo fenómeno, un plexo enorme de relaciones jurídicas quedó al amparo de la normativa comercial, de modo tal que ya no fue posible distinguir relaciones *relevantes* y relaciones *indiferentes* a la clase de los comerciantes y, por ende, a la legislación comercial, que se expandió a una serie indefinida de relaciones.

Sin embargo, frente a esta situación, el Derecho Civil puso sus armas en beneficio de la parte débil de la contratación ejerciendo influencia en el Derecho Mercantil. Así, por ejemplo, nacieron disposiciones según las cuales las cláusulas dudosas de un contrato deben ser interpretadas en contra de quien las predispuso; las normas de la responsabilidad civil —incorporadas al Código Civil— comenzaron a aplicarse a las relaciones mercantiles, etc.

En este contexto económico-social nace en el Derecho Comparado —como vimos— la tendencia a la unificación legislativa cuyo ejemplo más claro fue el Código Civil italiano de 1942.

En nuestro país, parte de la Doctrina insistió sobre la idea de la unificación por cuanto, se decía, que poco o nada quedaba del Código de Comercio originario. Asimismo, se sostuvo que los contratos con consumidores —sometidos a las reglas mercantiles en razón de lo dispuesto por el art. 7.º del Código de Comercio³— pasaron hoy a estar regulados por un régimen único a través de la Ley 24.240.

En la Argentina, la unificación legislativa del Derecho Civil y el Derecho Comercial (a través de la unión de ambos Códigos) se intentó —con anterioridad al Decreto núm. 191/2011— a través de los proyectos de reforma de 1987, 1992, 1993 y 1998.

Todos los intentos fracasaron.

En lo personal, no me atrevo a plantar sobre el campo la lanza de mi opinión acerca de la idea de la unificación del Derecho Privado, pues confieso que en algunos puntos es dubitativa y tiene zonas de sombra.

Sin embargo, ello no es óbice para destacar las opiniones de prestigiosos juristas que sí han tomado partido sobre el tema.

³ Que determina que si el acto es comercial para una de las partes todos los contrayentes quedan sujetos a la ley mercantil.

Héctor ALEGRÍA, por ejemplo, se ha pronunciado a favor de la unificación al sostener —en su trabajo sobre *Humanismo y Derecho de los negocios*⁴— que: «(...) 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 (...) el Derecho contemporáneo muestra progresos en el orden que venimos señalando. Antes de continuar, deseo reafirmar mi convicción sobre la necesaria unidad del Derecho Privado, que justificará cuanto digo a continuación. Desde ese punto de vista, una importante cantidad de institutos, sobre todo incorporados a partir de la reforma de 1968 del Código Civil y por leyes especiales, jalonan esos avances. Basta referirnos a la recepción de las teorías del abuso del Derecho y la lesión, ley de protección del consumidor; la extensión y límites de la autonomía de la voluntad, la generalización del principio de la buena fe, la teoría de la imprevisión, las leyes sobre concurrencia y posición dominante, las de transparencia y tutela del inversor, la protección de la intimidad y de los datos personales en la llamada sociedad de la información y la preservación y sustentabilidad del medio ambiente entre otras. Completamos este panorama, señalando en igual sentido instituciones desarrolladas por la doctrina e incorporadas al acervo jurídico, como la teoría de los contratos de adhesión (...) la teoría de la conservación del contrato y los alcances de la responsabilidad civil, incluso la responsabilidad objetiva, orientados a la reparación del daño pero fundamentalmente a la inducción de su prevención (...) estos y otros acercamientos en orden a lo que venimos sosteniendo tienen hoy morada corriente en nuestro Derecho y han hallado recepción en el proyecto de Código Civil Unificado de 1998 (...)».

Por el contrario, Jaime L. ANAYA, ha sostenido que la unificación del Derecho Privado carece de interés por cuanto «(...) no puede alcanzarse sino en un plano formal y no se advierten razones que militen a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance (...)»⁵.

El destacado jurista, con cita de Dany COHEN, señala⁶ como principal dificultad la inestabilidad de la materia comercial, que tiene un perfil bifronte:

⁴ ALEGRÍA, Héctor, «Humanismo y Derecho de los negocios», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 141 y sigs.

⁵ ANAYA, Jaime L., «La unificación del Derecho Privado. Un replanteo necesario», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de «Anales»*, año XXXV, segunda época, núm. 28.

⁶ Cfr. ANAYA, Jaime L., «La unificación del Derecho Privado. Un replanteo necesario», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de «Anales»*, año XXXV, segunda época, núm. 28.

una inestabilidad inmediata y una inestabilidad esencial. La primera especie de inestabilidad se refiere a la actuación del propio Estado que tiene la materia comercial como uno de los instrumentos privilegiados para su política económica, lo que atenta contra la estabilidad siquiera relativa que se persigue con la codificación; y, a su vez, se refiere a los inconvenientes que surgen de la base del aparato económico, por la propia creatividad de los operadores en el tráfico, que aportan un flujo constante de novedades negociales, aún inacabadas para la codificación. La segunda especie de inestabilidad tiene por causa la crisis de identidad del Derecho comercial tanto desde el punto de vista subjetivo (con la noción de profesional —que pretende desplazar al comerciante— que debería complementarse mediante una connotación económica) cuanto desde el punto de vista objetivo, pues el contenido de la materia comercial deja abiertas incógnitas respecto de situaciones, relaciones, institutos o figuras que han tendido a generalizarse. Pero, además, el Derecho Comercial se encuentra amenazado de explosión por ser una materia multiforme y heterogénea, en la que se han originado derechos como el de la concurrencia, del transporte, de los concursos, del consumo o bancario, que son sólo algunos entre los que reivindican su autonomía.

Como podemos observar, la controversia sobre la conveniencia de la unificación del Derecho Privado está en plena vigencia por lo que, hemos entendido, valía la pena reseñarla aunque sea brevemente.

Empero creemos, independientemente de los argumentos a favor o en contra de la unificación, que el Derecho comercial no desaparece a pesar de ella y que, el hecho de encarar una investigación sobre las «bases» necesarias para actualizar la legislación mercantil, reviste aristas de gran interés que nos permiten concluir en la necesidad de asumir el desafío de escribir sobre el tema.

II. LA «MATERIA» COMERCIAL

Bueno es recordar que el objetivo de nuestra investigación no es indagar sobre el «objeto» del Derecho Comercial.

Sin embargo, proponer las «bases» para actualizar la legislación del Derecho Mercantil presupone una labor previa de saber *qué es lo que hay que actualizar o, dicho en otras palabras, cuál es la «porción» del ordenamiento jurídico —de «contenido» comercial— que se quiere modernizar.*

Esta reflexión nos conduce a lo que la Doctrina ha llamado la *materia comercial*, la que se ha ido perfilando —con el transcurso del tiempo— en *instituciones*; muchas de las cuales se acercan al Derecho Civil y se unen a él, conformándose un nuevo Derecho más homogéneo.

Piénsese, como señala ETCHEVERRY, en lo que acontece con los *contratos* cuya teoría general es sustancialmente *civil* y que adquiere una aplicación generalizada cuando se analizan los contratos comerciales; más importantes

y frecuentes en las prácticas del mercado que los contratos tradicionalmente considerados civiles⁷.

Ahora bien, en la presente investigación, nos encontramos no solo con el dilema de intentar reconocer los contornos de la *materia comercial* sino que, además, estamos en presencia de una rama del Derecho Privado en permanente evolución y recepción de nuevos requerimientos que provienen de la actividad económica⁸; lo que dificulta definir el «contenido» del Derecho Mercantil que queremos «poner al día».

Hay zonas grises en las cuales convergen regulaciones del Derecho Civil y del Derecho Comercial (por ejemplo, en materia contractual, véase el instituto de la *resolución por incumplimiento* regulado por el art. 216 del Código de Comercio y el art. 1204 del Código Civil) y hay otras áreas especializadas no siempre correctamente ubicadas como civiles o comerciales o, inclusive, que gozan de autonomía (por ejemplo, el Derecho de defensa del consumidor, según Ley 24.240).

Sin embargo, creemos que sí existen «materias» que podríamos afirmar que son —fundamentalmente— reguladas por el Derecho Mercantil.

En tal sentido, y a fin de avanzar con nuestra investigación y no detenernos infructuosamente en la delimitación de la *materia comercial*, podemos aseverar —quizás pecando de cierta arbitrariedad— que, básicamente, la legislación mercantil se ocupa de establecer las principales relaciones:

- (i) del comercio,
- (ii) la industria y
- (iii) los servicios referidos:
 - i) al empresario,
 - ii) a la empresa,
 - iii) a los actos de comercio,
 - iv) a las sociedades,
 - v) al sistema concursal,
 - vi) al de los títulos y papeles de comercio, y
 - vii) al transporte por tierra, aire y mar.

En definitiva, estamos en presencia —como concluye ETCHEVERRY— de un Derecho general y básico de las relaciones económicas⁹.

⁷ Cfr. ETCHEVERRY, Raúl A., «Título preliminar», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHEVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 3 y sigs.

⁸ FARGOSI, Horacio P., «Derecho Comercial del siglo XXI», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHEVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 123 y sigs.

⁹ ETCHEVERRY, Raúl A., «Título preliminar», en *Código de Comercio comentado*, Raúl A. ETCHEVERRY (dir.) y Héctor O. CHOMER (coord.), tomo 1, ed. Hammurabi, Bs. As., 2005, pág. 18.

III. EL FENÓMENO DE LA «DESCODIFICACIÓN» DEL DERECHO MERCANTIL (Y DEL DERECHO PRIVADO). SU INFLUENCIA EN LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMERCIAL

El Derecho Mercantil es una disciplina en permanente evolución, cuyo contenido se renueva día a día.

Hablar de descodificación tiene, esencialmente, dos acepciones.

Por un lado, puede consistir en la proliferación de leyes especiales que se dictan para atender nuevas o específicas situaciones sociales que un Código no ha querido o no ha podido contemplar. Por el otro, alude a la proliferación de normas que no tienden a contemplar o precisar el Código de que se trate, sino más bien a regular materias extrañas al mismo, sustrayendo de su ámbito de acción conjuntos completos de relaciones que se someten a principios independientes o contradictorios con los que el mismo Código sustenta¹⁰.

La actualización de la legislación del Derecho Mercantil debería partir de una realidad manifiesta: en Argentina, el Código de Comercio, como elemento central de regulación normativa de la actividad mercantil, ya se ha venido «descodificando»; produciéndose la paulatina sustitución de sus disposiciones a través de leyes especiales.

La cuestión no es baladí, pues profundizar este proceso, con el fin de obtener una legislación mercantil moderna y armónica, con cuerpos normativos más flexibles, ágiles, dinámicos y abiertos, es una opción que debe explorarse frente a la insistencia de un código completo y cerrado.

La «descodificación» de la materia mercantil es una realidad que se viene produciendo hace décadas y puede apreciarse a través de diversas leyes especiales.

A guisa de ejemplo, podemos mencionar:

- Decreto-ley 5965/63, de letra de cambio y pagaré.
- Ley 24.452 de cheques.
- Ley 9.643 de *warrants*.
- Decreto-ley 15.348/46 (y Decreto 897/95) de prenda con registro.
- Ley 17.418 de seguros.
- Ley 24.481 de patentes de invención y modelos de utilidad.
- Ley 22.362 de marcas y designaciones.
- Ley 25.065 de tarjeta de créditos.
- Ley 25.156 de defensa de la competencia.
- Ley 19.550 de sociedades comerciales.

¹⁰ PEIRANO FACIO, Jorge, «La descodificación en el Derecho actual», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de «Anales»*, año XI, segunda época, núm. 33, La Ley, Bs. As., disertación pronunciada el 10 de agosto de 1995.

- Ley 20.337 de cooperativas.
- Ley 24.522 (y sus reformas) sobre concursos y quiebras.
- Ley 22.802 de lealtad comercial.
- Ley 17.811 de bolsas y mercados de valores.

Como vemos, la presencia de leyes especiales en materia mercantil es una realidad en diversos ámbitos.

Si intentamos buscar respuestas acerca del porqué de la descodificación, no debemos olvidar —en primer término— que el Código de Comercio se encuentra vigente para toda la República Argentina desde 1890.

Dados los cambios que se producen con el paso del tiempo y el desarrollo de la humanidad, difícilmente un Código de Comercio pueda regular la vasta materia mercantil contemporánea, sin sufrir «desgajamientos».

Piénsese en la transformación de las comunicaciones, la evolución del concepto de riqueza, el surgimiento de la «aldea global», la naturaleza desnacionalizada del comercio, la proliferación de fuentes y mecanismos extra-estatales de solución de controversias, la preeminencia de las costumbres, la condición anti-formalista y la variedad de soluciones atípicas, son situaciones que exigen respuesta legislativa ya que establecen supuestos de hecho que han superado la capacidad normativa del Código, pues se trata de situaciones que no eran previsibles en la época de su sanción.

Por lo tanto, el Código de Comercio se traduce en una norma que ha perdido su centralidad en la materia mercantil, habiendo sido paulatinamente desplazada por el fenómeno de «descodificación» que venimos señalando.

En consecuencia, y como respuesta ante esta realidad, la «descodificación» pareciera ser una necesidad que viene a atender el *desarrollo* de la materia mercantil.

En el ámbito internacional, asimismo, el fenómeno de la «descodificación» no es ajeno o extraño; pues las tendencias mayoritarias se orientan en ese sentido.

Véase, por ejemplo, entre otros, los casos de México y España donde se ha producido el fenómeno de la descodificación, y las particularidades de Francia, donde se aplica una técnica legislativa que permite seguir con su sistema de codificación e ir incorporando las innovaciones legislativas que se van produciendo, en la medida en que las modificaciones sólo alteran la numeración del capítulo o título correspondiente al Código, ya que los libros, títulos y capítulos tienen numeración independiente.

IV. IDEAS DIRECTRICES O RECTORAS PARA ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN COMERCIAL

A continuación esbozaremos las *ideas directrices o rectoras* que, según nuestro humilde parecer, deberían informar una actualización de la legislación del Derecho Mercantil, de tal modo de asegurar la *vigencia y efectividad* de la nueva normativa para lograr —de esa manera— su acatamiento por los distintos actores del tráfico negocial.

En nuestro concepto, el eje en torno al cual debe girar la *actualización legislativa comercial*, está constituido por los siguientes «postulados»:

- Se debe respetar la Constitución como Ley fundamental (supremacía constitucional).
- Se debe eliminar la incertidumbre jurídica existente en la regulación legislativa vigente que se pretende actualizar (certeza jurídica o seguridad jurídica).
- La nueva regulación debe propender a mejorar la normativa actual (optimización).
- Se debe priorizar la actualización de aquellos temas o materias que necesitan de cambios en nuestro país (prioridad).
- La actualización debe ser consistente con la realidad nacional (pragmatismo).
- La normativa actualizadora debe tener un lenguaje sencillo (simplicidad).
- La actualización debe mirar las novedades del mundo de hoy en el cual está inserto la Argentina (modernidad).
- La nueva normativa debe procurar contemplar y brindar adecuada protección a los diversos intereses implicados en la materia que se quiere actualizar (equilibrio).

Intentaremos justificar y fundamentar, a continuación, cada una de estas ideas rectoras que deberían informar la futura actualización de la legislación mercantil.

Luego, al finalizar el desarrollo de cada una de ellas, veremos cómo operan en la práctica. A tal efecto, nos valdremos de distintos ejemplos del ordenamiento mercantil para apreciar cómo debería proceder el legislador «actualizador» en cada caso.

1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La labor de identificar los diferentes aspectos a actualizar, y la posterior elaboración de propuestas a tal efecto, debe tomar en cuenta las características,

los principios, las garantías y los derechos establecidos por la Constitución, toda vez que constituye la norma fundamental a la cual debe «adecuarse» todo el ordenamiento jurídico y, en nuestro caso, la nueva normativa comercial.

Este último aserto se entronca con diversas cuestiones de relevancia:

- La «supremacía constitucional» (arts. 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).
- La denominada «constitucionalización del Derecho Privado» y el «bloque de constitucionalidad» (básicamente, conforme a los arts. 41, 42, 43 y 75, inc. 22, Constitución Nacional).
- La existencia de un nuevo sistema de fuentes del derecho a la luz de la reforma constitucional de 1994.
- La existencia de un núcleo esencial de «orden económico social» receptado en la Constitución.
- La concepción del Derecho de propiedad en sentido constitucional y su influencia con respecto al orden jurídico *infra* constitucional.

Cada uno de los diversos ítems mencionados serán abordados en los próximos párrafos.

a) *La Constitucionalización del Derecho Privado*

1) Introducción

Hasta hace algunas décadas se pensaba que Derecho Privado y Derecho Constitucional tenían pocos puntos en contacto: uno regía las relaciones jurídicas de coordinación y el otro las relaciones jurídicas de subordinación.

Las relaciones entre el Estado y el individuo regidas por el Derecho Constitucional eran, exclusivamente, las que ponían límites al poder del Estado en los casos en que éste pretendía alterar las garantías individuales.

Por ello, la garantía constitucional tradicional más típica fue el *habeas corpus* para asegurar la libertad física del individuo frente a las detenciones arbitrarias del Estado.

En la actualidad, esta visión ha cambiado:

- Por un lado, se advierte que no todo poder está en manos del Estado. Por el contrario, existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración. Desde esta nueva perspectiva, no debe extrañar que ingresen a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado (por ejemplo, las relaciones existentes entre

empresas y consumidores como ocurre con el art. 42 de la Constitución Argentina, el art. 51 de la Constitución Española¹¹, los arts. 5¹² y 170¹³ de la Constitución Brasileña, el art. 78¹⁴ de la Constitución Colombiana y el art. 28¹⁵ de la Constitución Mexicana, entre otras). De este modo, el

¹¹ 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oírán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

¹² Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos (...) XXXII. El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor.

¹³ El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: I. Soberanía nacional; II. Propiedad privada; III. Función social de la propiedad; IV. Libre concurrencia; V. Defensa del consumidor; VI. Defensa del medio ambiente; VII. Reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII. Búsqueda del pleno empleo; IX. Tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte. Parágrafo único. Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley.

¹⁴ La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

¹⁵ En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

Derecho Constitucional penetra en el Derecho Privado y sus principios se propagan a los diversos sectores del ordenamiento jurídico.

- Por otro lado, existen ciertos derechos civiles que merecen una tutela especial, más elevada que la que otorga la ley. Veamos algunos ejemplos como son el derecho a la intimidad, el derecho a la igualdad y el derecho de propiedad.

— El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad (art. 19 Const. Nacional) del cual deriva la garantía de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados (art. 18 Const. Nacional) se ha extendido a otros ámbitos tales como el derecho a la propia imagen, el derecho a la identidad, etc.

Veamos concretamente lo que ha ocurrido con el fenómeno de Internet, que está basada fundamentalmente sobre dos pilares: la libertad y la desregulación.

En el primer aspecto, la Internet asegura el ingreso y desenvolvimiento en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información.

En cuanto a la desregulación, es consecuencia de la imposibilidad material para los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer los límites tecnológicos para su funcionamiento¹⁶.

Desde la óptica constitucional, se ha sostenido el carácter de medio de prensa de la Internet, lo que fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sala 1, al resolver el caso «Vita»¹⁷. En sentencia de 13 de marzo de 2002 y en sentencia de 29 de agosto de 2003 se aseveró que el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet está protegida por el artículo 14 de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso, se sostuvo que las ideas expuestas por los imputados sobre el consumo de estupefacientes fueron hechas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa al exteriorizarse mediante Internet.

En este contexto, vino la sanción de la Ley 26.032 de 2005, que estableció en su artículo 1 que: «*la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (...)*».

Huelga destacar —asimismo— que las comunicaciones mediante la Internet también quedaron equiparadas a la correspondencia epistolar bajo el nombre de correo electrónico tal como lo resolvió en el año 1999 la Cámara Nacional en

¹⁶ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 2.^a edición actualizada y ampliada, Bs. As., ed. La Ley, 2006, pág. 633.

¹⁷ L.L. 2002-B-489.

lo Criminal y Correccional, Sala VI, en el precedente «Lanata»¹⁸ y ese mismo Tribunal, pero en su sala I, en el caso «Grinberg» en el año 2003.

En este mismo sentido, la Cámara Nacional del Trabajo, Sala VIII, en la causa «Pereyra» en el año 2003 y, ese mismo Tribunal, a través de su Sala X de ese mismo año en los autos «V.R.I. c. Vestiditos, S. A.»¹⁹ concluyeron que la violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del correo electrónico, además de constituir un delito penal, importaba vulnerar el derecho a la privacidad o intimidad²⁰.

— El derecho a la igualdad

La igualdad, principio básico del sistema jurídico reconocido en la Constitución (art. 16), se transfiere al Derecho Civil que —entre otros casos— la recoge en:

¹⁸ L.L. 1999-C-458 y L.L. 1999-E-70.

¹⁹ L.L. 2004-C-455.

²⁰ En España, su Constitución (art. 20) establece que: «1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial». Sin perjuicio de ello, el uso de Internet también tiene límites. En efecto, el propio artículo 18.4 de la Constitución Española, establece que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Esta protección se cumple en el ámbito de la automatización de la información sobre los datos personales y familiares, ante la preocupación de un posible abuso en la utilización de las nuevas tecnologías, lo que da lugar a plantearse qué posibilidades de protección tiene una persona frente a la utilización de sus datos personales y cuáles son los límites de esta protección. La Constitución Española establece un derecho de protección frente al uso de la informática constituyendo un derecho fundamental especialmente protegido. Por lo tanto se refiere concretamente al derecho al honor personal y familiar, y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos respecto al tratamiento informático. La protección de este derecho se manifiesta también en el artículo 20.4 de la Constitución, poniendo límites —de esa manera— a la libertad de expresión y de información.

- La igualdad sucesoria de todos los hijos (matrimoniales y extramatrimoniales).
- La igualdad de los hombres y mujeres.
- La inexistencia de distinciones —en punto a la capacidad— entre ciudadanos y no ciudadanos, nacionales y extranjeros (art. 20 Const. Nacional).

— El derecho de propiedad

El derecho de propiedad, tutelado en el ámbito del Derecho Civil, es declarado derecho inviolable por la Constitución Nacional y esta cualidad adquiere especiales características en el análisis de las relaciones entre sujetos privados; que desarrollaremos más adelante específicamente en el acápite: *«La concepción del Derecho de propiedad en sentido constitucional y su influencia con respecto al orden jurídico infra constitucional»*, al cual remitimos.

2) Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Nacional

Por las razones antes explicadas, la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución Nacional varias previsiones que tocan materias de Derecho Privado, tales como:

- La *protección del consumidor* consagrada en el artículo 42, según el cual: *«(...) Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control (...)»*. La ley 24.240 (con su reforma de la ley núm. 26.361) de Defensa del usuario y consumidor si bien es anterior al año 1994, hoy, es la reglamentación de esta cláusula constitucional.
- El *habeas data* mencionado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuya finalidad es tutelar la intimidad y otros derechos de la personalidad;

autoriza a toda persona a ejercer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados a destinar informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

- La *acción de reparación del daño ambiental* consagrada en el artículo 41, en virtud de la cual: «(...) todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren sus jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos o radiactivos (...)».

Sin perjuicio de los ejemplos transcritos, otras numerosas materias de Derecho Privado (la protección de la persona humana, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, la filiación, el matrimonio, la responsabilidad parental, la adopción, etc.) aparecen en los tratados internacionales a los cuales la Constitución (con la reforma de 1994) reconoce jerarquía constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22.º).

Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio; la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la Convención sobre los derechos del niño.

3) Consecuencias sobre el Derecho Privado vigente de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional

Esta nueva visión ha traído luz sobre una serie de cuestiones desde que las normas constitucionales tienen gran eficacia en cuatro sentidos:

- (i) *Eficacia directa*: este carácter significa que, aunque no haya disposición *legal* que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.
 - Por ejemplo, si bien nuestro país no ha reglamentado el derecho de réplica o respuesta (que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas), al estar expresamente reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 14), cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que lo afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete.
- (ii) *Eficacia derogatoria*: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga.
 - Por ejemplo, debe considerarse derogada toda disposición legal que discrimine a la mujer. Es lo que ocurrió con el artículo 1276 del Código Civil que disponía que, si no se puede determinar el origen de los fondos, el bien ganancial es de administración marital. La doctrina consideró que esta disposición estaba derogada por violar el principio de igualdad de hombre y mujer y así fue declarado por el Derecho judicial. Finalmente, esta posición fue recogida por el legislador quien —a través de la ley 25.781— sustituyó el párrafo polémico del artículo 1276 Código Civil, y dispuso que estos bienes son de administración conjunta de ambos cónyuges.
- (iii) *Eficacia invalidatoria*: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces
- (iv) *Eficacia interpretativa*: se ha dicho que la visión constitucional exige una «relectura» de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de la ley.

b) *Un nuevo sistema de fuentes del derecho a la luz de la Reforma constitucional de 1994*

Cabe destacar también que —desde la reforma constitucional de 1994— se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho.

La idea de supremacía constitucional —contenida en el art. 31 de la Constitución— y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Const. Nacional), configuran la base fundamental de un «Sistema de Fuentes» en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general y, en particular, el orden mercantil.

En efecto, ante el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado, *la legislación mercantil y sus ámbitos conexos deben partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho.*

Como consecuencia de ello, los casos que rijan la legislación comercial deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina.*

En efecto, la reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina.

En la cúspide de todo el ordenamiento jurídico, la Constitución dejó su rol exclusivo de norma fundamental por cuanto los tratados internacionales —de derechos humanos— han pasado a tener su misma jerarquía.

La Constitución continúa siendo entonces la norma fundamental de todo el sistema. Pero en cuanto al «parámetro» que deben seguir las normas «infraconstitucionales» para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente. De ello se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello es inaplicable.

En vista a una futura actualización legislativa y aplicando las ideas expuestas al ámbito del Derecho Mercantil, cabe efectuar la siguiente reflexión. Como decía Juan Bautista ALBERDI²¹: *«(...) la Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes, la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra, como principales agentes de la producción, ratifica la ley natural del equilibrio que preside el fenómeno de la distribución de la riqueza, y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos (...) al legislador, al hombre del Estado, al publicista, al escritor, sólo toca estudiar los principios adoptados por la Constitución, para tomarlos como guía obligatoria en todos los trabajos de legislación orgánica y reglamentaria.*

²¹ *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1998 (la publicación inicial de esta obra fue en el año 1854).

Ellos no pueden seguir otros principios, ni otra doctrina económica que los adoptados ya en la Constitución, si han de poner en práctica esa Constitución, y no otra que no existe (...)».

Así las cosas, si la libertad de comercio orienta actualmente a la mayoría de las economías del mundo, incluida la de nuestro país, una actualización de la legislación mercantil debe proveer mecanismos de técnica jurídica adecuados a la libertad de comercio y, a la vez, procurar obtener un justo equilibrio entre ella y los valores esenciales de la persona humana, que están exaltados en la Constitución Nacional, especialmente a partir de la reforma de 1994.

En otras palabras, la regulación del Derecho Privado —especialmente en cuanto incide en la actividad negocial— está precisada de atender la «doctrina económica» de nuestra Ley fundamental.

Por ello, la actualización de la legislación comercial no debe olvidar la siguiente directiva: *adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.*

En efecto, el contenido de la «Constitución Económica» —en tanto derechos y principios sobre los que debe desarrollarse la actividad económica y empresarial que vinculan tanto a los Poderes Públicos como a los agentes económicos en la Argentina— debe ser el punto de partida de la legislación mercantil.

El artículo 1.º del Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) (*Fuentes y aplicación*) sigue esta línea al expresar: «*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*».

Esta misma idea directriz es también aplicable al resto de los ordenamientos jurídicos en el Derecho Comparado.

En este sentido, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional Español la legalidad ordinaria es la que debe ajustarse en su inteligencia y aplicación al orden constitucional. Por ello el Tribunal Constitucional anuló una sentencia del Tribunal Supremo por haber producido éste una inversión en el orden de la utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, omitiendo en su sentencia un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución. Por el contrario, afirmó que es la Constitución la que debe ser interpretada con el resto del ordenamiento jurídico²².

²² Sentencia del 17 de febrero de 1984. Ampliar en ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín, *El Derecho Civil constitucional*, Madrid, 1986.

Lo propio ha ocurrido en Italia, país en el cual la doctrina invita a hacer una «relectura» del Derecho Privado a la luz de la Constitución²³, pues los principios constitucionales básicos (igualdad, legalidad, propiedad, privacidad, etc.) penetran en la estructura del Derecho Privado y exigen a éste su adecuación a ellos.

c) *El núcleo esencial del «orden económico social» argentino según la Constitución*

En primer término, debemos referirnos a la llamada «Constitución Económica». La misma resulta ser una categoría conceptual que —en el ámbito del constitucionalismo moderno— atiende a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que, no sólo están implicados los ciudadanos, sino también el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica²⁴.

De manera particular, el modelo de la «Constitución Económica» fruto de la reforma del año 1994 acaecida en la Argentina, ofrece las bases de una estructura solidaria, con fuertes imposiciones a los poderes del Estado, y la generación de una mayor participación de la sociedad civil, los partidos políticos y las entidades no gubernamentales para arribar a una realidad social que no prescinda del progreso económico y que asegure un «desarrollo sustentable» (arg. art. 75, inc. 19 Constitución Nacional).

Tales cuestiones deben ser ponderadas en una futura actualización de la legislación comercial.

Señala al respecto Andrés GIL DOMÍNGUEZ²⁵ que, los constituyentes, al ejercer su potestad reformadora, incorporaron al texto constitucional una importante cantidad de preceptos de corte socio-económico, los que se instalaron en una manera algo difusa, entre la parte dogmática y la orgánica del texto supremo; pero no por ello medraron su intención de traducirse en una nueva idea fuerza rectora para las generaciones venideras.

Aún así, y desde un importante esfuerzo interpretativo de la reforma constitucional de 1994, GIL DOMÍNGUEZ sistematiza los principios dogmáticos que

²³ Cfr. PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.

²⁴ El tema del orden público económico y su perspectiva constitucional se puede consultar con provecho en DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. 1, *Introducción. Teoría del Contrato*, ed. Civitas, Madrid, 1996, 5.ª edición, pág. 42 y sigs.; en la 6.ª edición de esta misma obra correspondiente al año 2007 el tema es tratado en la pág. 53 y sigs.

²⁵ Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *En busca de una interpretación constitucional (nuevos enfoques sobre la reforma de 1994)*, ed. EDIAR, Bs. As., 1997, pág. 341 y sigs.; del mismo autor, «La constitución socio-económica de 1994», en *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, ed. EDIAR, Bs. As., 1997, pág. 241 y sigs.

constituyen el núcleo esencial del «orden económico social argentino», que serían los siguientes: 1) principio de economía de mercado; 2) principio de regulación estatal; 3) principio de desarrollo humano; 4) principio de un adecuado nivel de vida y 5) principio de la orientación de la actividad financiera.

En las próximas líneas, explicaremos estos principios sucintamente.

— Principio de economía de mercado

Es un modelo que constituye la base del marco real en el que desenvuelven las economías de muchos países en la actualidad. Tiene como principio la libre iniciativa del individuo, para tomar decisiones en el terreno económico tanto como productor, como propietario de recursos o como consumidor.

Este principio faculta a los consumidores desde que deciden qué bienes consumir, de acuerdo a sus preferencias y sus recursos; lo que constituye la soberanía del consumidor.

Los productores, por otro lado, producirán a efectos de maximizar el beneficio.

Para que todos los agentes puedan actuar en armonía, el sistema debe dejar operar al mercado. Él es la institución central.

El sistema de mercado reconoce dos principios de base: *la libertad y la individualidad*.

Además, en un segundo plano, se muestra conforme a principios institucionales básicos relacionados con los dos primeros: 1) El derecho a la propiedad individual; 2) El derecho a contratar e intercambiar libremente; 3) El derecho de prestación de trabajo, y 4) La libertad de emprender y correr riesgo.

— Principio de regulación estatal

Este principio, se basa en los siguientes pilares:

1. Una función indelegablemente estatal, ejercida principalmente sobre las actividades privadas (aunque, a veces, también públicas).
2. En las que está involucrado un interés social.
3. Orientada a incidir sobre el comportamiento de quienes desarrollan esas actividades para preservar ese interés social.
4. Amparándose para ello en una normativa que da fuerza ejecutiva y legitima la intervención estatal, haciendo posible, en casos de incumplimiento, la aplicación de sanciones.

Se destaca, en este sentido —y a título de ejemplo— la protección al usuario y consumidor que impone la Constitución Nacional, por la que debe velar el Estado; conforme surge de su artículo 42 que ya hemos transcripto.

— Principio de desarrollo humano

Teniendo en cuenta las fuentes tomadas por el constituyente reformador de 1994, el desarrollo humano implica un concepto que marca un proceso que gira en torno de la persona como centro del accionar estatal; importando una concepción claramente personalista y solidarista.

Como explica Ricardo MUÑOZ²⁶, la Reforma Constitucional de 1994 introdujo un nuevo paradigma valorativo al incorporar el Desarrollo Humano como objetivo a alcanzar por el Estado e impone a los diversos poderes públicos un marco de atribuciones para ello, de tal modo que implica una redefinición del rol estatal y al mismo tiempo una renovada vinculación entre éste, la Sociedad Civil y el Mercado; valorizando el accionar político colectivo como actor y generador de un ámbito adecuado para la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Esta hipótesis se confirma a poco que se analicen las importantes modificaciones introducidas en el Bloque de Constitucionalidad Federal —con motivo de la Reforma operada en el año 1994— que hacen a lo sustantivo en materia de derechos, no solamente por el Capítulo agregado a la Primera Parte denominado Nuevos Derechos y Garantías que de por sí imponen un ensanchamiento expreso de derechos (arts. 41, 42 y 43), sino también por la jerarquización constitucional de Tratados Internacionales de Derechos Humanos atento lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; de tal modo que, la protección, reconoce fuentes tanto interna como internacional que privilegian la finalidad tuitiva.

A los fines del presente trabajo, nos limitaremos a efectuar un análisis de la atribución conferida al Congreso Nacional en el artículo 75, inciso 19 —denominada «cláusula del nuevo progreso»— en cuanto, en su primer párrafo, dispone que le corresponde: *«Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento»*.

Asimismo, el «desarrollo humano» vuelve a tener recepción constitucional:

- En el inciso 17 del citado artículo cuando dispone regular la entrega a los pueblos indígenas de tierras aptas y suficientes para el *desarrollo humano*.
- En el artículo 41, que consagra el derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el *desarrollo humano*.

²⁶ *Desarrollo humano. Nuevo paradigma constitucional*, trabajo presentado en las X Jornadas Internacionales Interdisciplinarias, celebradas en Río Cuarto, organizadas por la Fundación ICALA.

- También en el artículo 125 en cuanto atribuye a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la promoción del progreso económico y el *desarrollo humano*, entre otros.

Precisamente, el *desarrollo humano* —junto al *Bien Común* como fin del Estado enunciado en nuestro Preámbulo y desarrollado en otras cláusulas supremas— se constituyen en el núcleo duro ideológico que impregna a toda la Constitución Nacional.

— Principio de un adecuado nivel de vida

Este principio tiene recepción en el artículo 41 de la Constitución Nacional, también transcripto anteriormente.

Como puede observarse, el bien jurídico protegido es la «calidad de vida», que constituye un derecho humano de «tercera generación» a un medio ambiente sano y equilibrado y, a su vez, al patrimonio común de la humanidad; que se funda en la idea de la solidaridad entre los hombres.

La relevancia de esta disposición se traduce, en definitiva, en el reconocimiento constitucional del derecho al ambiente, a la salud y a la calidad de vida adecuada de todo ser humano.

— Principio de la orientación de la actividad financiera

La actividad financiera estatal es jurídico-constitucional, y reviste carácter instrumental. A tal efecto, deben destacarse los fines de la actividad financiera pues, ellos, son los que hacen viable el funcionamiento integral del estado democrático y permiten dar efectividad a los derechos que tienen su raíz en la Constitución.

Los «parámetros» que emanan desde la Constitución hacia la política fiscal y la actividad financiera son:

- (i) El desarrollo humano, el desarrollo económico-social y el equilibrio del desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.
- (ii) La solidaridad.
- (iii) La igualdad de oportunidades en todo el territorio.
- (iv) El progreso económico con justicia social.
- (v) La generación del empleo.
- (vi) La productividad de la economía.
- (vii) La defensa del valor de la moneda.
- (viii) El pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados internacionales.

- (ix) La consideración especial de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.
 - (x) El aseguramiento del funcionamiento de las instituciones de la Constitución.
- d) *El Derecho de propiedad en sentido constitucional: su relevancia para una actualización en la legislación comercial*

Según el artículo 17 de la Constitución Nacional: «(...) *La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4.º Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie (...)*».

El concepto constitucional de la propiedad difiere, y es mucho más amplio, que el concepto regido por la legislación civil. En este último ámbito, el objeto de la propiedad son las cosas, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. En cambio, para la Constitución, el derecho de propiedad supera el marco del dominio y de los derechos reales, abarcando todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica para su titular, y aunque no lo sean para un tercero²⁷.

Incluye tanto a las cosas como a los bienes e intereses estimables económicamente que pueda poseer una persona. Comprende no solamente el dominio sobre las cosas, sino también la potestad de adquisición, uso y disposición de sus bienes tangibles e intangibles. Incluye todos los intereses apreciables económicamente que pueda poseer un hombre fuera de sí mismo, al margen de su vida y libertad de acción. Es la universalidad de los bienes materiales o inmateriales que constituye el patrimonio de una persona²⁸.

Recuérdese, además, que para nuestra Corte Suprema de Justicia el derecho de propiedad abarca todo valor reconocido por la ley, cuyo origen pueda resultar

²⁷ El Anteproyecto de Código unificado, Decreto 191/2011, refleja esta tesis al prever en su artículo 965 (Derecho de propiedad): «Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante».

²⁸ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, 2.ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., ed. La Ley, 2006, pág. 836 y sigs.

de las relaciones de Derecho Privado, como también de actos administrativos y siempre que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo²⁹. Es todo aquello de lo cual puede disponer su titular, incluyendo su uso y los contratos que celebre³⁰, así como también los derechos adquiridos, o sea, los derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona³¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, y por «influencia» de los instrumentos internacionales señalados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21): *toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; admitiendo que la ley subordine tal uso y goce al interés social*.

Por lo tanto, si bien el Pacto de San José de Costa Rica destaca a la propiedad como un derecho de las personas, luego de tal consagración, admite la subordinación del uso y goce de ese derecho al interés social; sobre la estricta base de la reglamentación legal.

Esta «línea conceptual» —coincidente con el rumbo constitucional (especialmente el adoptado por ella luego de la reforma constitucional de 1994) y por imperio de los Tratados sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inciso 22 de la Constitución— se ha de constituir, además, en una pauta de interpretación obligatoria dirigida a los poderes públicos que deban regular este derecho.

La protección constitucional del derecho de propiedad, según el artículo 17 precitado, no solo se refiere a la tutela genérica e integral de este derecho, sino que nuestro sistema brinda también tutela a la propiedad autoral; que es una modalidad específica del ejercicio del derecho de propiedad, con particulares matices.

Desde tal óptica, recuérdese que la Constitución Nacional brinda tutela a todo autor o inventor declarando que es autor exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que acuerde la ley (art. 17). Esto significa que el legislador puede establecer un plazo para el ejercicio exclusivo de este tipo de propiedad, pero ese lapso debe ser razonable y proporcional al esfuerzo creativo del autor³².

Por su parte, la doctrina divide —por lo general— a la propiedad autoral en: (i) industrial y comercial y (ii) intelectual.

La propiedad intelectual comprende la referida a obras científicas, artísticas, literarias o didácticas. Si bien los derechos patrimoniales referidos a una obra de este cariz, pueden ser cedidos, no así su paternidad moral; por lo que en

²⁹ Fallos CSJN 145:327.

³⁰ Fallos CSJN 177:21.

³¹ Fallos CSJN 312:1121.

³² BADENI, Gregorio, «Tratado de Derecho Constitucional», tomo I, *ob. cit.*, pág. 838.

todo momento puede reivindicarla y oponerse a modificaciones en perjuicio de ese aspecto. La propiedad intelectual comprende para su autor las facultades de disponer de ella, publicarla, ejecutarla, representarla, exponerla en público, enajenarla, traducirla, adaptarla, autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma.

En función de esta cláusula constitucional, la Ley 11.723 de propiedad intelectual garantiza tal derecho de por vida a su autor y a sus descendientes por cincuenta años más a partir del deceso del causante.

Por su parte, la propiedad industrial y comercial vincula al autor con la actividad comercial e industrial, lo que implica que este modo de propiedad difiere sustancialmente de la intelectual. Se la concibe como el derecho del autor sobre inventos, descubrimientos, procedimientos, etc., destinados a la fabricación de bienes y prestación de servicios; que reconoce protección constitucional de acuerdo al mentado artículo 17.

Esta modalidad de propiedad está regulada en lo esencial por la Ley 22.362 (de Marcas y Designaciones) y la Ley 24.481 y modificatorias (de Patentes de invención).

La Ley 24.481 admite patentar aquellos descubrimientos o invenciones nuevas, también los nuevos productos industriales, los nuevos medios y las nuevas aplicaciones de medios conocidos para la obtención de un resultado o de un producto industrial. En estos casos, la protección legal es otorgada por el plazo de veinte años no prorrogables.

Respecto de las marcas de fábrica, comercio y agricultura, ellas han sido reguladas por la Ley 22.362, que otorga propiedad sobre las mismas durante un tiempo indefinido a condición de que se la renueve cada diez años.

En otro orden de cosas, y vinculado al «derecho de propiedad», hallamos también la llamada *libertad económica*, que abarca toda actividad económica destinada a generar riqueza mediante el desarrollo de los factores productivos.

Quedan englobadas en esta libertad³³:

- (i) la libertad de contratar;
- (ii) la libertad de comercio e industria;
- (iii) la de ejercer profesiones liberales y
- (iv) toda actividad susceptible de producir bienes.

Esta libertad económica goza también de tutela constitucional desde que todo habitante de la Nación (argentino o extranjero) tiene: 1) el derecho de trabajar y de ejercer toda industria lícita (arts. 14 y 20), y 2) de navegar y comerciar (arts. 14 y 20).

³³ BADENI, Gregorio, «Tratado de Derecho Constitucional», tomo I, *ob. cit.*..., pág. 861.

Se prevé, además, la libre circulación territorial interna de los efectos de la producción o fabricación, géneros y mercancías de toda clase, ganado, buques y medios de transporte (arts. 10 y 11).

Asimismo, se ha encomendado al Congreso de la Nación (de manera concurrente con las Provincias, art. 125): «(...) *Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo* (...)» (art. 75, inc. 18).

De manera particular, la *libertad de contratar* —una de las especies de libertad económica ya mencionada— motoriza gran parte del andamiaje económico y, si bien no se encuentra expresamente reconocida en disposiciones del texto constitucional respecto de los nacionales, sí se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 14, 14 «bis», 17, 75, incisos 18.º, 19.º y 22.º de la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos humanos que ella jerarquiza.

Esta prerrogativa es, además, expresamente concedida a los extranjeros (art. 20) por lo que en nuestro país —a diferencia de otros países del mundo— se le reconoce al foráneo el derecho a contratar según las leyes del Estado³⁴.

³⁴ Por ejemplo, según la Ley 21.382: (i) «Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las normas establecidas en el artículo 3, destinados a la promoción de actividades de índole económica o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujeto a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción (art. 1). (ii) A los fines de la presente ley se entiende por: 1. *Inversión de capital extranjero*: a) Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país. b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros. 2. *Inversor extranjero*: toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero definidas en el próximo inciso de este artículo, cuando sean inversoras en otras empresas locales. 3. *Empresa local de capital extranjero*: toda empresa domiciliada en el territorio de la república, en la cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él sean propietarias directa o indirectamente de más del 49 por 100 del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. 4. *Empresa local de capital nacional*: toda empresa domiciliada en el territorio de la república, en la cual personas físicas o jurídicas también domiciliadas en él sean propietarias directa o indirectamente de no menos del 51 por 100 del capital y cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. 5. *Domicilio*: el definido en los artículos 89 y 90 del Código Civil (art. 2).

Asimismo, el contenido de esta *libertad de contratar* lo podemos sintetizar, básicamente, en dos aspectos:

- Decidir o no la celebración de un contrato, y con qué persona o personas se lo ha de celebrar.
- Decidir el contenido o materia de esas convenciones preservando la autonomía de la voluntad.

Este último aspecto es relevante, pues permite a las partes pactar contratos «atípicos o innominados», cuya consecuencia principal —por ejemplo, en materia de garantías patrimoniales— es que las partes pueden utilizar las garantías que *expresamente* prevé la ley (fianza, hipoteca, por ejemplo) o las que *las partes creen al amparo del principio de la autonomía de la voluntad* (art. 1197 del CC). Tal es el caso de las *garantías a primera demanda o independent guarantees* que tienen validez gracias a esta libertad constitucional.

Por otro lado, las limitaciones habidas al derecho de propiedad (art. 17 Const. Nacional) en general, se fundan en la necesidad de preservar los derechos de terceros y el bien común aunque, a su vez, toda ley que las reglamente deberá guardar el debido respeto de «razonabilidad» dispuesto en el artículo 28 del texto fundamental.

Por ello, es legítimo que el legislador en general, y el actualizador del ordenamiento mercantil en particular, fije «pautas» para el *ejercicio* de todos los derechos, aplicables también a las «prerrogativas» que emanan del derecho de propiedad (en sentido constitucional), tales como:

- (i) *Respeto de la buena fe y sanción del abuso de derecho*: los derechos deben ser ejercidos según las exigencias de la buena fe (art. 1198 del CC), quedando vedado el abuso de derecho e, inclusive, el abuso de una posición dominante en el mercado (arg. art. 1071 del CC); especialmente ponderado a la hora de regularse el instituto de «defensa de la competencia»:
 - a) En efecto, según Ley 25.156 *se prohíbe toda conducta relacionada con la producción e intercambio de bienes o servicios que, entre otras, constituya un abuso de posición dominante en un mercado que pueda perjudicar el interés económico general.*
 - b) Si bien la ley no prohíbe el monopolio, establece que se disfruta de una posición dominante cuando, para cierto producto o servicio, se es el único oferente o demandante en el mercado nacional, o en una o varias partes del mundo, o cuando sin ser único no está expuesto a una competencia sustancial.
 - c) Vale destacar, a estos efectos, que la ley no sanciona la «posición dominante» sino el abuso de ella. Así, por ejemplo, la Corte

Suprema en el precedente «YPF s/ley 22.262»³⁵ consideró que había abuso de posición dominante por parte de YPF si exportaba grandes cantidades de gas reduciendo la oferta del producto en el mercado local y, con ello, mantenía un alto nivel en el precio que pagaban los consumidores locales. Por otro parte, la empresa no había probado que el menor precio que percibía por la exportación obedecía a razones de costo u otros motivos atendibles y que, de no haber incurrido en la conducta que se le reprochaba, el precio del gas habría sido menor en el mercado interno con beneficio para los consumidores locales. Además, se censuró la práctica de YPF de introducir una cláusula en los contratos de exportación prohibiendo a los adquirentes la posterior introducción al país del producto.

- (ii) *Respeto de la autonomía de la voluntad y de sus límites*: las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público.
- (iii) *Sanción del fraude a la ley*: el acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

e) *Aplicación práctica del principio de supremacía constitucional*

Sin perjuicio del análisis efectuado precedentemente, intentaremos analizar a continuación algunos casos «mercantiles» a la luz de este principio de observancia constitucional el que, indudablemente, debe ser considerado por el legislador actualizador del Derecho comercial.

Sin embargo, bueno es destacar que nuestra propuesta no tiene como objetivo sentar verdades absolutas. Por el contrario, pretendemos abrir el debate y dejar planteados interrogantes y «posibles» soluciones de estos casos en función del Bloque de Constitucionalidad vigente desde el año 1994.

³⁵ Fallos CS 325:1702.

(i) La Constitucionalización del Derecho Privado y su repercusión en la responsabilidad del garante

Tanto en la Argentina cuanto en el Derecho Comparado³⁶ se ha generado una fuerte preocupación por la protección del fiador (incluido el principal pagador), procurando que el mismo tome debido conocimiento de los riesgos que acepta, y que ellos guarden una adecuada relación con el tipo de negocio garantizado, la actividad ordinaria del deudor y su situación patrimonial.

Pese a la ausencia en nuestro ordenamiento de reglas especiales que vayan en esta dirección, se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, particularmente los de buena fe, razonabilidad y protección del consumidor, que actúan como instrumentos flexibles a la hora de juzgar el alcance de la responsabilidad del fiador.³⁷

Por influencia del Derecho constitucional, en el ámbito del Derecho de consumo, se ha entendido que si la relación garantizada es de consumo, la protección no se detiene en el deudor principal y se extiende al fiador con los siguientes argumentos³⁸:

³⁶ Ver, por todos, la comunicación de la académica de número doctora KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «La eficacia o ineficacia de la llamada fianza “excesiva”», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, ed. La Ley, Bs. as., julio de 2003. Comenta la jurista que una cuestión muy discutida en el Derecho Comunitario europeo es si las medidas de protección que las directivas ofrecen al deudor consumidor se extienden a las cauciones, garantías, avales o fianzas otorgadas como accesorios de esos contratos. Existen dos decisiones del Tribunal Europeo que muestran la dificultad del tema. Con relación a la Directiva núm. 85/577, relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que establece un derecho a dejar sin efecto el contrato dentro del plazo de reflexión, el Tribunal dijo que la caución personal, aunque no está mencionada expresamente en este ordenamiento, está regida por las mismas normas protectoras que el contrato principal celebrado (decisión del 17/3/1998, «Bayerische Hypotheken c. Edgar Dietzinger»). En cambio, en el caso «Berliner Kindl c. Andrea Siepert» del 23/3/2000, en el que se discutía la aplicación o no de la Directiva 87/102 (que regula los contratos de créditos con consumidores, es decir, aquellos contratos en que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, de un préstamo, o de cualquier otra facilidad de pago similar), el tribunal dijo que ninguna norma de esa directiva, ni tampoco una interpretación derivada de los objetivos ni de la economía de la directiva, permite extender sus preceptos a la fianza.

³⁷ Cfr. FRESNEDA SAIEG, M. – HERNÁNDEZ, C., *Límites a las responsabilidad del fiador en las fianzas abiertas*, Zeus, t. 92, D-59.

³⁸ Cfr. HERNÁNDEZ, C., «Información, accesoriedad y revisión en el contrato de fianza», en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, año 1, núm. 1, septiembre de 2010, ed. La Ley, pág. 213 y sigs. En nuestra opinión, la discusión seguirá latente y podrán utilizarse estos «mismos argumentos» que se exponen de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011), pues su artículo 1092 (Relación de consumo. Consumidor) expresa: «*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al*

- *Principio de accesoriedad* (art. 42 Constitución Nacional): que somete lo accesorio a lo principal. Supone proyectar del negocio principal al subordinado, la naturaleza de consumo del primero, lo que resulta lógico en el esquema del estatuto de defensa del consumidor, que sitúa la protección en el contexto de la relación de consumo (art. 42 Constitución Nacional).
- *Interpretación del artículo 1 de la Ley 24.240* (ref. Ley 26.361) que atrapa no sólo a los consumidores que han otorgado la garantía para su propio beneficio (v.gr., hipoteca celebrado por el deudor) sino que también se expande a aquellos que la han constituido en beneficio de su grupo familiar o social (v.gr., contrato de fianza).
- *Principio de igualdad* (art. 16 Constitución Nacional) que impide que se distinga a los efectos de la tutela entre negocio de consumo y negocio de garantía.

¿Qué se persigue? Que el *fiador-aceptante* tenga «conocimiento efectivo»:

- Del *contenido* de la garantía.
- De la *extensión* de la garantía.

En suma, que conozca el «riesgo» que asume para adoptar las medidas pertinentes en resguardo de su propio interés.

¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información del acreedor hacia el garante?:

- ¿«Nulidad» del contrato de fianza (arg. art. 37 Ley 24240)?, o bien,
- «Acotación» de la obligación del fiador al riesgo oportunamente informado?

Pareciera que la solución atendible es esta última en función del principio de conservación del negocio y la necesidad de tutela del crédito.

En nuestro país, tenemos conocimiento de un precedente paradigmático caratulado «Banco Nación c. Sereno, Hugo»³⁹, de la Cámara Federal de Córdoba (sala A), con las siguientes aristas:

- *El Banco Nación demanda la suma de \$ 23.055 por compras efectuadas utilizando el sistema de tarjeta de crédito.*
- *Demanda al titular de la tarjeta y al fiador.*

consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social». Va de suyo que el fiador o garante no adquiere ni utiliza bienes o servicios.

³⁹ LLC 1997-971.

- *El fiador reconoce haber asumido la garantía pero afirmó haberlo hecho hasta el límite de compra de la tarjeta que alcanzaba un valor de \$ 2500.*
- *En el pleito se «discutía» la interpretación de las cláusulas contractuales (predispuestas por el acreedor) en orden a la «delimitación» del riesgo asumido por el garante:*
 - * *La mayoría, erróneamente según nuestra opinión, confirmó la sentencia de grado e hizo lugar a la demanda:*
 - *Hizo prevalecer la cláusula 15 de las condiciones generales de contratación por la cual el garante se había obligado como principal pagador por «todas» las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda.*
 - * *En cambio, la minoría —correctamente según nuestro criterio— valoró de manera especial que el Banco había celebrado el contrato con límite conjunto de compra por lo cual entendió que la cláusula por la cual el garante se había obligado como principal pagador por «todas» las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda no debía interpretarse literalmente y fuera del contexto general del contrato suscripto, tanto más por tratarse de un contrato de adhesión. Por lo tanto, concluyó:*
 - *que se debía condenar al garante en los términos del **límite de compra**;*
 - *que las deudas generales por la ambigüedad de los términos globales del contrato deben despejarse en contra del predisponente, por imperio de la regla hermenéutica contra proferentem;*
 - *que no se debe comprometer la eficacia de la garantía, aunque se debe facilitar su adecuación a aquello a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó el garante.*

Como podemos observar, poco a poco, se abre camino en materia de Derecho de consumo de esta nueva corriente que propugna una relectura de las normas de Derecho Privado *infra* constitucionales a la luz de la Constitución, a los efectos de juzgar la responsabilidad del garante «consumidor» para evitar consolidar situaciones jurídicas abusivas.

En otro orden de cosas, y desde otra óptica, nos preguntamos también si:

¿Esta situación que se ha suscitado en el ámbito del Derecho del consumo es trasladable a aquellos casos en los cuales el garante-fiador no ostenta la calidad de «consumidor» atento a garantizar una operación que no es de consumo y, por lo tanto, no acude en su auxilio el artículo 42 de la Constitución Nacional?

Esta problemática se vincula con la llamada «fianza excesiva».

Previo a esbozar una posible solución en el Derecho argentino, recordaremos algunos casos del Derecho Comparado que demuestran que nuestro interrogante no es cuestión menor y reviste interés para nuestro propio ordenamiento jurídico.

a) La situación en el Derecho francés

En Francia se suscitó un *leading case* para una garantía otorgada por un «no consumidor»⁴⁰. Fue el caso Macron resuelto por la Sala Comercial de la Corte de Casación el 17/6/1997⁴¹.

El señor Macron era presidente del Consejo de administración de una sociedad (Comptoir Français des Pétales du Nord); su sueldo mensual era de 37.550 francos; el 23/12/1987 firmó un aval por 20.000.000 a favor de la Banque Internationale pour l'Afrique Occidentale (BIAO); todo su patrimonio apenas llegaba a los 4.000.000 (a la época del otorgamiento de la caución ese monto era inferior al gravado con el impuesto a los bienes personales). Ulteriormente, la sociedad se presentó en quiebra y el banco ejecutó la fianza.

El caso llegó a la sala Comercial de la Corte de Casación a través de dos recursos: uno interpuesto por el fiador y otro por el banco; el fiador insistía en su liberación total por vicio del consentimiento (error); ese recurso fue rechazado; el Alto Tribunal francés afirmó que nada había que reprochar a la Cámara de Apelaciones cuando afirmó que en su calidad de director de empresa, el fiador no podía sostener que no había comprendido lo que firmaba. También rechazó el recurso interpuesto por el banco y confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París del 8/2/1995; dijo que, aunque ningún error vició el

⁴⁰ Para los consumidores, el Código del Consumo de 1993, en su artículo 313-10 dice: «Una institución de crédito, una institución de pago o un organismo de los mencionados en el inciso 5 del apartado 6 del artículo 511 del Código Monetario y Financiero no pueden prevalerse de un contrato de fianza de una operación de crédito de las previstas en los capítulos I o II del presente título, celebrado por una persona física, cuando la obligación era, al momento en que fue contraída, manifiestamente desproporcionada respecto de sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de ese fiador al momento de exigírsele el cumplimiento, le permita hacer frente a su obligación». Por su parte, el artículo 2301 del Código Civil francés, expresa: «Siempre que el fiador haya hecho la indicación de bienes autorizada por el artículo precedente y que haya provisto los fondos suficientes para la excusión, el acreedor es responsable frente al fiador, hasta la concurrencia de los bienes indicados, de la insolvencia del deudor principal que hubiere sobrevenido por omisión de perseguirlo por el pago de la deuda. En cualquier caso, el monto de las deudas resultantes de la fianza no puede tener por efecto privar a la persona física que se ha constituido en fiadora del mínimo de recursos fijado en el artículo 331-2, del Código del Consumidor» (que se refiere a la porción embargable del salario).

⁴¹ Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «La eficacia o ineficacia de la llamada fianza "excesiva"», en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, ed. La Ley, Bs. As., julio de 2003.

consentimiento de Macron, el tribunal de grado pudo legítimamente considerar que en razón de la enormidad de la suma garantida por una persona física y de las otras circunstancias de hecho que permitían excluir toda buena fe por parte del banco, éste había incurrido en culpa grave al haber exigido un aval cuyo monto no tenía ninguna relación con el patrimonio y los ingresos del avalista.

En definitiva, el tribunal de grado rechazó la causal de nulidad articulada por el fiador, pero hizo lugar a los daños y perjuicios sufridos a raíz del otorgamiento de la caución; liquidó ese daño en una suma equivalente a 3/4 del monto de la garantía, o sea en 15.000.000 de francos, siendo que la demanda inicial del acreedor ascendía a 20.000.000.

En otros términos, se condenó al fiador a pagar \$ 5.000.000, cantidad que se entendió era proporcionada a su patrimonio y a sus recursos.

El tribunal de apelaciones también fundó su decisión en otro argumento: en razón de los montos comprometidos, el acto jurídico celebrado viola el artículo 1780 primer párrafo del Código Civil francés según el cual una parte no puede, ni siquiera contractualmente, colocarse bajo dependencia de otra durante toda su vida; en el caso bajo decisión, en los hechos, la obligación de Macron tenía carácter de perpetua.

b) La situación en el Derecho alemán

Un padre era deudor de 100.000 marcos con un banco. Su hija de veintiún años se constituyó en fiadora (desempleada, cobraba seguro de desempleo, ganaba como obrera de fábrica 1.150 marcos mensuales, luego se divorció y tenía tres hijos a su cargo). Se ejecutó la garantía.

La Corte *Federal* declaró la validez de la garantía con un argumento conservador: «*Siendo mayor de edad, la garante debía conocer los riesgos de este tipo de contrato*».

En cambio, la Corte *Constitucional*⁴² (en decisión del 19-10-1993) revocó la sentencia y argumentó:

- Los conceptos de Derecho Privado no pueden desentenderse de los principios fundamentales que inspiran los derechos constitucionales.
- En ocasiones, la superioridad económica de una de las partes contratantes es tan fuerte que puede determinar el contenido del contrato, *hipotecando el futuro de la otra*.

⁴² Ver la sentencia publicada en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1995, pág. 197, con nota de BARENGHI, Andrea, «Una pura formalità. A propósito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco».

- Debe tenerse en cuenta la garantía constitucional que otorga el derecho al desarrollo de la personalidad: *el ordenamiento jurídico debe reaccionar cuando existe una subordinación estructural de una de las partes del contrato respecto de la otra.*

Las decisiones judiciales posteriores a este *leading case*, concluyeron en que:

- Debe tenerse en cuenta el tipo de garantía: las garantías ómnibus convierten al fiador en *socio* del deudor *por lo que deben ser analizadas con mayor rigor.*
- El acreedor (especialmente los bancos) *deben haber sido conscientes* de que el fiador no tenía posibilidad de afrontar esa deuda.

c) La situación en el Derecho inglés

Se trata del precedente «Barclays Bank c. O'Brien» resuelto en el año 1994⁴³:

- O'Brien era socio de una compañía que debía sumas provenientes de descubiertos en cuenta corriente.
- Transó con el banco que se aumentara el descubierto a cambio de una hipoteca sobre un inmueble sede del hogar conyugal que tenía en condominio con su esposa.
- El gerente del banco ordenó al empleado que ambos cónyuges debían estar plenamente informados y ser conscientes de la naturaleza de la documentación que firmarían.
- Además debía aconsejarles consultar a sus abogados antes de firmar.
- El empleado del banco no siguió las instrucciones y la señora O'Brien suscribió la documentación sin siquiera leerla.
- Ella invocó que había sido inducida a firmar por influencia indebida de su marido y que lo había hecho por error.
- En autos se acreditó que el señor O'Brien le dijo a su esposa que la deuda llegaba sólo a 60.000 libras esterlinas y que sería cancelada en un tiempo breve.

Finalmente, el Tribunal declaró nula la fianza otorgada por la esposa. Fundó la decisión en que:

⁴³ Ver comentario de LEBON, Caroline, Vorlagebeschluss of June 29, 1999, «The protection of vulnerable sureties as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law», en *Rev. Européenne de Droit Privé*, 2001-2-436 y sigs.

- Si bien el señor O'Brien tenía interés en la compañía cuyas deudas garantizó con la vivienda, la señora O'Brien no tenía ningún interés pecuniario inmediato en las obligaciones.
- Se imputó al banco *no haber asumido las diligencias* para asegurarse de que la señora fuese *informada*.

Retornando al análisis del tema en el *Derecho argentino*, la cuestión suele plantearse cuando nos hallamos frente a las llamadas «fianzas ómnibus o generales o indeterminadas», es decir, «*aquella en que el fiador asume garantizando todas las deudas que el deudor tenga actualmente o vaya a contraer en el futuro con el acreedor*».

La característica esencial de esta especie de fianza es que, a la *indeterminación de la obligación garantizada*, se le suma que no se exige una limitación en el *monto* de la obligación garantizada o de la garantía misma; por lo que se propone su interpretación restrictiva⁴⁴.

Así las cosas, conforme al nuevo panorama constitucional desde la reforma de 1994, nos preguntamos si *¿cabe extender las soluciones del Derecho Comparado a favor del garante no consumidor?*

En el bloque de constitucionalidad en nuestro país (art. 75 inc. 22, Const. Nacional) la *Convención Americana de Derechos Humanos* (art. 3) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 16) prevén el *derecho de todo ser humano al reconocimiento de la personalidad jurídica*.

Este derecho se traduce en el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público.

En la Argentina, actualmente, por aplicación de los principios generales que emanan del sistema normativo tales como la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, el abuso de derecho y la protección de los terceros (arg. arts. 21, 656, 953, 954, 1070 y 1198 del CC), interpretados a la luz de los Tratados de Derechos Humanos antes citados, entendemos que *en casos excepcionales en los cuales las relaciones jurídicas de garantía dejen transparentar*

⁴⁴ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) ahora exige la previsión de monto en este tipo de fianzas: ARTÍCULO 1578.—Fianza general: «*Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los CINCO (5) años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor*».

una subordinación estructural de una de las partes del contrato (el garante) frente a la otra (el acreedor), un juez podría adecuar o acotar la obligación del garante a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó —pese a que el monto resultante de la operación garantizada es mayor— siempre y cuando:

- El monto de la garantía que se ejecuta aparece desproporcionada habida cuenta de la situación patrimonial y los ingresos del garante al momento de la constitución de la garantía; situación que se mantiene a la hora de su ejecución.
- El garante se encuentre en una situación subjetiva de inferioridad frente al acreedor profesional (arg. art. 902. CC) en razón de su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia y demás circunstancias del caso.
- En función de los ítems anteriores, la ejecución de la garantía configura un abusivo aprovechamiento de la situación del garante.

Una norma expresa (como en el Derecho francés) en este sentido, que faculte al juez argentino en los términos indicados, no sería descabellada⁴⁵ aunque,

⁴⁵ Existe en nuestro país, no obstante, un proyecto de ley sobre «Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores» que —de algún modo— contempla la situación del garante cuando éste se encuentra «sobre endeudado» e intenta darle solución a su situación canalizándolo a través mecanismos acordes a la situación de impotencia que afecta a todo su patrimonio; soslayando el régimen clásico e inconveniente del concurso preventivo contemplado por la Ley 24.522. Prevé expresamente la facultad del juez *quien podrá disminuir proporcionalmente el crédito del acreedor (de mala fe) según el grado de responsabilidad que determine el síndico*. Dice su artículo 3.º: «El proceso se inicia a instancia del deudor, solicitando se le aplique el régimen de la presente ley por ante el juez competente para todas aquellas deudas exigibles y a vencer originadas, pero no limitadas, por el consumo individual o familiar, obligaciones fiscales u obligaciones asumidas como, garante o deudor solidario». Es más, su artículo 5.º expresa: «A los fines de determinación del procedimiento a seguir, producida la solicitud y aceptado el cargo por parte del síndico, el juez pedirá la opinión de este último. A) Si el síndico estimare que el deudor posee activos de conveniente realización o su situación económica y financiera es remediable, procederá a solicitar al juez la inmediata apertura del procedimiento de conciliación extrajudicial, continuando su actuación hasta la homologación del acuerdo o de la propuesta propiciada por ella, de corresponder. En la resolución que dicte el juez declarando la procedencia del procedimiento de conciliación extrajudicial, deberá fijar, además, las fechas en las que el síndico deberá reunirse con el deudor y los acreedores denunciados para intentar un acuerdo entre ellos, como así también la fecha en la que se debe presentar el acuerdo extrajudicial o el plan de medidas propuesta por el síndico, si correspondiere, para su eventual homologación y B) Si el síndico estimara que el deudor tuviere pocos activos realizables, o su realización fuese antieconómica, o se encuentre en una situación económica irremediablemente comprometida de seguir cualquier medida que disponga el síndico, deberá emitir una opinión fundada y razonada al juez competente en la que establecerá los motivos por los cuales se recomienda que el juez aplique al deudor el trámite de restablecimiento personal regulado en la presente ley. La opinión del síndico podrá estar sujeta a revisión a pedido del propio deudor ante el mismo, pero en caso de ser rechazado su pedido, éste será irrecurrible. En todos los casos, el síndico deberá pronunciarse acerca del grado de responsabilidad en que, directa o indirectamente, los acreedores incurrieron para que el deudor se halle en la situación económico financiero

reiteramos, que la idea sustancial de esta propuesta normativa es abrir el debate y dejar planteado el interrogante ante el nuevo «escenario constitucional»; sin que ello importe, en manera alguna, eliminar la autonomía de la voluntad en materia contractual en perjuicio de la seguridad jurídica crediticia, generando incertidumbre y destruyendo las bases esenciales del Derecho de las garantías patrimoniales.

Un avance en esta dirección —de una tutela mayor del garante— constituye el Anteproyecto de Código Civil de 2011:

- Por su artículo 1578 (transcripto en la nota al pie de página número 44) que expresa que, si bien es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador; con lo cual, de algún modo, viene a «delimitar el riesgo» asumido por este último; y
- su artículo 1575, que autoriza a reducir la fianza a los límites de la obligación principal, al expresar: «Extensión de las obligaciones del fiador. La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza».

Sin embargo, el Anteproyecto nada dice de manera expresa respecto a la posibilidad de reducir el monto de la garantía, *adecuando o acotando la obligación o responsabilidad del garante a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó*, en el caso de abuso que plantea la fianza *excesiva*.

Quizás, en tren de conjeturas, quepa concluir que en el pensamiento de la Comisión de reformas estuvo latente la idea de que la solución para estos casos venga de la mano de la aplicación de los principios generales⁴⁶.

que originó la aplicación de la presente ley. Cuando la responsabilidad del acreedor haya contribuido en forma significativa y determinante a la situación del deudor anteriormente mencionada, el juez podrá disminuir proporcionalmente el crédito según el grado de responsabilidad que determine el síndico».

⁴⁶ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) contiene, en este aspecto, un sistema coherente de principios interpretativos al expresar: artículo 1° (*Fuentes y aplicación*): «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho». Artículo 2.° que reza: «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento». AR-

(ii) Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad

Existen ciertos tipos de garantía que, por sus particulares características, son muy utilizadas en el tráfico negocial y constituyen un gran atractivo para el acreedor. Nos referimos a las *garantías a primera demanda o a primer requerimiento*.

Michele SESTA enseña que la garantía a primera demanda es un acto jurídico por el cual un sujeto, dotado de una sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño⁴⁷.

Uno de los aspectos principales de estas garantías es que se trata de negocios jurídicos que posibilitan al acreedor su ejecución en forma extrajudicial, es decir, sin que contemplen la oportunidad de defensa y prueba por parte del ejecutado ante un órgano jurisdiccional *dentro de la propia ejecución patrimonial privada*.

Ello plantea el interrogante si, acaso, estas garantías implican una renuncia anticipada del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor; que las tiñe de inconstitucionales y violatorias de normas fundamentales de nuestra Constitución (arts. 17 y 18).

Entendemos que la respuesta debe ser negativa si es que analizamos estas garantías bajo la lupa del Derecho Constitucional mediante una adecuada interpretación del derecho de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna y, particularmente, *del artículo 8.º del Pacto de San José de Costa Rica y el principio de la tutela judicial efectiva (Convención Americana de Derechos Humanos, según artículo 75, inciso 22.º Const. Nacional)*; que ha venido a despejar toda clase de dudas en cuanto a la necesidad de «oír» —en algún momento y sin desvirtuar la eficacia de estas garantías— al deudor o garante autoliquidado.

En efecto, al regularse las garantías a primera demanda —toda vez que la «propiedad» es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17 Const. Nacional)—

TÍTULO 9.º Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe, y ARTÍCULO 10. Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

⁴⁷ *Le garanzie atipiche*, Cedam, Padova, 1988.

hay que otorgarle al garante «autoejecutado» el derecho de detener la ejecución en casos de *abuso o fraude manifiesto* del beneficiario acreedor que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen⁴⁸; autorizándolo, de este modo, a solicitar ante un órgano jurisdiccional que ordene la no ejecución de la garantía o, en su defecto, que condicione la misma a que el beneficiario satisfaga previamente la constitución de una caución suficiente para evitar daños irreparables al garante autoejecutado, según las circunstancias del caso.

Así las cosas, de regularse esta especie de garantía y si bien, por el principio de libre demandabilidad comprendida en la garantía constitucional de la propiedad privada (art. 17 Constitución Nacional), tampoco se le puede impedir al acreedor que ejecute la misma; cuando existe fraude o abuso manifiesto en la ejecución que ponen en duda la legitimidad del derecho de aquél, el garante ejecutado privadamente que en forma actual o inminente tema sufrir una lesión o amenaza con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en sus derechos, puede solicitar una tutela judicial —expedita y rápida— a los efectos de obtener el cese de la amenaza lesiva hacia sus intereses, peticionando medidas cautelares para que el garante no pague; con fundamento en la siguiente normativa constitucional:

- Artículo 18 de la Constitución Nacional (garantía del debido proceso legal).
- Artículo 19 de la Constitución Nacional (principio de reserva).
- Artículo 17 de la Constitución Nacional (inviolabilidad del derecho de propiedad).
- Artículo 43 de la Constitución Nacional (principio de la tutela inhibitoria) y, especialmente,
- El artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos referenciado, que reza que: *«Toda persona tiene derecho a ser oída, 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, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»* (art. 75, inc. 22.° Const. Nacional).

Así las cosas, 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

⁴⁸ Por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda —lo que está documentado— cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, etc..

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 jurisdicción⁴⁹.

En suma, si ensayáramos una norma sobre el particular, siguiendo —con algunos «retoques terminológicos»— la propuesta del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de 1992 (Decreto 468/92, art. 1479), el legislador actualizador debiera sancionar una norma de un tenor similar al siguiente: «*En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán ocurrir ante el juez, quien podrá condicionar el cobro de la garantía al otorgamiento de caución suficiente u ordenar el cumplimiento de otros recaudos que resulten pertinentes al caso y, excepcionalmente, disponer la suspensión de la ejecución*»⁵⁰.

⁴⁹ 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 contencioso administrativa y derechos humanos*, L.L. 2000-F-594.

⁵⁰ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011), en su artículo 1810 (Garantías unilaterales), expresa textualmente y copia el artículo 1479 del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de 1992 (decreto 468/92): «Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquellas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta a la promoción de las acciones rectorias correspondientes. *En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro*». En nuestro concepto, la norma debiera contemplar una abanico de posibilidades frente a la eventual ejecución abusiva: (i) caucionar la ejecución (presuntamente abusiva) y exigirle al acreedor que satisfaga —antes de la realización de la garantía— la constitución de una caución suficiente, y (ii) autorizar al juez a que, previo pedido de parte, ordene lisa y llanamente la suspensión (o no ejecución) de la garantía. En efecto, si estamos en presencia de un daño irreparable, ¿para qué autorizar la ejecución, aún caucionando el posible daño que se cause, cuando es patente el abuso? Mejor darle la opción al juez, a pedido del garante u ordenante amenazado, de detener la ejecución y evitar un desgaste inútil. Independientemente de lo parco del artículo 1810 es importante que el Anteproyecto haya consagrado este artículo, porque constituye una excepción al principio consagrado en materia de prevención del daño (previsto en el capítulo de responsabilidad civil, art. 1711) que prevé expresamente la «irrelevancia» del factor de atribución. Pues bien, hay una excepción justamente en materia de tutela del crédito en los casos de garantías autoliquidables en las cuales para prevenir el daño y detener la ejecución es relevante y necesario *probar* el factor de atribución: EL DOLO O EL

(iii) El concurso extranacional y el principio de reciprocidad

Según el párrafo 3.º del artículo 4 de la Ley 24.522: *«la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la Argentina puede verificarse y cobrar —en iguales condiciones— en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero»*.

Esta norma implica la aplicación del derecho de retorsión, medio por el cual un Estado contesta con igual manera de obrar la falta de equidad cometida por el otro.

Según la Doctrina en general, la interpretación de la norma es la siguiente:

- Se aplica a la quiebra y al concurso preventivo.
- El acreedor foráneo, *que no pertenezca al concurso abierto en el extranjero*, puede obtener igualdad de trato con los acreedores locales siempre que «acredite» que en el derecho vigente en el país en el cual el crédito es pagadero, un acreedor «argentino» (*pagadero en Argentina*) tiene reciprocidad de verificación y cobro.
- *Conclusión:* la verificación de tales acreedores está condicionada a la existencia de reciprocidad, es decir, a la prueba de la falta de discriminación en la ley extranjera.

Se plantea el interrogante acerca de si este principio se ajusta a los valores jurídicos de la Constitución Nacional, especialmente, al principio de igualdad ante la ley (art. 16).

Hay quienes entendieron que se trata de un principio constitucional, al sostener que: *«tal como está establecido en orden al lugar de pago del crédito y no a la nacionalidad del acreedor no existe elemento discriminatorio, sino vigencia del principio de territorialidad y soberanía de la ley nacional, por lo que la impugnación no es sustentable. En consecuencia, la prueba del derecho extranjero constituye una carga del acreedor que pretende ser verificado, aún cuando, como todo «hecho», adscriba a la libertad probatoria»*⁵¹.

Sin embargo cabe preguntarse si —a la luz del Bloque de Constitucionalidad (art. 75, inc. 22 Constitución Argentina) y su eficacia derogatoria e

ABUSO O EL FRAUDE MANIFIESTOS. Reza el mentado artículo 1711 (acción preventiva): «La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño».

⁵¹ JUNYENT BAS, FRANCISCO, y MOLINA SANDOVAL, CARLOS, *Ley de Concursos y Quiebras*, tomo 1, 2.ª ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2009.

interpretativa— podemos seguir sosteniendo la vigencia de este principio de reciprocidad.

En efecto, se ha sostenido también que: «*el concurso único no admite discriminar desigualitariamente entre unos acreedores y otros (pagaderos aquí o en el extranjero) porque los que son titulares de créditos a cancelar en el extranjero, donde no hay quiebra, tienen suficiente punto de conexión con la jurisdicción argentina como para invocar aquí la protección integral de la Constitución. Este punto de conexión está dado por la pendencia del único concurso ante el tribunal argentino y por la existencia de bienes del deudor en nuestro territorio*»⁵².

Cabe preguntarse, entonces, ¿cuál es la protección constitucional que no puede burlarse?

La respuesta se vincula con el *derecho a la jurisdicción* que importaría permitir al acreedor foráneo, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la Argentina sin postergación alguna y en pie de igualdad con los acreedores internos.

Pareciera que, por imperio del artículo 8.º (*tutela judicial efectiva*) y del artículo 24 (*igualdad ante la ley*) de la *Convención Americana de Derechos Humanos con jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994* (art. 75 inc. 22.º *Const. Nacional*), es necesario revisar el principio de reciprocidad de la ley concursal.

Ante esta aparente disparidad de posiciones, nos preguntamos si se posible conciliarlas.

Actualmente, creemos que sin llegar a impugnar por inconstitucional el principio de reciprocidad, y a la luz del bloque de constitucionalidad que no se puede soslayar, es posible efectuar una «relectura» conciliadora del artículo 4 de la Ley 24.522 que repercuta —en definitiva— en la morigeración de la carga probatoria del Derecho extranjero por parte del pretense acreedor foráneo⁵³; de tal modo que no se le niegue irracionalmente la incorporación al pasivo.

Conclusión:

- Aunque la carga de la prueba del Derecho extranjero incumbe al acreedor, el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación

⁵² BIDART CAMPOS, Germán, «El artículo 4 de la ley de concursos y la constitución», en revista argentina *El Derecho*, 104-1019.

⁵³ ROULLÓN, Adolfo, «Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal argentina 24.522», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, 1999, año XLIV, núm. 37, pág. 25; DI TULLIO, José A., y RUIZ, Sergio G., *Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad*, JA 2000-IV-985; BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 1992, t. II, pág. 1022.

*y el juez puede hacerlo de oficio. En suma, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación*⁵⁴.

Esta fue la línea seguida por la SCJMA, Sala I, 28/04/2005, «Sabate Sas, S. A. en COVISAN, S. A. P/Conc. Prev.»⁵⁵, donde se concluyó que: «*Adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad —en el caso por una factura que establecía como condición de pago por la concursada una transferencia bancaria a Francia— pues aunque en principio la carga de la prueba incumbe al acreedor, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificadorio desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o incluso del propio juez*».

Por lo demás, vale destacar, que la morigeración del principio de la reciprocidad parece ser la tendencia mundial.

En efecto, la «*Ley Modelo*» de la UNCITRAL (art. 13) prevé, en cuanto a los *derechos de los acreedores extranjeros*, que los mismos gozarán de los mismos derechos que los acreedores locales para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, y para participar en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante de la Ley Modelo.

A su turno, la *ley de concursos mercantiles mexicana* expresa en su artículo 290: «*Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, los acreedores extranjeros*

⁵⁴ A mayor abundamiento, y en consonancia con lo expuesto, según la CIDIP (Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado) II sobre «Normas Generales» (ratificado por la Argentina, Ley 22.291): «*los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable*»; razón por la cual esta Convención habría derogado el artículo 13 del Código Civil, por lo que —para el Derecho argentino— el Derecho extranjero es un «hecho notorio» y el juez puede tenerlo en cuenta oficiosamente sin perjuicio de que las partes lo aleguen y aporten las pruebas que estimen oportunas. Por su parte, el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011), en su artículo 2595 (aplicación del Derecho extranjero) expresa: «*Cuando un Derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino; b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el Derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate; c) si diversos Derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos*».

⁵⁵ L.L. 2005-D-247.

gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a esta Ley. Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un concurso mercantil declarado con arreglo a esta Ley, salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes».

Finalmente, «*el Reglamento*» (CE) número 1346/2000 del Consejo Europeo, del 29 de mayo de 2000, admite la verificación de cualquier acreedor en el concurso abierto en un Estado miembro (art. 32⁵⁶) y omite toda alusión, obviamente, a la regla de reciprocidad mencionada precedentemente, puesto que todos los Estados deberán adecuar sus ordenamientos internos a dicha normativa. Postula, además, el mantenimiento de la paridad en los dividendos (art. 20⁵⁷).

Rescapitulando: entendemos que el legislador actualizador del Derecho comercial argentino con relación al caso que estamos analizando —*verificación en la Argentina del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca, a su vez, a un concurso abierto en el exterior*— debiera adecuar el Derecho falencial nacional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; de tal modo, se evitarán interpretaciones encontradas como las descriptas, conciliando así la normativa concursal con el Bloque de Constitucionalidad.

f) *Conclusión del Principio de Supremacía Constitucional*

A modo de conclusión, de acuerdo al principio de supremacía constitucional, el legislador *infra* constitucional debe tener en cuenta las ideas generales claves que nuestra Constitución reconoce y que ya hemos esbozado —por cuanto constituyen su núcleo ideológico— y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

⁵⁶ Ejercicio de los derechos de los acreedores: 1. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario. 2. Los síndicos del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios presentarán en otros procedimientos los créditos ya presentados en el procedimiento para el que se les haya nombrado, en la medida en que sea útil para los acreedores cuyos intereses representen y sin perjuicio del derecho de estos últimos a oponerse a ello y a retirar su presentación, cuando así lo contemple la ley aplicable. 3. El síndico de un procedimiento principal o secundario estará habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor, en particular formando parte de una junta de acreedores.

⁵⁷ Restitución e imputación. 1. El acreedor que, tras la apertura de un procedimiento del apartado 1 del artículo 3, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7. 2. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango o de la misma categoría hayan obtenido, en ese otro procedimiento, un dividendo equivalente.

- (i) Por un lado, el rol protagónico de la iniciativa privada, que comprende los siguientes principios:
 - a) libertad de empresa y
 - b) libertad de contratación.
- (ii) Por el otro, el reconocimiento del rol del Estado, que debe procurar el desarrollo material del país, mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos y promover su desarrollo integral mediante:
 - a) La protección de las distintas formas de propiedad (art. 17 Const. Nacional).
 - b) La promoción de la inversión extranjera (art. 20 Const. Nacional).
 - c) La conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales y el medio ambiente (art. 41 Const. Nacional).
 - d) La promoción, facilitación y regulación de la prestación de los servicios públicos básicos a los ciudadanos, sin que ello signifique la exclusión de la iniciativa privada, y la protección de los derechos de los consumidores (art. 42 Const. Nacional).

2. PRINCIPIO DE CERTEZA JURÍDICA

a) *Introducción*

La actualización de la legislación comercial debe procurar agregar, modificar o eliminar los elementos que debido a excesos, defectos, omisiones o contradicciones normativas, hayan derivado en interpretaciones o aplicaciones arbitrarias, para reducir elementos que generan incertidumbre jurídica.

Según este principio, no solo el legislador sino también el juez e, inclusive, la administración pública deben «hablar claro», permitiendo a los operadores jurídicos saber qué camino están recorriendo y no encontrarse con trampas indeseables que comprometan fuertemente derechos tales como el derecho de propiedad y el derecho de defensa en juicio, según los distintos casos que puedan presentarse.

Desde el Renacimiento en adelante, la seguridad jurídica reside fundamentalmente en el conocimiento, medio por el cual se accede a la predictibilidad⁵⁸; constituyéndose en un principio clave que tanto el Poder Judicial cuanto el

⁵⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio E., «La seguridad como función jurídica», en *Funciones y fines del Derecho. Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia, ed. de la Universidad de Murcia, 1992, pág. 274, y plenario de la SCJMZA, en autos núm. 70.087, caratulados «Berrondo, Edmundo» del 11/03/2002 en J. A. 2002-II-135.

Poder Legislativo y, hasta la propia Administración Pública, tienen el deber constitucional de proteger.

El término seguridad jurídica suele ser utilizado como equivalente de «certeza jurídica», y su utilización implica la existencia de «reglas claras». En el ámbito económico y mercantil, la seguridad jurídica fortalece la confianza de los particulares en las instituciones, facilita la inversión y la actividad económica. Adicionalmente, implica la existencia de normas jurídicas coherentes, claras, que reflejan la realidad cultural y social; promoviendo el ejercicio y la protección de los derechos.

La seguridad jurídica también presupone la existencia de mecanismos efectivos para resolver conflictos y el estímulo de los negocios y la actividad empresarial.

En suma, por seguridad jurídica se entiende la estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos dentro de un cuadro que tiene por engarce el *Estado de Derecho*.

Finalmente, cabe destacar, que el principio de certeza jurídica guarda también vinculación con el principio de supremacía constitucional —ya analizado— que se traduce en el respeto de la legalidad y la sujeción de los Poderes Públicos a lo establecido en la Constitución y a la Ley.

Esto implica, en definitiva, en que la actuación de los Poderes Públicos y también de los particulares debe realizarse con subordinación al ordenamiento jurídico.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Como pocas, la Ley 26.684 de reforma a la Ley de concursos 24.522 ha sido pasible de tantas críticas por la Doctrina especializada atento a los excesos, errores, omisiones y hasta contradicciones normativas existentes en su articulado. Es más, tan defectuosa ha sido esta ley, que ha generando premoniciones de la «incertidumbre jurídica» que se instalará —a causa de ella— en la realidad del escenario concursal.

Evidentemente, la Ley 26.684 no ha respetado el *principio de certeza jurídica* provocando enormes dudas, fundamentalmente, en torno a la problemática de la participación de la cooperativa de trabajo —y sus prerrogativas— en el proceso concursal.

Uno de los juristas más incisivos de la doctrina nacional —Daniel TRUFAT⁵⁹— ha dicho en tono crítico contundente que:

⁵⁹ «La Ley 26.684: ¿Argentina 1Q84?», E.D. 243-1233.

- La Ley trae tres modificaciones revulsivas, impactantes y basilares: el artículo 48 bis⁶⁰, el artículo 203 bis⁶¹ y el artículo 205⁶².

⁶⁰ Que reza: *En caso que, conforme el inciso 1 del artículo anterior, se inscriba la cooperativa de trabajo —incluida la cooperativa en formación—, el juez ordenará al síndico que practique liquidación de todos los créditos que corresponderían a los trabajadores inscriptos por las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por Ley 20.744, los estatutos especiales, convenios colectivos o la que hayan acordado las partes. Los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior. Homologado el acuerdo correspondiente, se producirá la disolución del contrato de trabajo de los trabajadores inscriptos y los créditos laborales se transferirán a favor de la cooperativa de trabajo convirtiéndose en cuotas de capital social de la misma. El juez fijará el plazo para la inscripción definitiva de la cooperativa bajo apercibimiento de no proceder a la homologación. La cooperativa asumirá todas las obligaciones que surjan de las conformidades presentadas. El Banco de la Nación Argentina y la Administración Federal de Ingresos Públicos, cuando fueren acreedores de la concursada, deberán otorgar las respectivas conformidades a las cooperativas, y las facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables vigentes en sus respectivas carteras. Queda exceptuada la cooperativa de trabajadores de efectuar el depósito del veinticinco por ciento (25 por 100) del valor de la oferta prevista en el punto i), inciso 7 del artículo 48 y, por el plazo que determine la autoridad de aplicación de la ley 20.337, del depósito del cinco por ciento (5 por 100) del capital suscripto previsto en el artículo 90 de la ley 20.337. En el trámite de constitución de la cooperativa la autoridad de aplicación encargada de su inscripción acordará primera prioridad al trámite de la misma debiéndose concluir dentro de los diez (10) días hábiles.*

⁶¹ Que dice: *Los trabajadores reunidos en cooperativa de trabajo están habilitados para solicitar la adquisición de conformidad con el artículo 205, incisos 1) y 2) y podrán hacer valer en ese procedimiento la compensación con los créditos que le asisten a los trabajadores de la fallida, de conformidad a los artículos 241, inciso 2) y 246, inciso 1) de la Ley Concursal, no siendo aplicable en este caso la prohibición del artículo 211. El monto de las indemnizaciones será calculado, a los fines de la compensación, de conformidad con el artículo 245 de la Ley 20.744 (t.o. 1976), los estatutos especiales, convenios colectivos o contratos individuales, según el que resultare más favorable a los trabajadores. A tal efecto, podrán utilizarse total o parcialmente los créditos laborales de los que resulten titulares trabajadores que voluntariamente los cedan a la cooperativa. La cesión se materializará en audiencia a celebrarse ante el juez de la quiebra con intervención de la asociación sindical legitimada. El plazo del pago del precio podrá estipularse al momento de efectuarse la venta.*

⁶² Que expresa: *La venta de la empresa o de uno o más establecimientos, se efectúa según el siguiente procedimiento: 1) El designado para la enajenación, tasa aquello que se proyecta vender en función de su valor probable de realización en el mercado; de esa tasación se corre vista a la cooperativa de trabajadores en caso de que ésta se hubiera formado y al síndico quien, además, informará el valor a que hace referencia el artículo 206; 2) En todos los casos comprendidos en el presente artículo la cooperativa de trabajo podrá realizar oferta y requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación de acuerdo al inciso anterior; 3) La venta debe ser ordenada por el juez y puede ser efectuada en subasta pública. En ese caso deben cumplirse las formalidades del artículo 206 y las establecidas en los incisos 4), 5) y 6) del presente artículo, en lo pertinente; 4) Si el juez ordena la venta, sin recurrir a subasta pública, corresponde al síndico, con asistencia de quien haya sido designado para la enajenación, proyectar un pliego de condiciones en el que debe expresar la base del precio, que será la de la tasación efectuada o la que surja del artículo 206, la que sea mayor; descripción sucinta de los bienes, circunstancias referidas a la locación en el caso en que el fallido fuere locatario, y las demás que considere de interés. La base propuesta no puede*

- Todas ellas merecen algún reproche, salvo el artículo 48 bis que los merece *todos*:
- el artículo 203 bis podría ser habido por inconstitucional si se lo leyera como habilitando a compensar con los numerales fríos que caben a cada trabajador. Es evidente que la aptitud compensatoria debe limitarse al «dividendo de liquidación» que cabe a cada crédito. Tema que se ve con toda claridad si existiera —por ejemplo— un tercio de acreedores

ser inferior a la tasación prevista en el inciso 1). Pueden incluirse los créditos pendientes de realización, vinculados con la empresa o establecimiento a venderse, en cuyo caso debe incrementarse prudencialmente la base. La condición de venta debe ser al contado, y el precio deberá ser íntegramente pagado con anterioridad a la toma de posesión, la que no podrá exceder de veinte (20) días desde la notificación de la resolución que apruebe la adjudicación. El juez debe decidir el contenido definitivo del pliego, mediante resolución fundada. A tal efecto puede requerir el asesoramiento de especialistas, bancos de inversión, firmas consultoras, u otras entidades calificadas en aspectos técnicos, económicos, financieros y del mercado. Esta resolución debe ser dictada dentro de los veinte (20) días posteriores a la presentación del proyecto del síndico; 5) Una vez redactado el pliego, se deben publicar edictos por dos (2) días, en el diario de publicaciones legales y en otro de gran circulación en jurisdicción del tribunal y, además, en su caso, en el que tenga iguales características en los lugares donde se encuentren ubicados los establecimientos. Los edictos deben indicar sucintamente la ubicación y destino del establecimiento, base de venta y demás condiciones de la operación; debe expresarse el plazo dentro del cual pueden formularse ofertas dirigidas en sobre cerrado al tribunal y el día y hora en que se procederá a su apertura. El juez puede disponer una mayor publicidad, en el país o en el extranjero, si lo estima conveniente; 6) Las ofertas deben presentarse en sobre cerrado, y contener el nombre, domicilio real y especial constituido dentro de la jurisdicción del tribunal, profesión, edad y estado civil. Deben expresar el precio ofrecido. Tratándose de sociedades, debe acompañarse copia auténtica de su contrato social y de los documentos que acrediten la personería del firmante. El oferente debe acompañar garantía de mantenimiento de oferta equivalente al diez por ciento (10 por 100) del precio ofrecido, en efectivo, en títulos públicos, o fianza bancaria exigible a primera demanda; 7) Los sobres conteniendo las ofertas deben ser abiertos por el juez, en la oportunidad fijada, en presencia del síndico, oferentes y acreedores que concurran. Cada oferta debe ser firmada por el secretario para su individualización, labrándose acta. En caso de empate el juez puede llamar a mejorar ofertas. Las diligencias indicadas en los incisos 1) a 7) de este artículo deben ser cumplidas dentro de los cuatro (4) meses de la fecha de la quiebra, o desde que ella quede firme, si se interpuso recurso de reposición o desde que haya finalizado la continuación según corresponda para cada caso. El juez puede, por resolución fundada, ampliar el plazo en noventa (90) días; 8) A los fines de la adjudicación el juez ponderará especialmente el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresarial, mediante el plan de empresa pertinente y la magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo. El plazo para el pago del precio podrá estipularse en el pliego de licitación; 9) Dentro del plazo de veinte (20) días, desde la notificación de la resolución definitiva que apruebe la adjudicación, el oferente debe pagar el precio, depositando el importe. Cumplida esta exigencia, el juez debe ordenar que se practiquen las inscripciones pertinentes, y que se otorgue la posesión de lo vendido. Si vencido el plazo el adjudicatario no deposita el precio, pierde su derecho y la garantía de mantenimiento de oferta. En ese caso el juez adjudica a la segunda mejor oferta que supere la base; 10) Fracasada la primera licitación, en el mismo acto el juez, convocará a una segunda licitación, la que se llamará sin base.

laborales (tan acreedores como los integrantes de la cooperativa) que no se hubieran sumado a ésta.

- El artículo 205 puede ser defendido y valorado mientras no se quiera considerar el inciso 2 (requerir la adjudicación de la empresa al valor de tasación) como un derecho de «apropiación» que soslaya la puja. El inciso es ambiguo y podría interpretarse así. En tal caso sería inconstitucional. Una lectura contextual de todo el artículo 205 debería llevar a una interpretación diversa, convirtiendo al artículo 205, inciso 2, en una norma obvia (y demagógica) que diría algo tan evidente como que si no hay otros anotados en la competencia, quien ofreció la «base» tiene derecho a la adjudicación del bien. Véase que si el final del inciso 2 parece llevar sin escalas a la primera interpretación, su complementación inmediata con el inciso 3 sostiene la hipótesis opuesta.
- Podrá seguir siendo un dispositivo aceptable, mientras no se lea su manda de preferir la oferta que preserve la fuente de trabajo como una imposición automática que pudiera hacer cerrar los ojos a la existencia de una oferta infinitamente superior (que atendiera, además, adecuadamente los derechos de los trabajadores) y se la hiciera claudicar ante otra oferta muy inferior pero con la viveza de preservar, tal vez parcial e, incluso, cosméticamente, algunos puestos de trabajo. Con todo, la previsión legal del inciso 8.º del artículo 205 establece algo así como un «piso» (emergente de la oferta de la cooperativa) para los niveles de contratación propuestos por cada competidor.
- Un tema muy delicado es determinar cómo habría de competir un tercero con la cooperativa (que tiene a su favor el latiguillo del inciso 2 del artículo 205, y la eventual interpretación consecuente sobre adjudicación directa, mas la presunción obvia de atender —la cooperativa— el estándar del inciso 8º del mismo artículo). Y sobre el punto —en pos de encontrar una diagonal en la aplicación de artículos que crujen cuando se trata de encontrar un ámbito para la vigencia de todos los dispositivos implicados— se entiende posible que el susodicho tercero hipotético encare la puja, asumiendo que la *magnitud de la planta de personal que se mantiene en actividad como tutela efectiva de la fuente de trabajo* conforme su oferta, que no podrá ser nunca inferior a la ofrecida por la cooperativa.
- El artículo 48 bis probablemente nunca se emplee. Es una norma incómoda e incomodante. Prevé una compensación imposible entre un crédito «condicional» (las indemnizaciones futuras) cuya aplicación imposibilitará el acaecimiento del hecho futuro e incierto que lo crearía (la quiebra); compensación que, además, pretendería hacerse valer respecto de sujetos —los titulares de las acciones o cuotas sociales— con quienes no existen créditos cruzados. Rectius: prevé una «compensación imposible» en tanto

y en cuanto se considere que el muy desafortunado texto (*los créditos así calculados podrán hacerse valer para intervenir en el procedimiento previsto en el artículo anterior*) significa algo atinente a la «compensación» porque, *stricto sensu*, no se sabe qué significa en verdad «hacer valer». Prevé, asimismo, una cesión definitiva que nada favorece a los acreedores laborales y una asunción de deuda por la cooperativa que no se entiende y que viene a trasmano de aquello que es el salvataje.

Transcriptas las implacables críticas que TRUFFAT propina a la Ley 26.684, caemos en la cuenta de la importancia del principio de certeza jurídica como idea rectora que necesariamente debe informar la tarea legislativa actualizadora del Derecho Mercantil.

Efectivamente, el legislador no puede desentenderse de la necesaria coherencia y claridad que debe primar en las normas jurídicas para asegurar, de esa manera, una adecuada protección de los derechos subjetivos en juego en cada caso.

3. PRINCIPIO DE PRIORIDAD

a) *Introducción*

La actualización legislativa se debe concentrar, fundamentalmente, en aquellos asuntos cuya reforma o regulación es impostergable porque se trata de situaciones de la realidad carentes de regulación o que necesitan de una «adecuada» regulación, o bien, se trata de subsanar normas que generan obstáculos o efectos negativos o distorsivos en el tráfico negocial.

b) *Aplicación práctica de este principio*

También en el ámbito del Derecho concursal se ha suscitado una controversia en los últimos años en torno al tratamiento que la Jurisprudencia⁶³ ha dado a los llamados «acreedores involuntarios».

⁶³ Causa 95754, Reg. 288 —«Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incte. Verificación tardía»— CÁMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) —SALA I— 18/05/2004. L.L. To. 2004-D pág. 739, con nota aprobatoria de Jorge MOSSET ITURRASPE, «Otra muestra del “Derecho Privado Constitucional”: la constitución avanza sobre los privilegios concursales». Ver también, *J.Nac.Com.*, núm. 20, mayo 24-2007, «Institutos Médicos Antártida S. A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.» L.L. To. 2007-E, pág. 552, con

Se trata, en general, de aquellos acreedores que se han visto afectados por infortunios personales u otros daños cuyo autor ha sido el deudor concursado y que —pese a la urgencia en obtener las prestaciones correspondientes por razones de salud, alimentarias u otras que no admiten demoras— deben enfrentar las quitas, esperas y los «tiempos muertos» del proceso concursal.

Dicha terminología ha sido pasible de crítica. Por ello se ha preferido hablar de acreedores «extracontractuales» para englobar lisa y llanamente a todos aquellos que no están vinculados con el deudor por vínculos negociales o contractuales y que se encuentren en situación de urgencia (por ejemplo, acreedor de avanzada edad cuya pretensión encuentra causa en los daños y perjuicios que ha sufrido en un accidente de tránsito mientras viajaba a bordo de un transporte de pasajeros perteneciente a la concursada).

La piedra de la discordia ha sido que la jurisprudencia les ha otorgado a estos acreedores —*sin norma concursal expresa en que sustentarse*— un tratamiento «privilegiado» (pese a no hallarse en el elenco de privilegios de la Ley 24.522), concediéndoles el derecho de pronto pago a créditos que no se encontraban investidos legalmente de esa prerrogativa para su percepción anticipada; soslayando, de esa manera, la *pars conditio creditorum* y los términos de la propuesta de acuerdo preventiva dirigida a los quirografarios.

Ha sido patrón común en los diferentes casos de «acreedores involuntarios» resueltos por la jurisprudencia que, el beneficiario del tratamiento privilegiado ha visto vulnerado derechos amparados por la Constitución Nacional y, especialmente, por los Tratados de Derechos Humanos previstos en el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna (particularmente derecho a la vida y a la salud, arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Se ha razonado, en este sentido, que es evidente que una norma particular (la que emerge del acuerdo concordatario) no tiene aptitud para vulnerarlos.

Como podemos apreciar, e independientemente del juicio de valor que hagamos de la «legalidad» de este Derecho Judicial, lo cierto es que una vez más el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado está latente en cada uno de estos precedentes. En efecto, en ellos se relativiza el principio de paridad de los acreedores concurrentes en función de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física; aún cuando el crédito «beneficiado» con el tratamiento distinto no está amparado por prerrogativa o privilegio alguno emanado de la legislación de fondo.

En esta línea argumental, la Ley 26.684 agregó al artículo 16 de la ley concursal —que regula, entre otros, el pronto pago de créditos laborales en el concurso preventivo— el siguiente párrafo: «Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos ampa-

nota aprobatoria de FRANCISCO JUNYENT BAS, «Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud y la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales».

rados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras»⁶⁴.

Podríamos sostener *prima facie* que el legislador concursal, con esta reforma, se hizo cargo del fenómeno de la «Constitucionalización del Derecho Privado» y concedió expresamente el beneficio del pronto pago a los «acreedores involuntarios».

Sin perjuicio de ello, la propia norma transcrita suscitó dudas interpretativas motivando opiniones encontradas:

- (i) por un lado, se sostuvo que *«una inteligencia restrictiva permitiría aducir que la conjunción copulativa “y” que se agrega entre el régimen de pronto pago y las circunstancias particulares de los titulares afectados por las contingencias de salud o alimentarias se refiere solamente a los trabajadores»⁶⁵.*
- (ii) Sin embargo, por otro lado, se entendió que *«este tipo de interpretación no parece receptar el verdadero espíritu del legislador; pues resulta evidente que los trabajadores ya tienen el beneficio del pronto pago, por lo que una lectura de este tipo implicaría una mera reiteración del beneficio»⁶⁶.*

Las dudas hermenéuticas expuestas ponen en evidencia que la apertura de la norma la torna ambigua y requiere de un gran esfuerzo de los jueces para utilizarla estrictamente en casos fundados y cuando la equidad del caso lo requiera.

⁶⁴ La situación de estos acreedores en otros países ha tenido consagración expresa. Por ejemplo, hallamos el artículo 91 (inc. 5.º) de la Ley Concursal española 22/2003, reformada por la Ley 38/2011, que regula un privilegio aplicable a estos créditos. Los acreedores involuntarios son ubicados en el quinto orden de los privilegios generales. Pero además de la consagración del privilegio general en el quinto orden, los acreedores involuntarios son considerados acreedores de la masa cuando: (i) el crédito hubiere nacido con posterioridad a la declaración del concurso y en ocasión de la continuación de la actividad, ya fuere profesional o empresarial del concursado; o (ii) cuando deriven de la responsabilidad extracontractual del concursado (arts. 84.2.5.º y 10.º, respectivamente). Lo propio ocurre con la ley de bancarrotas de Estados Unidos, que prevé la prioridad en el pago a los créditos alimentarios debidos a hijos o exónyuges, o los que deriven de daños generados en el funcionamiento del vehículo motor o marítimo, en caso de que la operación de ese vehículo fuese declarada ilegal por encontrarse el deudor intoxicado por ingesta de alcohol, drogas u otras sustancias (Sección 507). También prevé prioridades en el pago en el subcapítulo IV, que trata la reestructuración de pasivos de los ferrocarriles (Sección 1071) respecto de un individuo persona física o su heredero si esta hubiese fallecido con un crédito por daños personales o fallecimiento del mismo, ello a pesar de que resultan quirografarios. Pareciera que esta legislación hace énfasis en el mayor factor de atribución de responsabilidad del deudor o en la consideración especial de cierta actividad del deudor como en el caso de los ferrocarriles.

⁶⁵ JUNYENT BAS, FRANCISCO, *La reforma del ordenamiento concursal introducida por la Ley 26.684*, ED 243-991.

⁶⁶ JUNYENT BAS, FRANCISCO, *La reforma del ordenamiento concursal introducida por la Ley 26.684*, ED 243-991.

Por ello, creemos que una futura actualización de la legislación falimentaria y en función del principio de prioridad, el legislador debiera regular expresa y claramente quiénes son los acreedores involuntarios o extracontractuales beneficiarios del régimen del pronto pago para casos de urgencia (especificando en qué supuestos) y, a la vez, introducir una modificación en el articulado referido al elenco de acreedores privilegiados mencionados en la Ley 24.522.

Ello evitará que se susciten controversias en torno a la supuesta falta de asidero legal de los pronto pagos concedidos por la jurisprudencia hasta ahora; poniendo a tono, a su vez, el estatuto concursal con el Bloque de Constitucionalidad.

4. PRINCIPIO DE OPTIMIZACIÓN

a) *Concepto*

Sólo se debe actualizar la normativa que implique una mejora sustancial a la situación actual del desarrollo de la actividad empresarial.

Además, las propuestas deberán ser realistas y viables en el contexto nacional.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Una actualización de la legislación mercantil en materia de contratos, por ejemplo, debiera tener en cuenta ciertos institutos que faciliten y mejoren la utilización de esta herramienta negocial por parte de los operadores del mercado.

En nuestra opinión, por ejemplo, debiera preverse la figura de la «*suspensión del cumplimiento*» contractual.

En tal sentido, debiera regularse la siguiente situación: una parte del contrato debe poder suspender su propio cumplimiento —por un tiempo razonable de acuerdo a los usos y costumbres— si la otra parte:

- tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad;
- si es previsible que ésta no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia; o
- si ella misma tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad.

La suspensión, cuando es previsible que la otra parte no cumpla por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solven-

cia, se adecua al sistema de los actuales artículos 572, 753 y 1419 del Código Civil y a otros antecedentes que no son ajenos a la Argentina y que pondrían la legislación de nuestro país a tono con importante normativa internacional; permitiendo que nuestra República sea considerada «terreno conocido» para el empresario foráneo. Nos referimos a la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías de 1980, ratificada por Ley 22.765 (conf. arts. 71 y 73.2)⁶⁷.

En cuanto al caso del impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas al contratante y a su responsabilidad, está previsto en el *Restatement of Contracts 2nd.* (§ 269).

Asimismo, se debe reconocer a la parte no incumplidora el derecho a resolver el contrato si, siendo previsible que la otra parte no cumpla por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia, le ha exigido que dé seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado dentro de un plazo razonable, y no las da.

Un antecedente de tal solución resulta del actual artículo 1413 de nuestro Código Civil en materia de compraventa; por lo que debería generalizarse e informar las otras especies negociales. Se trata de la denominada *anticipatory breach*.

La extinción del contrato resulta posible toda vez que, antes de llegar el momento de la ejecución, alguna de las partes adopta una actitud incompatible con su cumplimiento, siendo que cada una de ellas tiene derecho a que la otra no haga nada que perjudique su expectativa a recibir la prestación antes de que llegue el momento de cumplirla (*Restatement of Contracts 2nd.*, nota introductoria al § 250).

En suma, y a guisa de ejemplo, todos estos aspectos mencionados debieran ser considerados por el legislador de la futura actualización del Derecho Mercantil para *optimizar* la legislación en materia contractual⁶⁸.

⁶⁷ Existen también otros antecedentes que receptan esta solución tales como el Código Civil brasileño (art. 1092), el Código Civil alemán (§ 321), el Código suizo de las obligaciones (art. 83), el Código Civil de Louisiana de 1984 (art. 2023), el Código Civil holandés de 1992 (art. 6.263), el *Restatement of contracts 2nd.* (§ 251), el *Uniform Commercial Code* (secs. 2-609 y 2-610), los Principios de UNIDROIT (arts. 7.3.3 y 7.3.4) y el *Contract Code* (arts. 303 y 304).

⁶⁸ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) en su artículo 1032 prevé expresamente este instituto al expresar (tutela preventiva): «Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado».

5. PRINCIPIO DE PRAGMATISMO

a) *Concepto*

Se debe tomar en cuenta la realidad práctica de la actividad o sector destinatario de la regulación analizada, atendiendo a los propósitos de la norma, la idiosincrasia argentina, objetivos y praxis de los agentes económicos, y demás actores de la regulación que se analicen.

Por tanto, se debe procurar que los señalamientos y sugerencias sean consistentes con la realidad.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Veamos a continuación dos ejemplos en materia societaria.

(i) La tipicidad societaria y la autonomía de la voluntad

En materia de sociedades comerciales bien sabemos que la Ley 19.550 es el instrumento legal básico de nuestro orden societario. No obstante, al parecer, su estructura va siendo superada por realidades asociativas nuevas (piénsese, por ejemplo, en las ONG como nuevas realidades empresarias al tráfico negocial).

Pese a las dudas sobre la conveniencia de reglar jurídicamente toda la realidad existente de manera integrada en una parte general, lo cierto es que hoy, la tipicidad restringida establecida por el régimen de la Ley 19.550, no resulta abarcadora de las distintas expresiones de la actividad empresarial; pese a que la base de la sociedad anónima sigue siendo el modelo de estructura empresarial⁶⁹.

¿En qué contexto decimos esto?

La autonomía de la voluntad en materia contractual presenta connotaciones muy particulares en el ámbito del derecho societario. Recuérdese que, dicho principio, implica en el ámbito contractual —como regla general— tanto la posibilidad de determinar el contenido del contrato típico como la de crear figuras contractuales atípicas.

Sin embargo, el reconocimiento de la libertad contractual se muestra complejo cuando el sistema jurídico prevé, junto a la definición general y abstracta de una determinada figura, una serie de hipótesis taxativas dentro de las cuales el legislador considera y disciplina dicha figura. En el derecho societario, junto a la definición de la sociedad como contrato, aparece la previsión que —de acuerdo

⁶⁹ ETCHEVERRY, Raúl A., *Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI*, L.L. 2002-B, pág. 905.

a un sistema de tipicidad taxativa— circunscribe las formas que las sociedades tienen que asumir obligatoriamente (art. 1 de la Ley 19.550).

De allí, entonces, que es preciso poner de relieve en primer lugar que la autonomía negocial en materia societaria se manifiesta plenamente en la fase estipulativa, resultando fuertemente limitada en cuanto a la modalidad organizativa, ya que la orienta a la elección de uno entre los esquemas disciplinarios adoptados.

Ahora bien, la imposibilidad de crear una estructura societaria «atípica», lleva a la doctrina a plantearse la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad en cuanto a la determinación del contenido del contrato de sociedad; insertando —en un esquema societario típico— cláusulas atípicas.

Concretamente, se trata de saber si en un contrato de sociedad conformado a uno de los tipos legales, les es permitido a los contratantes —y en qué medida— formular reglamentos societarios atípicos.

Al respecto se ha sostenido que, junto al principio de la taxatividad de los tipos societarios, rige el de la «elasticidad de los tipos» y que, si el régimen societario impide la adopción de estructuras distintas a las tipificadas, la ley no consagra la «rigidez» de los diversos tipos societarios; los que, por el contrario, pueden ser modificados a través de la inserción de cláusulas atípicas.

A partir de allí, el problema que se formula la doctrina es el de la determinación del límite de admisibilidad de las cláusulas atípicas, esto es, cuándo estas cláusulas alteran de tal modo el reglamento legal que ya son incompatibles con el tipo societario y corresponde sancionarlas con la nulidad.

En respuesta, se ha sostenido que la adopción por las partes de cláusulas derogatorias de la disciplina legal es lícita hasta tanto no derogue normas identificatorias del tipo que son aquellas que asumen el carácter de imperativas o inderogables.

Como enseña FARGOSI: «(...) *tradicionalmente el régimen societario fue estructurado en forma omnicomprendensiva. Hoy en día nos encontramos con un escenario completamente distinto de regímenes societarios particulares donde el objeto pasó a convertirse en el elemento tipificante del tipo societario utilizable (...)»*⁷⁰.

Por todo lo expuesto, debiera otorgarse más flexibilidad al régimen legal referido a los negocios asociativos, el cual, sin abandonar el esquema tipológico; permitiría el desarrollo de nuevos emprendimientos que generen trabajo y riqueza⁷¹.

⁷⁰ *Orientaciones en el Derecho Comercial*, Instituto Argentino de Derecho Comercial, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2001, pág. 28.

⁷¹ ETCHVERRY, Raúl A., *Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI*, L.L. 2002-B, pág. 909.

Para fundar desde la realidad lo que decimos, véase lo que ha ocurrido con figuras como CAMMESA (en el sector eléctrico tras la privatización de los servicios públicos, conf. Ley 24.065) la que, sin caer en la nulidad prevista en el artículo 17 de la Ley 19.550, sin embargo, es «portadora» de una nueva tipología. En efecto, se trata de una sociedad anónima sin fines de lucro que administra y regula el mercado eléctrico nacional y cuyos socios son cuatro asociaciones y el Estado Nacional; quien, a través de la Secretaría de energía, preside el ente, conservando un poder de veto indirecto⁷².

Finalmente, podemos acotar que sin este *pragmatismo* que invocamos, una actualización de la legislación mercantil carente de este «valor», impide que los operadores jurídicos se valgan útilmente de las herramientas que le proporciona el ordenamiento legal para el mejor desarrollo de sus negocios empresariales.

(ii) La sociedad unipersonal

Otro tanto cabe decir del tema relativo a la sociedad de un solo socio, que se vincula con la cuestión referida a los límites de la responsabilidad del comerciante o empresario individual por los riesgos de los emprendimientos mercantiles.

Con solo mirar la realidad de la práctica mercantil, gran parte de las sociedades anónimas son constituidas o integradas por dos personas y, solo una de ellas, concentra el 99 por 100 de las acciones.

Son las llamadas sociedades de cómodo, que han generado una acalorada discusión en el Derecho argentino⁷³.

Recuérdese, en este sentido, que en la Capital Federal la Inspección General de Justicia dictó una serie de resoluciones que tendían a evitar este fenómeno⁷⁴. Ese organismo ha entendido que, cuando la Ley 19.550 requiere la existencia de dos o más personas para constituir una sociedad, en realidad, está requiriendo una pluralidad sustancial y no formal.

⁷² ETCHEVERRY, Raúl A., *Una visión para identificar y construir el Derecho Comercial y el asociativo del siglo XXI*, L.L. 2002-B, pág. 906.

⁷³ Ver por todos ALEGRÍA, Héctor, «La sociedad unipersonal», en *RDCO*, año 27, 1994; ANAYA, Jaime L., *Sociedades inicialmente unipersonales*, E.D. 124-724; AGUIRRE, Hugo, «La pluralidad de socios en las sociedades comerciales», en *Sociedades Comerciales*, director: Julio C. RIVERA, suplemento especial a la revista *La Ley*, diciembre de 2004, pág. 3.

⁷⁴ Efectivamente, basándose en una particular interpretación de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 19.550, la Inspección General de Justicia bajo la dirección de Ricardo NISSEN desarrolló una nueva jurisprudencia administrativa —muy criticada por cierto— sobre el requisito de la pluralidad de socios expuesto en precedentes tales como «Coca Cola Femsa de Buenos Aires», «Vitamina Group», «Bosques Verdes, S. A.» y «Jasel, S. A.». Para una crítica de esta «jurisprudencia administrativa», ver suplemento especial de la revista jurídica argentina *La Ley* de diciembre de 2004, bajo la dirección de Julio César RIVERA.

Podrá compartirse (o no) el fundamento dado por estas tendencias en cuanto a que la responsabilidad patrimonial no se robustece por la pluralidad de socios sino que ello es función de su capital social.

Sin embargo, el gran inconveniente lo constituye —como suele ocurrir en la práctica— el utilizar una técnica prevista para una pluralidad que no resulta adaptable al ejercicio individual del comercio; eliminándose también el concepto de *affectio societatis* y del interés social.

Dos han sido las corrientes que han receptado la hipótesis de limitar el riesgo empresario individual:

- (i) Las que han legislado sobre la empresa individual de responsabilidad limitada⁷⁵.
- (ii) Las que han incluido esta alternativa dentro de la normativa societaria, incluyendo la sociedad de un solo socio:
 - a) En nuestro país, a guisa de ejemplo, el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades elaborado por la Comisión Ministerial creada por Resolución 112/02 integrada por los profesores Jaime L. Anaya, Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel receptaba la sociedad unipersonal. Esta misma tendencia parece haber seguido el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011)⁷⁶.

Brevemente, podemos acotar que la empresa unipersonal de responsabilidad limitada es una empresa de responsabilidad limitada que actúa como sujeto de derecho con patrimonio propio, distinto al de su titular, lo que permite limitar su responsabilidad. Además, se somete a las normas del Código de Comercio y no a la Ley de Sociedades Comerciales; a diferencia de la sociedad unipersonal.

⁷⁵ Ver, a guisa de ejemplo, el trabajo de Marcelo Urbano SALERNO, *Innovación legislativa en Brasil: la empresa individual de responsabilidad limitada*, E.D. 243-1231. Explica este autor que la XVII Conferencia Interamericana de Abogados celebrada en el año 1972 en la ciudad de Quito, formuló una recomendación especial a favor de incorporar la empresa unipersonal de responsabilidad limitada; recomendación implementada en algunas naciones iberoamericanas (v.gr.: Costa Rica, El Salvador, Panamá, Paraguay y Perú). En Europa se fue adoptando la figura en varios miembros de la comunidad, destacándose Portugal, España y Francia. Para este último país se puede consultar también de Marcelo U. SALERNO, *Un acontecimiento jurídico: la nueva ley francesa de empresa unipersonal de responsabilidad limitada*, E.D. 116-782.

⁷⁶ El artículo 1 de la Ley 19550 «modificado» dice: «Artículo 1°. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal».

Los argumentos a favor y en contra de estas opciones son diversos. A favor de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, se dice que hablar de sociedades de un solo socio resulta un verdadero contrasentido y que instaurar un sistema de empresas unipersonales atiende a dos realidades:

- La del comerciante individual, que tiene que fingir una sociedad para limitar su responsabilidad, y
- la de los grupos económicos, que pretenden constituir subsidiarias con el ciento por ciento de su capital.

En contra de la empresa individual, por su parte, se ha sostenido que no tiene ninguna ventaja crear esta figura por sobre la sociedad unipersonal que como tal tiene un régimen ampliamente conocido, practicado y establecido, que no provoca novedad alguna al mundo jurídico.

Por lo expuesto, la legislación actualizadora debería definir esta situación para *agccionarse* a la realidad empresarial consagrando una u otra alternativa:

- se regula la «empresa unipersonal de responsabilidad limitada (EURL)», o bien,
- se recepta la «sociedad de un solo socio» (SU).

Así las cosas, independientemente de la posición que adoptemos, el *principio de pragmatismo* impone tomar el toro por las astas y atender las necesidades del empresariado argentino; regulando la cuestión, para evitar que se sigan utilizando las «sociedades de cómodo» y se generen los inconvenientes suscitados hasta ahora.

6. PRINCIPIO DE SIMPLICIDAD

a) *Concepto*

Se debe procurar de manera muy especial que todas las normas, procesos o trámites sean facilitados para los destinatarios. Por ello, la redacción de las normas debe ser lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son.

En cuanto al uso de las definiciones, solo deben emplearse en tanto y cuanto simplifiquen la aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Por otro lado, los numerosos cambios sociales, científicos, culturales y económicos de los últimos tiempos demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico; por estas razones, y sólo excepcionalmente, se deben recurrir a nuevas expresiones que puedan reflejar esos nuevos fenómenos⁷⁷.

⁷⁷ Piénsese en materia de Derecho de Familia lo que ocurre cuando hablamos de «familia monoparental», «fertilización heteróloga», etc.

En suma, en función de este principio de simplicidad, se debe ser muy escrupuloso con la precisión del lenguaje que es el modo de expresión propio de las leyes.

b) *Aplicación práctica de este principio*

A guisa de ejemplo podemos citar, dada su elocuencia, los dolores de cabeza que trajo en nuestro Derecho la falta de claridad conceptual en materia de dolo.

En efecto, el dolo está definido implícitamente en el artículo 1072 del Código Civil (acto obrado a sabiendas y con intención de dañar), pero es también mencionado, sin definirlo, por el artículo 506 del mismo cuerpo normativo.

Esta omisión dividió a la doctrina entre quienes creían que se trataba de una única figura, quienes consideraban suficiente la intención deliberada de no cumplir y quienes lo asimilaban a la malicia.

Como puede apreciarse, una definición apropiada clarifica la ley, evita los disensos inútiles y brinda certeza; afirmando de tal modo la seguridad jurídica.

Así las cosas, el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) correctamente en su artículo 1724 (factores subjetivos) intenta solucionar los problemas suscitados por el Código Civil vigente y ensaya una definición del dolo y de la culpa; evitando discusiones interpretativas.

En tal sentido expresa: «*Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*».

7. PRINCIPIO DE MODERNIDAD

a) *Concepto*

El legislador, a los efectos de regular una porción de la realidad, debe tomar en cuenta los fenómenos propios de la globalización, regionalización, cambios tecnológicos, innovaciones en telecomunicaciones, para que las observaciones y propuestas consideren la realidad del mundo actual.

Sólo así la norma sancionada tendrá eficacia en la práctica.

b) *Aplicación práctica de este principio*

(i) El comercio electrónico

Un fenómeno creciente en la actualidad que no puede soslayar una futura actualización de la legislación mercantil, es el *comercio electrónico* y, en particular, el realizado por la *intervención de agentes electrónicos inteligentes*, que constituye una realidad que requiere adecuada regulación; no siempre contenida en normas existentes.

Para que la regulación que se establezca no resulte anacrónica ni insuficiente debe contener, entre sus bases mínimas, las pautas que dominen las transformaciones que la digitalización y las nuevas tecnologías de la información producen, entre otras, en las relaciones jurídicas obligacionales.

No debemos considerar como firmes y definitivas las reformas del Derecho Mercantil de las últimas décadas, porque las técnicas van evolucionando y no es seguro que las reglas clásicas serán las adecuadas para regular y controlar los mercados globales en el futuro.

La problemática de la contratación que hoy se expande, la digital y globalizada, es profunda y presenta muchas facetas. En efecto, las redes electrónicas están hechas para intercambiar informaciones. La oferta y la aceptación son informaciones. Son informaciones «desmaterializadas», esto es, incorpóreas, no requieren la presencia física de las partes. No sólo eso: oferta o aceptación pueden ser «decididas» en forma automática por el sistema informático y, esta circunstancia, la toma autónoma de decisiones por agentes electrónicos no humanos, está poniendo en discusión hasta la existencia misma del requisito del consentimiento personal, actual o anterior, en la formación de los contratos electrónicos⁷⁸.

La teoría clásica de los contratos está una vez más en cuestión. Se advierte una marginación del consentimiento como eje de la contratación electrónica que cede ante una acentuación del formalismo en este escenario contractual: *"Las normas en materia de declaraciones de voluntad no son aplicables a los negocios jurídicos electrónicos en los cuales no hay una declaración o un comportamiento humano, sino que la regulación de intereses es decidida y concluida por un elaborador. Las regulaciones de intereses creadas por medio de procedimientos electrónicos constituyen un nuevo modo de desenvolvimiento de la autonomía privada y consisten, no ya en un comportamiento sino en un procedimiento electrónico"*⁷⁹.

⁷⁸ ORZÁBAL, Josefina Clorinda, *Pautas para la regulación de contratos y relaciones de obligación generados por agentes electrónicos inteligentes*, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (COMISIÓN núm. 11, Derecho Comparado: bases mínimas para un Código de Contratos Latinoamericano) celebradas en Tucumán en septiembre de 2011.

⁷⁹ ORZÁBAL, Josefina C. (1999), «Conclusión de un contrato electrónico (a la luz de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y de la Propuesta de Directiva 98/586,

Los agentes electrónicos son sistemas sofisticados, capaces de realizar acciones complejas, entre ellas, tareas tales como iniciar y ajustar la formación de contratos. Los participantes del tráfico pueden usar agentes de software para buscar nuevos socios en Internet, chequear a esos posibles socios, negociar contratos y celebrarlos en línea. Para alcanzar las altas expectativas de sus usuarios los agentes electrónicos poseen características humanas, tales como inteligencia, creatividad y proactividad. Lo que distingue a los agentes inteligentes actuales de otros agentes electrónicos aplicados en el pasado es que tienen autonomía, lo que significa que, además de tener conocimiento incorporado van obteniendo su propia experiencia y evolucionando en base a ella, lo cual conduce a que puedan funcionar sin la intervención directa de seres humanos ni de otros agentes y tengan cierto grado de control sobre sus acciones y estado interno⁸⁰.

Actualmente se usan en el comercio electrónico con distintas funciones: como representante virtual, como asistente personal, como negociador en mercados electrónicos, como agente de búsqueda de información o rastreador y hasta como agente espía.

En el plano jurídico, ¿qué rol habrá que asignarles?

La circunstancia de que no hay control directo de usuarios humanos sobre el actuar independiente de los agentes electrónicos plantea cuestiones legales de validez de los contratos celebrados con la intervención de estos medios.

La pregunta que surge naturalmente es si un contrato que ha sido generado y conducido por un agente —sin ninguna intervención humana directa— es legalmente obligatorio y respecto a quién; si tal acuerdo sería exigible a la persona que utilizó el agente y le dio autonomía para la toma de decisiones y con qué fundamento⁸¹.

En esta línea argumental cabe citar, por ejemplo, los «Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», cuyo «Capítulo 2:

relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior)», en: *CD. UIA 43rd Congress (Congress Papers, Web Site, UIA Journal. Indian Chapter)* New Delhi, India, y ORZÁBAL, Josefina C. (2000), «Observaciones y Ponencia Relativas a la Formación (Definición) del Contrato en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio», en *Jornadas Nacionales sobre la Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial* convocadas por la Comisión de Legislación General de las HH. Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación celebradas en Rosario en agosto de 2000.

⁸⁰ ORZÁBAL, Josefina Clorinda, *Pautas para la regulación de contratos y relaciones de obligación generados por agentes electrónicos inteligentes*, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (COMISIÓN núm. 11 Derecho Comparado: bases mínimas para un Código de Contratos Latinoamericano) celebradas en Tucumán en septiembre de 2011.

⁸¹ ORZÁBAL, Josefina Clorinda, *Pautas para la regulación de contratos y relaciones de obligación generados por agentes electrónicos inteligentes*, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (COMISIÓN núm. 11 Derecho Comparado: bases mínimas para un Código de Contratos Latinoamericano) celebradas en Tucumán en septiembre de 2011.

Formación y apoderamiento de representantes. Sección 1: Formación. Artículo 2.1.1 (Modo de perfección)» expresa: «*El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo*». A su vez, haciendo referencia a la contratación automatizada, se expresa que: «*El texto de este artículo es lo suficientemente amplio como para incluir también los casos de la llamada contratación automatizada, es decir, cuando las partes acuerdan utilizar un sistema que les permita celebrar operaciones electrónicas automatizadas conforme a las cuales no se requiere la intervención de una persona física para perfeccionar un contrato*».

Conforme a lo expuesto, necesariamente debemos concluir, que en la actualidad en materia de contratación nacional e internacional tanto el comercio electrónico en general, cuanto la intervención de los agentes electrónicos inteligentes en particular, no pueden pasar desapercibidos para una legislación argentina que desee estar a la altura y guardar coherencia con las legislaciones más avanzadas a nivel mundial⁸².

(ii) Los contratos de distribución

Igualmente, y por aplicación de este principio de modernidad, es imperioso regular en materia contractual los llamados en general «contratos de distribución»⁸³, comprensivos de las siguientes especies negociales:

- la agencia,
- la concesión,
- la franquicia.

En la Argentina, el *contrato de agencia* ha recibido un amplio tratamiento doctrinario, reflejo de una gran utilización práctica.

La regulación futura de este contrato debería tener en cuenta la profusa jurisprudencia nacional⁸⁴ existente sobre la materia y, muy especialmente, los

⁸² El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) aunque parece no contemplar este fenómeno expresamente, contiene el artículo 971 (formación del consentimiento) que es una copia textual de los «Principios de UNIDROIT» que bien podría abarcarlo: «Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo».

⁸³ El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) se ocupa minuciosamente de estos contratos (arts. 1479-1501, referidos a la agencia; arts. 1502-1511, que regulan la concesión, y arts. 1512-1524 relativos a la franquicia).

⁸⁴ CNCom., sala A, 9-6-2010, «Nores Novillo Corvalan & Asoc. S.R.L. c. Zurich International Life Limited (suc. Arg.)», en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley*, año 1, núm. 1, septiembre de 2010, pág. 229; CNCom., sala D, «Nortex-

interesantes desarrollos del Derecho Comparado, en el que se destaca la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1988⁸⁵, del Consejo de las Comunidades Europeas, que ha sido incorporada a través de legislación interna por los países de la hoy Unión Europea⁸⁶.

A modo de ejemplo, debería preverse en una futura actualización de la legislación comercial que regule este contrato, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) La consideración como natural del derecho del agente a la exclusividad, sin perjuicio de su aptitud para desempeñarse como tal en otros ramos de negocios.
- b) Detallada enunciación de las obligaciones de las partes y, en especial, la determinación de la remuneración del agente y las situaciones que otorgan derecho a percibirla.
- c) La resolución del contrato, especialmente los de duración indeterminada que exigen un preaviso variable de acuerdo con el tiempo que ha durado la relación.
- d) La compensación por clientela:
 - a') Estos dos últimos aspectos, especialmente, forman un cuerpo de normas equilibradas que contemplan los intereses de ambas partes.

Otro tanto cabe decir del *contrato de concesión*.

También es profusa la legislación comparada y la doctrina elaborada a su respecto, pudiendo mencionarse a título ejemplificativo, entre las primeras, los Reglamentos europeos (núms. 67/67, 91/72, 1983/83 y 1984/84) así como legislaciones de ese ámbito posteriores y aún anteriores a estos reglamentos (por ejemplo, la ley belga de 27 de julio de 1961⁸⁷; el Código de Comercio alemán; la ley francesa 89-1008, de 31 de diciembre de 1989, y el decreto de aplica-

press, S. A. c. Banco Bansud», 13-8-2008, RCyS 2009-V, 70, AR/JUR/8709/2008; CNCom., sala A, «Sobrero, Héctor c. Cerro Nevado, S. A., y otros», 2007/08/23, AR/JUR/6837/2007; CNCom., sala C, «Barberis, Delta H. c. Aliafor, S. A.», 19/07/2002, Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales, director Ricardo Lorenzetti, ed. La Ley, 2005, 278.

⁸⁵ Relativa a los agentes comerciales independientes que, desde luego, forman parte del engranaje de la distribución comercial aunque solo en una de sus facetas: cuando la función de intermediario se circunscribe a aproximar a las partes, pudiendo incluso llegar a contratar en nombre de aquella de la que es mandatario, pero sin actuar en su propio nombre y derecho.

⁸⁶ En España, por ejemplo, lo fue a través de la Ley 12/1992, de 27 de mayo.

⁸⁷ Modificada por Ley de 13 de abril 1971. Esta ley regula fundamentalmente el problema del preaviso y de la indemnización al concesionario en el caso de resolución unilateral de las concesiones de venta.

ción de 4 de abril de 1991⁸⁸), así como la ley de Estados Unidos de América de 1956⁸⁹ y sus posteriores desarrollos; y la extensa y detallada ley brasileña, número 6.729, de 28 de noviembre de 1979.

Así las cosas, teniendo en cuenta la jurisprudencia argentina⁹⁰ y los antecedentes legislativos de marras, se debería prever la figura del concesionario como un empresario independiente; procurando un equilibrio de derechos y obligaciones de las partes.

A mero título de ejemplo, se pueden mencionar los siguientes aspectos:

- a) Establecer que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros.
- b) En la resolución del contrato por plazo indeterminado se deberían seguir los lineamientos de la jurisprudencia dominante respecto de la obligación de preaviso el que, al igual que en el contrato de agencia, tiene relación creciente con la duración anterior del contrato.
- c) Se debe establecer específicamente la obligación del concedente de readquirir los productos o repuestos nuevos en existencia al final del periodo de preaviso.

Finalmente, como en los casos de los contratos anteriores, el *contrato de franquicia*, a pesar de no habérsele tipificado legislativamente, tuvo una amplia difusión en la práctica y debe regularse en la futura actualización legislativa mercantil.

El Derecho Comparado, especialmente las leyes estatales⁹¹ en Estados Unidos de América⁹² y los reglamentos de la ex Comunidad Económica Europea (CEE 4087/88, 556/89, y 2349/84, en lo pertinente), son antecedentes de relevante importancia para el tratamiento legislativo del tema.

Merece destacarse también la Ley Modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia de UNIDROIT (Roma, 2007) y una propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución elaborada por la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia de España en diciembre

⁸⁸ Hace referencia a la imposición al proveedor de un deber de informar al concesionario y al franquiciado sobre la empresa de cuya red comercial van a formar parte.

⁸⁹ Establece el derecho resarcitorio de un concesionario contra un fabricante cuando éste no ha actuado de buena fe en la terminación o en la renovación de la concesión.

⁹⁰ Entre otros, el *leading case* CSJN, «Automotores Saavedra», L.L. 1989-B-4.

⁹¹ Es el caso, por ejemplo, de la legislación de los Estados de Kentucky, Nebraska, Michigan, Utah y Texas.

⁹² Además existen dos leyes federales sobre franquicias: la *Petroleum Marketing Practices Act* (esta fue sancionada por el Congreso norteamericano en junio de 1978) y la *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunities Ventures o Full Disclosure Rule* (esta última es obra de la Comisión Federal de Comercio y entró en vigor el 21 de octubre de 1979).

de 2005 y publicada en el Boletín número 2006 del Ministerio de Justicia en febrero de 2006.

En la regulación particular del contrato se debe hacer especial referencia a la vinculación de la franquicia con un sistema probado bajo un nombre comercial o marca del franquiciante, que es el centro de la razón económica del contrato.

Siguiendo la jurisprudencia argentina⁹³, parte de la doctrina nacional y el derecho foráneo, se debería establecer —entre otras cosas— la independencia de ambas partes y, consecuentemente, la no transmisión al franquiciante de las obligaciones del franquiciado ni la relación con sus dependientes; haciendo, sí, responsable al franquiciante por los defectos o vicios del diseño del sistema.

- (iii) Las garantías a primer requerimiento y su «actualización» en función de la normativa internacional

Manifestamos precedentemente que en la Argentina han adquirido carta de ciudadanía en el tráfico negocial las garantías a primera demanda o a primer requerimiento.

Hemos visto también que el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 2011/2012 (Decreto 191/2011) las regula expresamente, lo que constituye un gran avance pues su regulación brinda seguridad a quienes se valen de ellas en el mundo de los negocios al poder conocer con certeza los efectos jurídicos previstos legalmente y, por lo tanto, las «reglas» que informan estas garantías autónomas.

Sin embargo, y pese a la importancia de darles tipicidad a estas garantías, el Anteproyecto de reformas omite regular un aspecto relevante de las mismas: *el de los términos en que debe formularse el requerimiento de pago*.

En efecto, para tratar de disminuir el abuso en la utilización de estas garantías «abstractas», debería contemplarse una norma que regulara las «condiciones» en que el acreedor beneficiario puede reclamar la ejecución de la garantía, previendo que debe notificar de manera fehaciente al garante el «requerimiento de pago», conteniendo este último los términos en que se ha configurado el «incumplimiento» de la obligación garantizada (requisito requerido por las «Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento» según la publicación 458 de la Cámara de Comercio Internacional»; ratificado por las

⁹³ Conf. CSJN, 15/04/93, «Rodríguez, Juan R. c/Cía. Embotelladora Argentina, S. A. y otro» J.A. 1993-II-718; íd., 2/7/93, «Luna c/Agencia Marítima Rigal», DT 1993-B-1407; íd., 25/06/96, «Sandoval c/Compañía Embotelladora Argentina», J.A. 1995-IV-97.

más recientes *Uniforme Rules for Demand Guarantees* según la publicación 758 del año 2010⁹⁴).

⁹⁴ Las nuevas URDG 758 son las sucesoras de las URDG 458. A lo largo de 17 años de utilización (1992-2009) las URDG 458 han demostrado ser a la vez exitosas y fiables. Han sido utilizadas por bancos y empresas de todos los sectores y países. Las URDG 458 fueron refrendadas por organizaciones internacionales, instituciones financieras multilaterales, reguladores bancarios, legisladores y federaciones profesionales. A diferencia de las fallidas *Reglas uniformes relativas a garantías contractuales* (URCG 325), las URDG 458 reflejaban la realidad del mercado de garantías a primer requerimiento y acertaban en un razonable equilibrio entre los intereses de todas las partes implicadas. Al instruir a un garante para que emitiera una garantía a primer requerimiento sujeta a las URDG, el ordenante renunciaba a su capacidad de oponerse al pago por razones derivadas de sus relaciones con el beneficiario. A su vez, se requería al beneficiario a que manifestara en términos generales (pero no que justificara o probara) las causas de incumplimiento del ordenante en la ejecución de la relación subyacente. Finalmente, y dado que una garantía a primer requerimiento es un compromiso independiente, los garantes podían sentirse seguros de que su compromiso quedaba sujeto a las condiciones por ellos establecidas. Quedaban protegidos de cualquier eventualidad en la ejecución de la relación subyacente. El progresivo aumento en su uso, con el soporte de la Cámara de Comercio Internacional, permitió a las URDG 458 realizar una contribución fundamental hacia una mejor definición de las reglas de juego entre emisores y usuarios de garantías a primer requerimiento, con independencia del sistema legal, económico y social en el que operaran. Las nuevas URDG 758 no se limitan a actualizar las URDG 458, sino que son el resultado de un ambicioso proceso que pretende aportar un nuevo conjunto de normas para las garantías a primer requerimiento en el siglo XXI, normas que sean más claras, más precisas y más completas. Así, las nuevas URDG pretenden aportar claridad. Adoptan el estilo, aceptado universalmente, de las Reglas y usos relativos a los créditos documentarios (UCP 600) de la Cámara de Comercio Internacional al presentar las definiciones en un artículo único. También aportan una muy necesaria aclaración sobre el procedimiento por el que una presentación será revisada para verificar su conformidad. Por otro lado, algunos de los estándares contenidos en las URDG 458 dejaban un margen de interpretación que podía variar según las particularidades de cada caso. Esto era particularmente cierto para expresiones tales como «tiempo razonable» y «cuidado razonable». Las nuevas URDG excluyen cualquier estándar impreciso con objeto de fomentar certeza y predictibilidad. Ejemplos de ello son los plazos para la revisión de un requerimiento, la prórroga de una garantía en caso de fuerza mayor, y la suspensión de una garantía en caso de solicitud de prórroga o pago. Algunas prácticas importantes quedaron fuera de las URDG 458. En particular, éste era el caso del aviso de una garantía, de las modificaciones, de los estándares para la revisión de las presentaciones, de los requerimientos parciales, múltiples o incompletos, de la relación entre documentos, y de la transferencia de garantías. Además las contragarantías recibían un tratamiento fragmentado. Lo que resultaba comprensible en un primer intento de codificar la práctica de las garantías a primer requerimiento ya no es aceptable 17 años más tarde. Las nuevas URDG 758 cubren ahora todas estas prácticas y dejan claro que las disposiciones aplicables a las garantías son igualmente aplicables a las contragarantías. Las nuevas URDG 758 hacen suya y se edifican sobre la aproximación equilibrada que caracterizó las URDG 458. Por ejemplo: 1) El beneficiario tiene derecho al pago contra presentación de un requerimiento conforme sin que sea necesario para el garante obtener la aprobación del ordenante. Las nuevas URDG también corrigen una situación injusta que podía dejar al beneficiario sin poder hacer uso de la garantía en caso de fuerza mayor si su vencimiento coincidía con la interrupción del negocio del garante. 2) La independencia del garante se expresa en términos más claros y contundentes y, lo que es más importante, ahora se expresa en términos exclusivamente documentarios. Las nuevas URDG cuentan con que el garante actúe de forma diligente. Por ejemplo, se espera

Por lo tanto, a los efectos de activar la ejecución de la garantía a primera demanda, la presentación del reclamo de pago debe especificar cómo se ha configurado el incumplimiento de la obligación garantizada.

Según las «Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento» conforme a la publicación 458 de la Cámara de Comercio Internacional: *«Estas garantías deben detallar con precisión (art. 3.º): 1) el ordenante, 2) el beneficiario, 3) el garante, 4) la transacción de origen, 5) causa de la emisión de la garantía, 6) la cantidad máxima a pagar y la moneda de pago, 7) la fecha de expiración y/o el hecho que entrañe la expiración de la garantía, 8) los términos del requerimiento de pago, y 9) cualquier disposición para reducir el monto de la garantía (...)»*.

A tal efecto, y consecuentemente con lo expuesto, debiera consagrarse en virtud del *principio de modernidad* que estamos analizando una norma que previera que: *«En el instrumento de la garantía debe constar que, en caso de incumplimiento que habilite la ejecución de la garantía, el acreedor beneficiario deberá comunicar al garante por escrito y en forma detallada los términos en que se ha configurado la inejecución de la obligación garantizada»*.

8. PRINCIPIO DE EQUILIBRIO

a) *Concepto*

La actualización legislativa debe ponderar los distintos intereses en juego, procurando una adecuada protección de los bienes jurídicos objeto de regulación. De esta forma, a modo de ejemplo, se debe tender hacia un *equilibrio* entre:

- Normas de Derecho Público frente a normas de Derecho Privado.
- Normas de orden público frente a normas de orden privado.

que un garante rechace un requerimiento no conforme en un máximo de cinco días hábiles enviando un aviso de rechazo que detalle todas las discrepancias; de lo contrario, el garante perderá el derecho a declarar que el requerimiento no es conforme y quedará obligado al pago. Aceptada desde hace tiempo en la práctica de créditos documentarios, la sanción de pérdida de derecho es necesaria para disciplinar prácticas injustificables que actúan en perjuicio del beneficiario. 3). Las nuevas reglas reconocen el derecho del ordenante a ser informado de los hechos relevantes en la vida de una garantía. Sin embargo, esta información no deberá ser un prerequisite para el pago cuando se haya presentado un requerimiento conforme. Las nuevas URDG 758 incorporan un conjunto de innovaciones dictadas por la evolución de las prácticas y por la necesidad de evitar disputas. Un ejemplo es la nueva norma que propone la sustitución de divisas cuando resulta imposible el pago en la divisa especificada en la garantía. Otro ejemplo es el nuevo mecanismo de terminación de garantías que no incluyan ni una fecha ni un hecho de vencimiento. Con esta solución se espera reducir la cantidad de garantías de vencimiento abierto que penalizan de forma severa a los ordenantes y son incompatibles con los requisitos normativos de capital para los bancos.

- El rol del Estado y el de los particulares.
- Intereses de oferentes frente al de los demandantes.
- Intereses de empresarios y el de los consumidores.
- Los intereses de las grandes, medianas, pequeñas y micro empresas.

Trataremos de explicar, en los párrafos siguientes, qué queremos significar con este «equilibrio» por el que debe velar la legislación mercantil actualizadora.

En el orden económico, recuérdese, la libertad encuentra diversas manifestaciones concretas y específicas de rango constitucional. Por un lado, se reconoce al sujeto particular como agente primordial de su ejercicio (iniciativa privada). Esto implica en cierta medida que, el Estado, a pesar de tener reconocida la posibilidad de ejercer actividades económicas mediante el derecho de propiedad y la gestión estatal o mixta, debe fomentar y garantizar que las actividades económicas sean «primordialmente» desarrolladas por los particulares.

Es decir, estamos claramente ante la presencia de un principio de subsidariedad en el orden económico, cuya consecuencia es que la participación directa del Estado en las actividades económicas estará justificada cuando sea necesario, fundamentalmente, ligada a la prestación de servicios públicos básicos como educación, salud y seguridad social (arg. art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional).

Aunque la libertad económica no es absoluta, ya que se encuentra limitada por «motivos sociales e interés general», es importante destacar que estos deben ser impuestos por la ley, de donde puede afirmarse que, en el sistema constitucional argentino, la ley se torna en una garantía de la libertad de empresa.

Finalmente, cabe señalar que la libertad económica como derecho y garantía constitucional, también presupone libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica y libertad de contratación (arts. 14 y 17 Constitución Nacional).

A su vez, existe el llamado principio de libre intercambio que presupone que —en el ejercicio de sus actividades económicas— las personas buscan conmutatividad, y que, precisamente, el intercambio de bienes y servicios representan la base del sistema económico. El fundamento del orden económico es pues el intercambio. El enriquecimiento en el ejercicio de una actividad económica es un elemento legítimo; sin embargo, el negocio en cuestión debe ser lícito, por lo que no todo desplazamiento patrimonial puede considerarse como válido y eficaz. En tal sentido, debe tomarse en cuenta el principio de justo equilibrio entre las prestaciones y evitar el enriquecimiento injusto o sin causa (conductas consideradas ilícitas por los ordenamientos jurídicos).

Otro aspecto importante de este principio de equilibrio es la moralización de las relaciones económicas.

En tal sentido, el artículo 42 de la Constitución Argentina hace referencia a la obligación estatal de garantizar el control de calidad de bienes y servicios

y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo. Esta disposición, además de ofrecer elementos que son propios de los derechos del consumidor, también implica una referencia a la noción de libre competencia en el mercado y su regulación.

Adicionalmente, implica la presencia de equilibrios que permiten formular la exigencia de que los particulares tengan un comportamiento moral y ético en los negocios, y en congruencia con ello, la correcta actuación de los particulares en el ámbito de la actividad empresarial y los negocios. Este principio se encuentra en distintas normas, a partir del principio general de buena fe recogido en el Código Civil.

b) *Aplicación práctica de este principio*

Veamos, a continuación, cómo opera en la práctica este *equilibrio* de los diversos intereses que pueden estar implicados en la práctica del mercado y del tráfico negocial; lo que no puede ser soslayado ante una eventual actualización de la normativa comercial.

A título de ejemplo, analicemos la recíproca y necesaria relación existente entre el derecho de los consumidores y el de la libre competencia⁹⁵; de la que no puede desentenderse el Derecho Mercantil.

Desde lo normativo, la simbiosis entre ambos «sectores» del ordenamiento jurídico —aparentemente «desconectados»— resultaría de las siguientes disposiciones normativas:

1. Artículo 42 de la Constitución Nacional, que ya hemos transcripto.
2. Artículo 3.º de la Ley 24.240: «*Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley número 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley número 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica*».

⁹⁵ Ver, por todos, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Derecho de los Consumidores y Derecho de la Libre Competencia*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, abril de 2001, ed. La Ley, Bs. As.

3. Artículo 37 de la Ley 24.240: *«Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario»*;
- Artículo 24 de la Ley 25.156: *«Son funciones y facultades del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (...) p) Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de las asociaciones de la comunidad en la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados»*.
- Artículo 26 de la Ley 25.156: *«El procedimiento —ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia— se iniciará de oficio o por denuncia realizada por cualquier persona física o jurídica, pública o privada»*; quedando comprendidas, claro está, las asociaciones de consumidores.
- Artículo 42 de la Ley 25.156: *«El Tribunal podrá dar intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo, a los afectados de los hechos investigados, a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente, a las provincias y a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados»*.

Conforme al artículo 42 de la Ley 25.156 precitado, el Tribunal de Defensa de la Competencia puede —con un amplio criterio— autorizar (o no) la intervención como parte coadyuvante en los procedimientos que se substancien ante el mismo:

- (i) *a los afectados de los hechos investigados,*
- (ii) *a las asociaciones de consumidores y asociaciones empresarias reconocidas legalmente,*
- (iii) *a las provincias y*

- (iv) *a toda otra persona que pueda tener un interés legítimo en los hechos investigados.*

Esta disposición legal es relevante por cuanto reconoce legitimación no solo al «afectado» por la conducta *antitrust*, sino también a las asociaciones de consumidores e, inclusive, a toda «otra persona que tenga un interés legítimo en los hechos investigados» (v.gr., un competidor); para acceder a la justicia invocando la violación de una norma «anticompetitiva».

Así las cosas, en principio, cualquiera de ellos podrían oponerse a una fusión autorizada por la autoridad administrativa si acredita que esa concentración producirá un abuso de posición dominante en el mercado.

El objetivo de la batería de normas precitadas parece ser claro: *lograr una competencia transparente que asegure la participación de los diversos actores del mercado, en la que todos ellos pueden ser «oídos»; sin perder de vista que el beneficiario final es el consumidor.*

Podemos advertir, de acuerdo a lo expuesto, que aunque el bien jurídico protegido por la Ley 25.156 es la competencia, es decir, el libre juego de la oferta y la demanda; el último favorecido de esta legislación sigue siendo el *público consumidor*. En definitiva, se persigue favorecer la posibilidad que el consumidor se aprovisione de mayor cantidad de bienes al menor precio⁹⁶; *logrando un equilibrio de los diversos intereses en juegos.*

Con motivo de lo expuesto, veremos a continuación un interesante caso en el cual —*ante un supuesto vacío legal en la Ley de defensa de la competencia*— una resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (luego confirmado la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal⁹⁷) impide la participación como tercero coadyuvante de un «competidor» en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias; generando una particular discusión sobre el grado de intervención que puede tener el «competidor» ante la autoridad administrativa en los términos del artículo 42 de la Ley 25.156.

A modo de reflexión vale destacar, que según la óptica con la miremos la solución del caso, podremos concluir si se está protegiendo o no al consumidor, quien —como hemos dicho— resulta ser el beneficiario indirecto e, incluso directo, del sistema de la libre competencia.

Previo a todo debemos preguntarnos:

⁹⁶ OTAMENDI, Jorge, *Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, L.L. 1982-D-759 y *Presupuestos básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia*, L.L. 1981-B-905; D'ALBORA (H.), Francisco y LOZADA, Juan Cruz, *La defensa de la competencia ante la justicia*, L.L. 1993-D-999.

⁹⁷ Para ejemplificar la aplicación práctica de este *principio de equilibrio* seguimos el excelente comentario a fallo de Gabriel MARTÍNEZ MEDRANO de la sentencia de la CNFed. Civ. y Com., sala III, 29/10/2002, «Casa Isenbeck» (*La intervención de competidores en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias*) publicado en L.L. 2003-E-321.

- (i) Denegar —interpretación mediante del art. 42 de la Ley 25.1256— la participación de un «competidor» en los *trámites de autorización de concentraciones económicas* llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (aun cuando sí se lo legitime para intervenir en el *procedimiento de investigación de conductas*) implica diezmar las posibilidades de lograr una «competencia transparente» que termina por perjudicar al consumidor?
- (ii) ¿Es ésta una interpretación coherente con el artículo 42 de la Constitución Nacional?
- (iii) Para evitar dudas interpretativas y lograr un adecuado «equilibrio» de los diversos intereses implicados (*competidores, transparencia de mercado y consumidores*), debiera el legislador regular claramente esta cuestión a los efectos de determinar si un «competidor» puede participar en los trámites de autorización de concentraciones económicas llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia?

El caso que genera los interrogantes sobre los aspectos que podrían actualizarse en la normativa de defensa de la competencia y que traemos para su análisis es el siguiente: «*Cervecería Argentina, S. A. ISENBECK s. apelación resolución Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*».

En este precedente se resolvió una medida cautelar de no innovar respecto del expediente administrativo «*CCBA SA Y CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES, S. A. (C0376) S/ NOTIFICACIÓN ARTÍCULO 8 DE LA LEY 25.156*» en el cual se denegó la participación de la firma CASA ISENBECK, S. A., como parte coadyuvante en el expediente administrativo citado.

Sintéticamente, los hechos del caso fueron los siguientes:

- (i) El día 2 de mayo de 2002 se celebró un contrato de compraventa de acciones entre las empresas AMBEV y QUINSA. La primera era la titular de la empresa brasileña conocida como «Brahma», la segunda era la titular de la empresa argentina «Cervecería Quilmes».
- (ii) Como consecuencia de la operación, Brahma adquirió el 37,5 por 100 del capital social de Quilmes. El Directorio de Quilmes sería integrado por igual miembros designados por la empresa argentina y por la empresa brasileña Brahma, con lo cual Quilmes pasaría a ser controlada en forma conjunta.
- (iii) Debido a que, mediante la operación concertada, se procedía a un cambio de control de exclusivo a conjunto, la operación cayó bajo la norma del artículo 8.º de la Ley 25.156 y, por ello, fue notificada para su aprobación a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante CNDC).
- (iv) El 17 de mayo de 2002 las empresas involucradas en la operación notificaron la misma a la CNDC, en los términos del artículo 8.º de la Ley.

- (v) El día 24 de mayo de 2002 se presentó en el expediente administrativo de la concentración, la empresa CASA ISENBECK y solicitó ser tenida como parte coadyuvante en los términos del artículo 42 de la Ley 25.156.
- (vi) El 27 de mayo de 2002 la CNDC hizo saber a ISENBECK que sería citada a una audiencia testimonial en la cual podría aportar datos a la causa.
- (vii) El día 21 de junio de 2002, ISENBECK reiteró a la CNDC su petición de ser tenida como parte coadyuvante.
- (viii) El 27 de junio de 2002 ISENBECK aportó información para profundizar el estudio del expediente administrativo.
- (ix) El día 8 de agosto de 2002 la CNDC dictó una resolución por la cual denegó a ISENBECK su carácter de parte coadyuvante.
- (x) El 16 de agosto de 2002 el apoderado de ISENBECK interpuso recurso contra la Resolución del 8 de agosto.
- (xi) El día 4 de septiembre se comunicó a la CNDC la resolución de la Sala III de la CNFED. CIV. y COM. ordenando la suspensión del expediente hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto por ISENBECK. Siendo el trámite de control de fusiones de carácter sumario (45 días) y existiendo la figura de la aprobación tácita en caso de falta de objeción concreta por la CNDC (art. 14 Ley 25156), la Cámara entendió que debía suspenderse el trámite del expediente de autorización de la operación de concentración, hasta tanto se hubiera resuelto en forma expresa el recurso de apelación y se determinara si ISENBECK podía o no ser parte coadyuvante en el citado expediente.
- (xii) El día 5 de septiembre de 2002, la CNDC concedió el recurso de apelación en relación y con efecto suspensivo, remitiendo las actuaciones a la Cámara Federal.
- (xiii) El día 29 de octubre de 2002 la Cámara Federal dictó la Resolución que resolvió el recurso de apelación interpuesto por ISENBECK y le denegó la posibilidad de ser tenida como parte coadyuvante en los términos del artículo 42 de la Ley 25.156. *La Cámara entendió que el mencionado artículo es de aplicación únicamente en los procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas y no en los procedimientos de control de concentraciones económicas.*
- (xiv) Finalmente la CNDC resolvió el expediente autorizando la concentración.

Para comprender el caso de referencia, previamente, debemos precisar ciertos conceptos.

A saber, el rol fundamental del coadyuvante es de colaboración y de acercamiento de información y/o su eventual contradicción con la que alcanzan a la investigación los presentantes de la operación.

La ley establece la figura de la «parte coadyuvante» en el artículo 42, en el cual establece que la CNDC «podrá» dar intervención a las personas con interés legítimo en el procedimiento.

Sin embargo, dicho artículo 42 no distingue si abarca tanto los *procedimientos de autorización de concentraciones económicas* cuanto los *procedimientos de investigación de conductas* llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC).

El doctor Montamat entiende, en su voto minoritario, que es facultad discrecional de la CNDC permitir la participación de las partes coadyuvantes o, en su caso, hacer cesar dicha autorización cuando su participación importara dispendio jurisdiccional.

La cuestión que dio lugar al conflicto judicial que estamos comentando es si ISENBECK podía ser parte coadyuvante en el expediente de concentración económica.

Al respecto, encontramos dos posturas:

- (i) por un lado la del vocal Montamat antes mencionada que entendió que el artículo 42 de la Ley podía ser aplicado al procedimiento de concentraciones económicas, y
- (ii) por el otro lado, el criterio de la mayoría de la CNDC respaldado por la Cámara Federal que sostiene que el artículo 42 sólo es aplicable en los supuestos de investigación de conductas y no al control de fusiones y concentraciones.

Recordemos que la ley de defensa de la competencia establece dos tipos de controles: estructurales y de conductas.

El control de conductas se establece en los capítulos I y II de la Ley 25.156. En ella se examinan los actos o conductas que tengan por objeto u efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que puedan perjudicar el interés económico general. Para determinar la existencia de conductas que infringen la ley se establece en la misma un procedimiento en los artículos 26 a 45.

El control estructural, por el contrario, es introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el capítulo III de la Ley 25.156 (De las concentraciones y fusiones).

La doctrina argentina entiende que el artículo 7.º de la ley previene conductas a través del control de una situación estructural como es la concentración económica⁹⁸.

⁹⁸ TAJÁN, G., «El abuso de posición dominante y el control de las concentraciones económicas en la nueva Ley argentina de Defensa de la Competencia», en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, núm. 10, pág. 45. Similar postura sostiene GUADAGNI DE QUEVEDO, M.,

El procedimiento para controlar una situación estructural del mercado es, entonces, diferente del procedimiento para investigar una conducta anticompetitiva o un abuso de posición dominante. Este procedimiento se encuentra regulado en diversos instrumentos: artículos 6 a 16 de la Ley 25.156, artículos 8 a 16 del Reglamento de la Ley, Decreto 89/2001, Resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica) y Resolución 164/2001 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor («Lineamientos para el control de las concentraciones económicas»).

El procedimiento de investigación se inicia por denuncia o de oficio y tiene como finalidad determinar la existencia de hechos o conductas contrarias a la competencia. Se compone de una primera etapa sumarial y un plenario con posibilidad de ofrecimiento y producción de prueba.

El procedimiento de control de concentraciones económicas se inicia por la notificación que realizan las empresas involucradas en los actos jurídicos que dan lugar a la concentración. Se establecen tres etapas de requerimientos de información por parte de la autoridad de aplicación y el procedimiento concluye con la autorización expresa o tácita de la operación, la denegación o el condicionamiento de la misma al cumplimiento de determinadas pautas.

Tenemos entonces que son procedimientos diferentes, con diferente finalidad y trámites distintos.

De lo que se trata, entonces, es de determinar si el artículo 42 de la Ley, que se encuentra ubicado en el procedimiento de investigación y permite la intervención de partes coadyuvantes, puede ser aplicable al procedimiento de análisis de operaciones de concentración económica.

El vocal de la CNDC Eduardo Montamat emitió un voto en la Resolución de la Comisión de fecha 8 de agosto de 2002 por el cual dispuso hacer lugar al pedido de intervención como parte coadyuvante de la firma ISENBECK. Menciona que el artículo 42 no distingue entre los procedimientos a los cuales sería aplicable. Dice asimismo que la finalidad de la ley es la averiguación de la verdad real, con lo cual los criterios formalistas que limiten la investigación real de las conductas deben ceder ante el objetivo de alcanzar la verdad real, esto es, saber qué está sucediendo en tal o cual mercado. Por último, menciona, que la empresa parte de la operación que es notificada puede requerir que se decrete la confidencialidad sobre determinada documentación, con lo cual se impide el acceso de los terceros a esos datos.

En cambio, el voto mayoritario de la Cámara Federal considera que el artículo 42 de la Ley 25.156 es aplicable a los procedimientos en los que se investiguen hechos y no a todos los procedimientos legislados en la norma.

«Reformas a la legislación de defensa de la competencia argentina, Ley 25.156», en *Boletín Latinoamericano de Competencia*, núm. 9, pág. 12.

Para llegar a esa conclusión interpreta la letra de la ley y señala que: «(...) *se debe concluir en que la intervención como parte coadyuvante prevista en el artículo 42 de la Ley 25.156 está limitada a los supuestos de control de comportamientos, es decir a aquellos procedimientos en los que, por denuncia o de oficio, se investigan hechos que pudieran tipificar las conductas prohibidas por ley (...) la intervención como parte coadyuvante que solicita ISENBECK en este ámbito —se refiere en el marco de un expediente de control de concentraciones— no está normativamente prevista, a la vez que no resulta compatible con la estructura del trámite del artículo 8, en el que no se ha contemplado el debate de intereses o derechos contradictorios —como sí sucede en los supuestos de investigaciones iniciadas de oficio o por denuncia— ni con la celeridad que lo condiciona, en virtud de la brevedad del plazo fijado en el artículo 13 y de la autorización tácita en el supuesto de que venza ese plazo sin resolución (art. 14) (...)».*

Señala la Cámara que el concepto de parte se vincula con el de proceso y que el sistema de autorización de concentraciones no es un proceso como tal.

Por lo tanto, la Cámara entiende que:

- (i) No existiendo un «proceso», no puede haber partes y no se advierte vulneración de la garantía del debido «proceso».
- (ii) Los terceros podrían hacer valer sus derechos impugnando judicialmente el acto de aprobación de la concentración, una vez que este se produjera.
- (iii) Hasta tanto se dicte una resolución por la CNDC, el gravamen es conjetural y que recién se concreta con el dictado de la autorización de la operación. Por lo tanto, reprocha a ISENBECK querer ser parte para poder recurrir una decisión que aún no ha sido dictada; y ello, sin norma que lo autorice y sin que exista una afectación concreta de intereses o derechos, lo cual perturbaría la celeridad del trámite de control establecido por la ley.

Hasta aquí la Cámara plantea dos cuestiones:

- 1. No existe proceso y, por lo tanto, no puede hablarse de partes, menos de parte coadyuvante.
- 2. No puede ISENBECK pretender impugnar una resolución que no fue dictada.

Sin embargo, el Tribunal añade que el derecho de defensa de ISENBECK no se vulnera porque esta empresa puede someter a revisión judicial la resolución que, en definitiva, dicte la CNDC. Es decir, ISENBECK podría apelar la decisión de aprobar la concentración. En tal sentido, señala que: «(...) *el artículo 15 de la Ley 25156 establece que las concentraciones que hayan sido autorizadas*

por la CNDC no podrán ser impugnadas en sede administrativa en base a la información y documentación verificadas, lo que por cierto no obsta a que en sede judicial, se deduzcan los recursos y acciones pertinentes por parte de quienes consideren afectados sus intereses o derechos (...)».

El procedimiento de autorización de concentraciones está previsto como un trámite con dos partes: el Estado representado por la CNDC y la o las empresas que son parte de la operación. No se prevé la intervención de terceros. Las intervenciones se realizan a meros efectos informativos, aportando información, testimonios, estudios sectoriales, investigaciones de mercado, etc.

El artículo 52, inciso c), establece que es apelable la resolución de la CNDC que se opone o condiciona un acto de concentración.

Se entiende que el apelante es el interesado en que se apruebe la operación, que recurrirá la oposición de la Comisión o de las condiciones que se le hayan impuesto para aprobar la operación.

El recurso se interpone fundado dentro del plazo de quince días de la notificación de la Resolución (art. 53) y se concede con efecto devolutivo.

La Cámara Federal, en el caso comentado, entiende que el artículo 52 no es *númerus clausus* y, por lo tanto, puede apelarse judicialmente cualquier resolución que cause gravamen a quien tenga interés legítimo. Por lo tanto, se podría apelar también la resolución que aprueba, sin condicionamientos, una operación de concentración. Este recurso obviamente será interpuesto por un tercero que está interesado en frustrar la operación, como era el caso de ISENBECK en la fusión llevada a cabo entre Brahma y Quilmes.

Ahora bien, si es que la resolución sólo es notificada a las partes, es decir, las empresas notificantes, ¿puede recurrir la misma un tercero que no fue parte en el proceso?

La Cámara da a entender que sí. Para ello debería el tercero interesado apersonarse en el expediente y pedir le sea notificado el dictamen de la concentración. Sin embargo, hay que recordar que este tercero que no pudo tener acceso al expediente —no era parte— ni a las pruebas obrantes en el mismo tiene un plazo de quince días para preparar y fundar su recurso.

Por otra parte, si el dictamen y la resolución consecuente no le son notificados a los terceros, nunca comenzaría a correrles el plazo para apelar a estos terceros. Nada hay previsto en la ley respecto del recurso de terceros interesados.

Así las cosas, *entendemos que todo este vacío legal debería llenarse por la futura actualización de la legislación mercantil*, en salvaguarda de un equilibrio de los intereses en pugna (empresas que pretenden concentrarse, sus competidores y los consumidores), estableciendo pautas que permitan difundir *erga omnes* la resolución —publicación en el B.O., por ejemplo— y la suspensión del plazo para recurrir hasta tanto se conceda vista de las actuaciones al recurrente que

lo peticionara (solución adoptada para el procedimiento administrativo nacional que no es aplicable en la CNDC)⁹⁹.

Otra opción sería la de impugnar la concentración mediante una acción judicial dirigida contra la empresa notificante. En ese caso habría que determinar cuál sería el juez competente:

- ¿Es el juez federal del domicilio de la empresa demandada?
- ¿Es el juez con competencia en lo Comercial?

Parte de la Doctrina se inclina a pensar que sería el juez federal para preservar la unidad del fuero con la Cámara que interviene en materia recursiva. Sin embargo no existe previsión en la ley¹⁰⁰, *la que también debería ser atendida por la futura actualización legislativa*.

Finalmente, tal como hemos señalado con anterioridad, nada impide que de una fusión o concentración autorizada se deriven actos o conductas contrarias al artículo 1.º de la ley (conductas anticompetitivas o abusivas de la posición dominante adquirida como consecuencia de la fusión o concentración). En este caso cualquier persona puede denunciar las conductas anticompetitivas por ante la CNDC.

El Organismo de aplicación, en caso de denuncia, no debe ya juzgar la estructura del mercado existente luego de la fusión —sobre lo cual hay cosa juzgada— sino la conducta de la empresa en cuestión que se apoya en la estructura supuestamente oligopólica.

Esta última solución, es decir, batallar nuevamente en la Comisión aunque esta vez en un procedimiento de investigación de conductas; entendemos que es la opción que mejor garantiza al tercero competidor la protección de sus derechos.

Aquí ya habrá un proceso en el cual se puede llegar, como consecuencia de detectar conductas ilícitas, al desmembramiento de la empresa fusionada.

Las conclusiones que deja el caso analizado, según MARTÍNEZ MEDRANO —a quien venimos siguiendo en el presente desarrollo— son las siguientes:

1. La Cámara Federal es competente para dictar una medida cautelar que incida sobre un expediente de la CNDC.
2. La CNDC debe conceder con efecto suspensivo los recursos cuando el dictado de la resolución se torne abstracta.
3. El artículo 52 que delimita las resoluciones apelables no es taxativo. Toda resolución que cause gravamen a una parte con interés legítimo es revisable por la justicia.

⁹⁹ Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *La intervención de competidores en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias*, L.L. 2003-E-321.

¹⁰⁰ Cfr. MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, *La intervención de competidores en el procedimiento de control de fusiones y concentraciones empresarias*, L.L. 2003-E-321.

4. El artículo 42 de la ley es únicamente aplicable a los procedimientos de investigación de conductas y no a los trámites de autorización de concentraciones económicas.
5. El acto que aprueba una concentración puede ser impugnado por los terceros perjudicados en sede judicial.

Como se puede observar, la resolución de la Cámara preserva la celeridad que tienen los procedimientos para autorizar fusiones, y al mismo tiempo resguarda los derechos de los terceros para impugnar esos actos con posterioridad a la aprobación de la fusión.

Sin embargo, como hemos visto, la Ley 25.156 parece contener diversos «vacíos» que deberían subsanarse:

- (i) El artículo 42 no distingue si abarca tanto los procedimientos de autorización de concentraciones económicas cuanto los procedimientos de investigación de conductas llevados a cabo ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia:
 - En el precedente comentado, la falta de previsión legal en este sentido, dio lugar a un interesante debate que bien *podría ser analizado por el legislador de una futura actualización para determinar si amerita algún tipo de regulación específica que disipe dudas*.
- (ii) En el precedente comentado, la Cámara Federal entiende que el artículo 52 no es *númerus clausus* y —por lo tanto— puede apelarse judicialmente cualquier resolución que cause gravamen a quien tenga interés legítimo, razón por la cual, se podría apelar también la resolución que aprueba —sin condicionamientos— una operación de concentración por un tercero interesado; sin embargo, nada hay previsto en la ley respecto del recurso de este último:
 - Entendemos también que *este vacío legal debería llenarse por la futura actualización de la legislación mercantil*, estableciendo además pautas que permitan difundir *erga omnes* la resolución (para conocimiento de estos terceros), así como también, consagrando la suspensión del plazo para recurrir hasta tanto se conceda vista de las actuaciones al recurrente que lo peticionara.

En suma, el legislador de la futura actualización debiera tener en cuenta estas «lagunas» para despejarlas y establecer procedimientos claros para que los terceros hagan valer sus derechos; eliminando, así, las «dudas procesales y sustanciales» que MARTÍNEZ MEDRANO plantea de manera certera al comentar este precedente «ISENBECK» de la Cámara Federal Civil y Comercial.

Entendemos que, solo así, se lograría un *equilibrio* entre los diversos intereses en juego que asegure un mercado transparente, una competencia leal y una adecuada protección del consumidor; quien, reiteramos, es el beneficiario final de aquella transparencia y lealtad en el tráfico mercantil.

V. CONCLUSIÓN

En nuestra modesta opinión, si se quiere actualizar la legislación del Derecho Mercantil en la Argentina, es menester seguir los postulados de cada uno de los principios o ideas rectoras que hemos desarrollado a lo largo de las líneas precedentes.

No se trata de modernizar la legislación a cualquier precio.

Por el contrario, debe perseguirse como objetivo que la actualización de la normativa comercial tenga eficacia y se ajuste a las «reglas» que imperan en la realidad negocial.

Para ello, el autor de la ley debe actuar con un lenguaje simple, atendiendo de manera prioritaria a aquellos sectores del tráfico jurídico que claman por reglas nuevas y más claras que los rijan, sin olvidar que toda esa normativa debe respetar las directivas que emanan de la Constitución Nacional, que impone los pilares en torno a los cuales debe configurarse el nuevo y más moderno orden social económico argentino.

Así las cosas, esperamos con nuestro trabajo haber contribuido —humildemente— a establecer las *bases o premisas* necesarias que sirvan de guía para *aggiornare* el Derecho Comercial argentino.

RESUMEN

CONSTITUCIÓN NACIONAL.
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO
CERTEZA JURÍDICA.
DESCODIFICACIÓN.
OPTIMIZACIÓN. PRIORIDAD

Si se quiere actualizar la legislación del Derecho Mercantil en la Argentina, es menester seguir los postulados de ciertos principios o ideas rectoras. No se trata de modernizar la legislación a cualquier precio. Por el contrario, debe perseguirse como objetivo que la actualización de la normativa comercial tenga eficacia y se

ABSTRACT

NATIONAL CONSTITUTION.
CONSTITUTIONALIZATION
OF PRIVATE LAW
LEGAL CERTAINTY.
DECODIFICATION.
OPTIMIZATION. PRIORITY

If Argentina's business legislation is to be updated, it is going to be necessary to follow the postulates of certain guiding ideas or principles. It should not be a matter of modernizing legislation at any price. No, one of the objectives ought to be for business legislation to be updated so that it is effective and observes the

ajuste a las «reglas» que imperan en la realidad negocial. Para ello, el autor de la ley debe actuar con un lenguaje simple, atendiendo de manera prioritaria a aquellos sectores del tráfico jurídico que claman por reglas nuevas y más claras que los rijan, sin olvidar que toda esa normativa debe respetar las directivas que emanan de la Constitución Nacional, que impone los pilares en torno a los cuales debe configurarse el nuevo y más moderno orden social económico argentino. En suma, deben tenerse en cuenta estas bases o premisas necesarias que aseguren la vigencia y efectividad del Derecho Comercial argentino actualizado.

«rules» real business uses. To do so, lawmakers should use simple language, and they should attend first of all to those sectors of trade that are clamouring for new laws and clearer ones. Yet lawmakers must never forget that all new legislation must respect the directives of the National Constitution, which erects the pillars on which the new, more modern Argentinean economic and social order must be built. In short, account must be taken of these necessary bases or premises that will ensure the legal force and effectiveness of the updated Argentinean business law.

(Trabajo recibido el 30-7-2013 y aceptado para su publicación el 31-7-2013)