

## Doctrina

# El derecho a la reparación integral del daño en la Constitución Nacional



Juan Carlos Reynaga

Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca. Exprofesor de Introducción al Derecho (UNCA). Autor del libro "El Acceso a la Justicia en el Derecho Procesal Constitucional", Ed Alveroni, Córdoba, 2021. Miembro de la "Comisión Consultiva para la reforma de la Constitución de Catamarca. Miembro adjunto de la "Asociación Argentina de Justicia Constitucional".

**SUMARIO:** I. La constitucionalización del ordenamiento jurídico.— II. La reparación integral como un derecho de alcance constitucional.— III. El derecho de propiedad en la Constitución y en los tratados internacionales.— IV. El valor del derecho de propiedad y sus limitaciones.— V. La cláusula *alterum non laedere* y el artículo 19 de la Constitución Nacional.— VI. La cláusula del artículo 15 de la Constitución Nacional.— VII. Los derechos no enumerados como impulso de reparación integral.— VIII. El concepto de igualdad y su vinculación con la reparación del daño.— IX. El bloque de constitucionalidad y el derecho a una indemnización justa.— X. Consideraciones finales sobre el fundamento de la jerarquía constitucional del derecho a la reparación.

### I. La constitucionalización del ordenamiento jurídico

La noción de constitucionalización del ordenamiento jurídico es un concepto que hace referencia al proceso legislativo, doctrinario y jurisprudencial por el cual se persigue dar concordancia y coherencia a las disposiciones de la Constitución Nacional, con las restantes normas y principios que componen un ordenamiento jurídico. Por ello que resulta posible afirmar que un ordenamiento jurídico constitucionalizado es aquel en el cual existe una coincidencia y armonía entre las disposiciones constitucionales y las diferentes normas infracostitucionales vigentes.

Existen numerosos autores y autoras que se han expresado por conceptos más o menos abarcativos de lo que supone el fenómeno de la constitucionalización. Uno de los referentes en la temática, el Prof. Ricardo Guastini, sostiene que por constitucionalización podemos entender "un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales" (1).

Definido de esta manera, es importante destacar que la discusión acerca del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, y más precisamente del derecho privado constituye un hecho relati-

vamente reciente en vida jurídica de la República Argentina. A contrario sensu a lo que ha ocurrido en Argentina, en algunos países latinoamericanos que han transitado instancias de reforma constitucional en la última década (Ecuador en 2008, Bolivia en 2009, Chile aun en medio de la reforma iniciada en 2021) los procesos de discusión sobre constitucionalización del ordenamiento jurídico ocurrieron inmediatamente después o contemporáneamente a la reforma constitucional.

En este sentido, el caso argentino presenta algunas particularidades. Es posible sostener ello en atención a que, aunque la Constitución argentina fue reformada en el año 1994, el debate sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico tuvo un crecimiento e importancia determinantes recién después de dos décadas de la última reforma constitucional, esto es, a partir de la reforma del Código Civil y Comercial ocurrida en el año 2015. De forma que, en Argentina, fue durante, y sobre todo luego de la reforma del Código, que el debate sobre la constitucionalización se profundizó, dando aparición a un fenómeno que representó una revalorización de los principios constitucionales con relación a la normativa por entonces vigente.

Las consecuencias de esta constitucionalización del ordenamiento jurídico no solo se extendieron y expresaron en términos de reformas normativas, sino que implicaron también un cambio de paradigma para el derecho argentino en general. En este sentido la constitucionalización ha provocado un quiebre en el paradigma tradicional y vigente hasta la última década según el cual el Có-

digo velezano era autosuficiente y norma suprema de las materias que abordaba. Como explica el Prof. Juárez Ferrer "(...) Este rasgo de nuestra cultura jurídica (no solo argentina, sino en general de lo que conocemos como el derecho continental europeo) es explicado por Lorenzetti mediante la teoría de las esferas independientes, que básicamente advierte que para los juristas y operadores del derecho no había (o eran escasísimos) puntos de intersección entre la Constitución y el derecho civil, ya que eran normas superiores de dos pirámides jurídicas prácticamente separadas e independientes" (2).

El antiguo paradigma de esferas separadas, además de representar un problema para la comprensión clara de la jerarquía normativa en cada temática, suponía en muchos otros casos un forzamiento de la norma constitucional a fin de cumplir con los parámetros establecidos por su par civil. En otras palabras, con la superada doctrina de esferas separadas se flexibilizaban las disposiciones constitucionales para que fuesen consecuentes con lo dictaminado por normas infracostitucionales civiles. Esta conducta provocó una situación de inseguridad jurídica, como consecuencia de la incertidumbre acerca del verdadero valor y significado de las disposiciones constitucionales.

Sin embargo, a partir de la mencionada reforma del Código Civil, convertido ahora en Código Civil y Comercial se alcanzó un amplio consenso entre las personas dedicadas al derecho sobre de la necesidad de repensar y reconfigurar las diferentes aristas del derecho a la luz del prisma constitucional, a fin de obtener un ordenamiento jurídico coherente y consecuente. De tal manera que, en la actualidad, es plausible aseverar que el tradicional paradigma de la "teoría de las esferas independientes" ha sido superado por ideas que afirman la urgencia de llevar adelante una mirada integradora del sistema

normativo y jurisprudencial bajo una perspectiva constitucional.

A tal efecto, este análisis pretende entonces ser un nuevo aporte a dicha tarea, repasando algunas de las ideas que, en opinión del autor, han sido guías determinantes en la materia. El método deductivo escogido para esta labor implicará un avance de lo más general a lo más particular, partiendo de la selección de un conjunto de principios generales de contenido *iusfilosófico* que han dado estructura y andamiaje al derecho de daños, y su posterior contrastación con una serie de derechos y garantías consagrados en diferentes normas de la Constitución Argentina y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

### II. La reparación integral como un derecho de alcance constitucional

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico argentino iniciado, en términos normativos, a partir de la reforma del hoy Código Civil y Comercial, se trasladó luego de esta a los ámbitos doctrinario y jurisprudencial. En estos últimos, la reforma del Código fue interpretada y explicada. Entre los fundamentos que validan el proceso de constitucionalización se encuentra uno que tiene que ver con su carácter oportuno, a efectos de dar efectivo cumplimiento a un mandato constitucional implícito que desarrollaremos a continuación.

Existe en la actualidad un importante consenso entre los y las juristas acerca de que, a partir de la reforma constitucional ocurrida en 1994, es válido afirmar que la jerarquía normativa del sistema jurídico argentino se ha visto modificada. En efecto, la cúspide del ordenamiento jurídico ya no se encuentra ocupada únicamente por la Constitución Nacional, sino que, de una interpretación sistémica de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la CN surge que la Constitución

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) GUASTINI, Ricardo, "Estudios de teoría constitucional", IJ-UNAM, Fontamara, México, 2007, 3ª edición, p. 153

(2) JUÁREZ FERRER, Martín, "El derecho constitucional a la reparación integral", Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 53.

### Nota a fallo

#### Concurso preventivo

Homologación de acuerdos. Facultades del juez. Acuerdos abusivos

CNCom., sala F, 28/03/2023. - Salem, Jaime Víctor s/ Incidente art. 250.

¿Cuál es el límite en el control de abusividad de una propuesta concursal?

Alexis M. Marega

### Jurisprudencia

#### Embargo preventivo

Levantamiento de la medida. Aplicación del art. 111 de la ley 11.683. Requisitos.

CFed. Posadas, 12/04/2023. - Fisco Nacional (AFIP - DGI) c. Yerbatera Misiones S.R.L. s/ embargo preventivo.

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aprobados por el Congreso y por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, gozan de jerarquía constitucional. En sencillas palabras, estos tratados internacionales y la Constitución son el fundamento último de todo el ordenamiento, y estos compromisos internacionales “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (art. 75 inc. 22 de la CN).

Así, es factible aseverar que el Estado argentino, a partir de la última reforma constitucional de 1994, ha asumido el compromiso y deber de cumplir (y hacer cumplir) los derechos y garantías consagradas tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales de DD.HH., a los que ha adherido la República Argentina. Esta doctrina ha sido reafirmada en incontables oportunidades por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Solo por nombrar un caso ejemplar, en el fallo “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” el Alto Tribunal sostuvo que es deber del Estado “*garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “*garantizar, significa ‘mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas’, según indica en su Observación General n° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” (3).

En esta misma sintonía, y tal como mencionábamos al inicio, el Código Civil y Comercial vigente vino a dar cumplimiento de esta directiva constitucional que invita, a partir de la jerarquización de los tratados internacionales de Derechos Humanos, a repensar el ordenamiento jurídico argentino a la luz de los compromisos internacionales asumidos. Este mandato no es indirecto ni implícito, por el contrario, es en el art. 1° del CCyC que se establece que “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte*”.

Sin embargo, abocándonos de manera directa al tema que justifica el capítulo, es dable mencionar que dentro del cúmulo de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales de Derechos Humanos, el derecho a la reparación (en estos mismos términos) no es un derecho que surja de manera expresa o literal de ninguna de las dos fuentes. Sin embargo, este derecho a la reparación, como veremos a lo largo del capítulo, puede inferirse de distintas disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad. Veremos que, aunque existe consenso en cuanto a la existencia de un derecho a la reparación, no ocurre lo mismo respecto a su fuente de origen.

Una mayoría doctrinaria y jurisprudencial sostiene que el derecho a la reparación es una consecuencia necesaria e inevitable del principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), el cual se sigue de la letra del art. 19 de la CN, cuando dispone que “*Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Esta tesis fue receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios*” cuando en el considerando 18 expresó: “*Que en lo que interesa al caso, esta Corte ha dicho que el ‘principio general’ que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se ‘prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero’, se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’, y que la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. Fallos: 308:1118 y 327:3753)*” (4).

En un camino distinto, más no excluyente del primero, están quienes afirman que el derecho a la reparación se deduciría también del art. 17 de la CN que, a más de consagrar el derecho a la propiedad, establece los alcances y formas de su ejercicio cuando expresa “*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 (...)*”. Este artículo reconocería el derecho a la reparación, puesto que, si la propiedad, a tenor del art. 14 de la CN, es un derecho, y si según el art. 17 de la CN este derecho es además inviolable, indefectiblemente debemos concluir que cualquier daño o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, o en su persona, debe ser resarcido a efectos de volver las cosas al estado previo al evento que generó dicho daño; es decir, reconocería un derecho a la reparación.

Finalmente, y en complemento de las dos tesis antes descriptas, es importante mencionar que la Constitución también menciona un caso singular del derecho a reparación en su art. 15 que establece la abolición de la esclavitud y que “*una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración*”. Analizaremos oportunamente esta polémica disposición constitucional y los efectos que la misma trae aparejado.

Como hemos mencionado, en la Constitución Nacional es posible identificar diversas normas de las cuales es posible deducir la existencia de un derecho general a la reparación. En esta misma línea, la Corte Suprema en el caso “*Provincia de San Luis c/ Estado Nacional*”, tiene dicho que “*La seguridad jurídica es imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada y se resentiría gravemente si fuera admisible dejar sin reparar los efectos de una norma dictada con el objeto de lograr una finalidad precisa, cual fue en el caso la inducción al mantenimiento de los depósitos bancarios, para luego desconocerla pretendiendo cancelar los efectos de aquel acatamiento y los que de ellos derivaron, ocasionando así grave trastorno a las relaciones patrimoniales*” (5).

Vistas las consideraciones vertidas hasta aquí, debemos concluir sin temor a equivocarnos que el ordenamiento jurídico argentino reconoce un derecho constitucional a la reparación. Esta facultad no es sino el derecho al resarcimiento de todos los daños causados, de modo de volver a la víctima y sus cosas, en la medida de lo posible, al estado anterior al acaecimiento del daño. Asimismo, el daño debe ser entendido en sentido amplio, y en palabras de la Corte Suprema “*abarca la protección de todo interés no probado por la ley*” (6).

Según el cimero tribunal, “*La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción*

*comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades, reparación que debe ser integral y que no se logra si los daños subsisten en alguna medida, ni tampoco si el resarcimiento —derivado de la aplicación de un sistema resarcitorio especial o producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces resulta en valores irrisorios o insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible*” (7).

Esa reparación puede expresarse de diferentes formas, y aunque la pecuniaria es probablemente la más conocida, los instrumentos internacionales que protegen los Derechos Humanos, así como también los organismos encargados de velar por ellos, han venido a implementar resarcimientos simbólicos, alternativos, y pecuniarios que aparecen como oportunos al momento de reparar el daño causado.

### III. El derecho de propiedad en la Constitución y en los tratados internacionales

Desde el siglo de las revoluciones liberales, y más precisamente desde de la Revolución Francesa en 1789 hasta la actualidad, la libertad y la propiedad han sido los dos derechos más tutelados constitucionalmente. Sin embargo, los alcances y facultades que el derecho a la propiedad supone no se han mantenido incólumes con el correr de los años. Por ello, en este título veremos de manera sintética la recepción constitucional que este derecho ha tenido a lo largo del tiempo.

Desde la primera Constitución Argentina de 1853 hasta la última sancionada en el año 1994, se han expresado en la Carta Magna al menos dos concepciones jurídico-filosóficas sobre el derecho de propiedad. Por un lado, una de corte netamente liberal, que mantuvo históricamente el derecho a la propiedad en el artículo 14 y según las consideraciones que veremos a continuación; y por otro lado, una concepción que se puso de manifiesto con motivo de la reforma constitucional de 1949 y que adscribía a la tesis conocida como “*función social*” de la propiedad de León Duguit.

Aunque la concepción liberal de la propiedad ha triunfado de forma evidente en la Constitución Argentina, la jerarquización constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a partir de la reforma de 1994 ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia a una reconsideración acerca de los alcances que este derecho debe tener.

En este sentido, en el plano estrictamente constitucional podemos identificar dos normas que refieren al derecho de la propiedad como tal. Por un lado, el art. 14 de la Constitución que reconoce el derecho a la propiedad disponiendo “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; (...) de usar y disponer de su propiedad*”. Y por otro lado, el art. 17 del mismo texto que establece los alcances de ese derecho en los siguientes términos:

*Artículo 17: La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Solo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4º. 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.*

Como mencionábamos, la redacción de este artículo, así como su ubicación y numeración, se han mantenido prácticamente intactos desde la sanción de la primera Constitución en 1853. La única reforma constitucional que representó un verdadero giro copernicano en la concepción filosófica del derecho a la propiedad fue la llevada a cabo durante el año 1949. En aquella oportunidad, además de modificar el número de artículo en el cual se consagraba el derecho a la propiedad, se creó el Capítulo IV cuyo título “*La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica*” daba cuenta por sí solo del nuevo paradigma que atravesaba no solo al derecho a la propiedad, sino también al articulado en general de la por entonces nueva Constitución.

No es pretensión de este apartado realizar un repaso por el derecho de la propiedad en las diferentes reformas constitucionales llevadas adelante en Argentina. En cambio, la perspectiva que guiará los análisis de capítulo es aquella confirmada a partir de la última reforma constitucional vigente. Esto así en razón de dos fundamentos trascendentales para el derecho de propiedad incorporados en la última reforma. Por un lado, porque la incorporación expresa a la normativa constitucional argentina de los derechos de tercera generación o derechos colectivos; es una actitud que exhibe un apoyo de los y las constituyentes a las ideas que revalorizan el aspecto colectivo de los derechos subjetivos, invitando necesariamente a repensar el derecho a la propiedad que ha sido tradicionalmente interpretado desde su costado más individualista. Pero, además, por otro lado, la decisión determinante de incorporar el artículo 75 inciso 22 que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de Derechos Humanos, y que suma un cúmulo de normas que estructuran y dan forma al derecho a la propiedad.

Así, por mencionar algunos ejemplos, sobre el derecho a la propiedad el artículo XXI-II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) dispone:

*Artículo XXIII. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*

Es evidente que este artículo redefine el alcance tradicional del derecho humano de propiedad, debido a que limita la esencia del derecho a la propiedad a las “*necesidades esenciales de una vida decorosa*”. A su vez, el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica prescribe:

*Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada:*

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*

Este artículo también representa un cambio de paradigma en cuanto al derecho a la propiedad, y sobre él nos detendremos más

(3) Sentencia “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” 24/04/2012, TR LALEY AR/

JUR/9063/2012.

(4) CS, R. 401. XLIII. Rex, 27/11/2012, Fallos: 335:2333.

(5) Fallos: 326:417.

(6) Fallos: 324:2972.

(7) Fallos: 335:233.

adelante, pero *a priori* podríamos decir que esta norma vino a subvertir la idea generalizada de que el derecho a la propiedad debía considerarse individualmente y de ejercicio irrestricto. La presente cláusula dispone así que el derecho a la propiedad se encuentra limitado por “el interés social”, es decir, ubica a las necesidades colectivas por delante de la perspectiva individual de este derecho.

A decir de Etchichury “*la reforma de 1994 modificó —quizá inadvertidamente— el contenido del derecho constitucional de propiedad en Argentina, habilitando su regulación más intensa en ciertos casos y protegiendo especialmente a los bienes más cercanos a la persona, su dignidad y su hogar. Ello se aproxima a la noción de función social de la propiedad, si bien esa denominación no ha sido consagrada. Consideramos que el debate interpretativo continuará en el futuro cercano. Nuestra intención ha sido contribuir a la discusión y tratar de integrarla en una continuidad histórica*” (8).

En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido también oportunidad de pronunciarse en distintos momentos sobre el derecho a la propiedad. Es importante resaltar que respecto de sus alcances e interpretaciones, la jurisprudencia del Máximo Tribunal se ha mantenido coherente en las líneas generales. Así, en su sentencia del caso “Don Pedro Emilio Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” el Alto Tribunal sostuvo que “*El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’.*” Esta conceptualización practicada en el caso “Bourdieu” ha sido reafirmada insistentemente por la Corte Suprema en diferentes oportunidades como los casos “Horta”, “Traba”, y el más reciente caso “Rinaldi”.

Asimismo, en palabras textuales de la Corte Suprema “*el vocablo propiedad resulta ser un término más amplio que constituye un género que abarca ya no solo derechos materiales sino también inmateriales*” (9). Podemos afirmar entonces que es evidente que existe un acuerdo casi unánime respecto del reconocimiento de que el derecho a la propiedad no solo se ejerce sobre bienes materiales, sino también sobre cualquier interés apreciable susceptible de ser poseído. Esto es importante por las repercusiones que tiene esta idea sobre el derecho a la reparación integral, pero también porque supone un camino coherente con el concepto de daño dado por el Alto Tribunal que considera que “*el concepto jurídico de daño, salvo restricciones particulares queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no repro-*”

**En conclusión, estos elementos nos permiten hacer dos precisiones sobre el derecho a la propiedad en el ordenamiento argentino que serán determinantes en nuestro camino hacia el reconocimiento de los alcances del derecho a la reparación. En efecto, en primer lugar, el derecho a la propiedad no debe ser entendido en términos exclusivamente in-**

**dividuales, sino que, a partir de la incorporación de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad, corresponde repensar este derecho en su perspectiva colectiva y función social. Y en segundo término, la propiedad (y por lo tanto la reparación) no debe limitarse a bienes materiales, sino que existen bienes inmateriales e intangibles que conforman el patrimonio de una persona y deben ser tenidos en cuenta al momento de expresarse el derecho a la reparación. Esto último supone que, al momento de ejercer el derecho a la reparación, debe pensarse el derecho a la propiedad en términos amplios, como lo entiende la Constitución, y no en la perspectiva limitada a la que se ciñe el nuevo Código.**

Como expresa Juárez Ferrer “*siempre que se trate de daño patrimonial, habrá al menos un derecho constitucional en juego, el derecho de propiedad. El derecho constitucional de propiedad exige que nadie sea privado de su propiedad, y que las violaciones a este derecho sean reparadas. Siendo el derecho de daños el derecho mediante el cual se intenta recomponer una situación patrimonial dañada por un suceso, se desprende lógicamente que el legislador deberá asegurar a través de sus reglas la adecuada protección de este derecho constitucional, y que toda reglamentación que altera, modifica, lesiona o restringe de modo irrazonable este derecho deviene inconstitucional. Por lo tanto, el legislador no tiene carta blanca para regular el derecho de daños, o los microsistemas reparatorios, sino que debe hacerlo asegurando una razonable protección del derecho de propiedad*” (11).

#### IV. El valor del derecho de propiedad y sus limitaciones

La palabra *propiedad*, en su contenido etimológico, proviene del latín *proprietas*, que significa la cualidad de ser para uno mismo. Asimismo, está compuesta por el término *proprius* o *proprium*, que significa “lo propio” o “de pertenencia a una persona”, en referencia a un objeto en unidad moral con un sujeto. Aunque independientemente del sentido etimológico del término, son ya bien conocidos los interminables debates y confrontaciones político-lingüísticas en torno al significado y alcances a que refiere la idea de propiedad.

Así, en épocas del Imperio Romano, aunque el derecho no definía a la propiedad, sí establecía el sentido de ella en referencia a una idea de poder sobre las cosas o las personas. Esta propiedad siempre hacía referencia al poder ejercido por parte del hombre (*pater familia*), y en beneficio del grupo familiar. De modo que, los juristas romanos optaron por eludir los debates en torno al concepto mismo de *propiedad*, optando en cambio por describir los elementos de la propiedad en vez de dar su definición.

Esta lógica romana transmutó hacia la Edad Media, cuando aparecieron los señores feudales. La idea de un hombre propietario con poder de disposición sobre las cosas y las personas cercanas (una vez más, en sentido moral del término), se amplió a un espacio de tierra o castillo, conocido como feudo, sobre el cual el señor feudal ejercía su señorío y administración por concesión del rey. Para esta época, la propiedad se amplió en términos cuantitativos, pero en términos cualitativos se limitó a aquellos bienes y personas sobre las que se ejercía un dominio útil.

Posteriormente, en los años previos a la Revolución Francesa ocurrida en 1789, se

observó un fenómeno de crecimiento y concentración del poder y, naturalmente, de la propiedad en cabeza del Rey. Es por ello que el *parteaguas* que supone la disputa revolucionaria burguesa del año 1789 en la historia mundial es simultáneamente la causa y consecuencia del crecimiento de la importancia de la propiedad privada en los siglos subsiguientes.

Asimismo, y como parte de este cambio de paradigmas, el fenómeno de codificación legal del s. XIX incorporó al concepto de *propiedad* la cualidad de *absoluta*, marcando así un quiebre con la etapa signada por los gravámenes feudales. Esto no implicó que la propiedad se haya vuelto, a partir de ese momento, ilimitada, sino más bien que solo sería limitada en su uso por las “leyes o los reglamentos” (12), que en última instancia tenían fundamento en la Constitución.

De tal forma que, podríamos afirmar que, desde la Revolución Francesa hasta la actualidad, las disputas más relevantes en la doctrina con relación a la propiedad y el derecho a la propiedad son aquellas que tienen que ver con los alcances que se le asignan. Así, como veíamos en el apartado anterior, mientras algunos autores y autoras asumen posiciones filosóficas sobre la propiedad que se encuentran cercanas a la doctrina liberal, entendiendo que la propiedad privada y la libertad en su ejercicio son el eje de la vida en comunidad; en la vereda opuesta se encuentran aquellos autores y autoras que sostienen que la propiedad posee en primer lugar una función social, y solo cumpliendo acabadamente con ella es que se podría pensarse en una protección de la propiedad privada como derecho en términos liberales.

En este sentido, el Código Civil Argentino diseñado por Vélez Sarsfield no escapó a esta discusión; y fue clasificado por un amplio sector doctrinario como un código de corte liberal, por las amplias facultades de disposición e incluso de destrucción que reconocía al dueño sobre la cosa. Esta perspectiva fue parcialmente modificada con el nuevo Código (Civil y Comercial), el que, sin adoptar la teoría de la función social de la propiedad, decidió establecer mayores límites a los alcances que supone este derecho. Esto se ve expresado por ejemplo en el *principio de buena fe* consagrado en su art. 9, la *teoría del abuso del derecho* recepcionada en el art. 10, así como el abuso de posición dominante y, en otro orden, la *prescripción adquisitiva* en su art. 1897.

**Pero, posiblemente el límite simbólico más importante al ejercicio del derecho a la propiedad establecido en el Código Civil y Comercial esté dado por la alusión en su primer artículo a la necesidad de resolver los casos por él regidos según lo dispuesto en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Reza el mencionado art. 1º del CCyC “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (...).”**

Este último deber, sumado a una frase singular del art. 14 del CCyC que establece que “*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*” representan un avance simbólico sin precedentes en cuanto suponen, por un lado, la obligación de conjugar la interpretación de las normas civiles y comerciales con los Derechos Humanos

reconocidos en los tratados internacionales ratificados por la Argentina y, por otro lado, asignar una función social, comunitaria y ambiental a la propiedad. De estas breves referencias, veremos a continuación cómo ha impactado el derecho a la propiedad en la configuración del derecho a la reparación integral.

#### V. La cláusula *alterum non laedere* y el artículo 19 de la Constitución Nacional

El art. 19 de la Constitución Argentina consagra el *principio de autonomía de las personas* a través del establecimiento de un ámbito de no interferencia estatal, destinado justamente a proteger la mencionada libertad. La autonomía personal así consagrada, es decir, bajo el prisma idiosincrático de la libertad como *no intervención*, es susceptible de ser interpretada como una libertad negativa, en el sentido de que cada persona será libre en la medida en cada uno pueda decidir libremente su destino sin interferencia indebida de un agente externo, sea el Estado u otros particulares.

El mencionado art. 19 de la CN, que ha mantenido su redacción original desde 1853, dispone lo siguiente:

*Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Es de notar que esta cláusula constitucional no ha estado exenta de discusiones doctrinarias. Y ello, porque al disponer que “*las acciones privadas que (...) ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*” parecería estar estableciendo el “principio del daño” como norma rectora de la vida en comunidad. Sin embargo, el hecho de haber incorporado simultáneamente otro límite, como lo es “el orden y a la moral pública”, provocó fuertes discusiones y tensiones en torno a si los límites de la autonomía personal se regirían únicamente por el principio del daño; o si por *límite* debía entenderse también la moral y orden público.

A pesar de estos desentendimientos en el plano doctrinario, como el objeto del presente título es analizar los efectos y alcances del daño y el consecuente derecho a la reparación, nos centraremos específicamente en el *principio del daño* como límite al *principio de autonomía personal*, es decir, el primer límite a la autonomía personal consagrado en el art. 19 de la CN.

Como mencionábamos previamente, de este artículo que consagra la autonomía personal también se sigue la existencia de un derecho a la reparación. En palabras de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Coihue S.R.L. C/ Santa Cruz, Provincia de S/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad y Daños y Perjuicios” entendió que “*El Derecho a ser resarcido frente a un daño ilegítimo tiene sustento constitucional; en efecto, el artículo 19 de la constitución nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, cláusula que se encuentra entrañablemente vinculada a la idea de reparación*” (13).

Este principio de no dañar a otro, expresado tradicionalmente como el principio “*alterum non laedere*” (o en ocasiones como “*neminem laedere*”) tiene origen en el Derecho romano. Tomado de aquella tradición e incorporado a la Constitución de 1853, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de expresarse al respecto en diferentes momentos de la historia constitucional argentina.

(8) ETCHICHURY, Horacio Javier, “La función social de la propiedad en la Constitución Argentina: Tres Momentos Del Siglo XX”, *Revista de Historia Constitucional*, ISSN 1576-4729, n.20, 2019. <http://www.historiaconstitucional.com>, ps. 1021-1042.

(9) CS, Casos “Horta”, TR LALEY AR/JUR/2/1922; “Traba”, TR LALEY AR/JUR/2/1925; “Bourdieu”, TR LALEY AR/JUR/10/1925.

(10) Fallos: 324:2972.

(11) JUÁREZ FERRER, Martín, “El derecho constitucio-

nal a la reparación integral”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 53.

(12) Según Artículo 544 del Código Civil francés.

(13) Fallos: 344:3476 (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda).

Así, en autos “Goyenechea, Raquel Fermina y otros c/ Estado Nacional Ministerio del Interior Policía Federal si accidente en el ámbito militar y Fzas. de Seg.” el Máximo Tribunal se expresó sosteniendo que: “la Corte ha dicho que el “principio general” que establece el art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”, se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”, y que la extensión que se confiera al principio *alterum non laedere merece toda la amplitud que amerita, evitando interpretaciones o limitaciones reglamentarias en la medida en que impliquen “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (conf. Fallos: 308:1118; 327:3753 y 335:2333)*”.

Con estas palabras, la Corte Suprema establece entonces que el principio *alterum non laedere* no es una declaración arraigada al concepto de daño del derecho civil [art. 1737 CCyC (14)], sino un principio general del derecho vinculado al concepto amplio de *daño* que se desprende de la Constitución Nacional y que, como tal, no debe ser limitado injustamente mediante reglamentos o interpretaciones que desnaturalicen este derecho. En consonancia se expresó la Corte Suprema en el caso “Aquino” cuando afirmó “Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28)” (15).

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que, si del art. 19 de la CN se desprende el principio *alterum non laedere* o principio de no dañar a otro, tanto los daños cuanto el derecho a la reparación debe ser considerados en el sentido amplio que establece la norma fundamental. Así, por *daño* debe entenderse no solo aquellos aspectos materiales que puede llegar a poseer una persona, sino en cambio, considerando a la persona en su plenitud, en sus bienes materiales e inmateriales; solo así se cumplirá con el mandato constitucional del reconocimiento de un derecho a la reparación integral.

Por otro lado, las limitaciones y regulaciones legales de este derecho no podrán desnaturalizar estos preceptos en cuanto, como reza el principio general consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Y esto debe ser particularmente entendido así en esta materia, debido a que, detrás del derecho a la propiedad y el derecho a la reparación integral, lo que la Constitución Nacional viene a proteger no es otra cosa que la dignidad de las personas. Como afirmó la Corte Suprema en el citado fallo “Aquino”: “La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional” (16).

#### VI. La cláusula del artículo 15 de la Constitución Nacional

El artículo 15 de la Constitución Argentina establece que:

*Artículo 15.- En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a*

*que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.*

Esta norma constitucional conserva un bagaje histórico que resulta necesario destacar por las repercusiones que tiene actualmente sobre el derecho de daños en general, y sobre la reparación integral en particular.

Este artículo se encuentra anclado a la época colonial en la que la esclavitud era legal en Argentina. Y aunque la inmoralidad e ilegalidad de la esclavitud resulta actualmente una verdad de Perogrullo, el art. 15 de la CN establece que “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración” (en referencia a la abolición de la esclavitud). Es decir, además de la protección directa del derecho a la propiedad, este artículo es un antecedente constitucional del nacimiento de la responsabilidad estatal aún sin conducta antijurídica. En otras palabras, de aquí surgiría el derecho a la reparación integral, aun cuando el daño es consecuencia de un acto lícito por parte del Estado. Esta idea representa un quiebre con la interpretación restrictiva tradicional del surgimiento de la responsabilidad solo por actos violatorios de una norma jurídica. El cambio idiosincrático se hace en favor de una interpretación amplia en la que la violación y la responsabilidad son analizadas a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Sin embargo, es dable destacar que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha seguido siempre este criterio amplio en todos los aspectos de la reparación, por el contrario en sus fallos de los casos “Corporación Inversora Los Pinos” (1975), “Canton” (1979) y “Motor Once” (1989) consideró que no corresponde el resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Por el contrario, lo admitió en los precedentes “Sánchez Granel” (1984) y “Juncalán Forestal” (1989). Con posterioridad, en los casos “El Jacarandá” (2005) y “Zonas Francas” (2009) afirmó que no hay fundamento para limitar la reparación al daño emergente con exclusión del lucro cesante, aunque en aquellos casos entendió que no se había acreditado los daños en concepto de lucro cesante. Finalmente, en el precedente “Malma Trading” (2014) el máximo tribunal sostuvo que no se encontraba acreditada la condición de especialidad del daño para admitir la responsabilidad del Estado por su actividad lícita (17).

Independientemente de la tesitura en la que nos enrolemos, en cuanto al alcance de la responsabilidad por actos lícitos del Estado, es factible concluir que el art. 15 de la CN despeja cualquier duda en cuanto a la existencia constitucional del derecho a la reparación. Lo creemos así, por cuanto este artículo conecta tal derecho directamente con el derecho a la propiedad; es decir, si existe derecho constitucional a la propiedad, necesariamente debe existir un derecho de tal jerarquía a la reparación, incluso aún con la polémica protección que ofrece cuando esa propiedad se encuentre vinculada a una práctica tan despreciable como lo es la esclavitud.

De esta idea se sigue que aunque el derecho a la reparación se desprenda del derecho a la propiedad, ello no supone que exista

una diferente jerarquía entre estos dos derechos. Entendemos que el derecho a la reparación integral no debe ser caracterizado como un derecho secundario o auxiliar del derecho de propiedad, sino como un derecho con autonomía propia. Esto se sigue de la tesis que afirma que los posibles conflictos entre derechos constitucionales deben solucionarse a través de su interpretación armónica y complementaria, y no acudiendo a la diferente jerarquización entre ellos. Podemos concluir entonces que el derecho a la reparación integral adquiere así el mismo valor que los restantes derechos constitucionales.

Pero además de la jerarquía del derecho a la reparación, es preciso determinar sus alcances. En este sentido, el art. 15 de la CN reconoce el derecho a una reparación incondicionada a futuro, es decir, también por el lucro cesante que implica el desapoderamiento de esclavos. De manera que, la reparación como derecho constitucional, debería ser entendida en términos amplios. Como sostiene Juárez Ferrer, parafraseando a Kaufman “Si (...), la propia Constitución prevé una indemnización relativa a una situación moralmente repugnante (aún para los tiempos en que la norma suprema fue sancionada), sin ningún tipo de límites, y de su sentido se desprende la inclusión de todos los rubros indemnizatorios, ello implica que con mayor razón deberán repararse justamente otras situaciones, todas las cuales difícilmente sean menos justas que en el caso de una indemnización por la liberación de un esclavo. Si no hay límites y se garantiza el derecho a la reparación por la liberación de un esclavo, con más razón existe un derecho a la reparación para cada caso en que existe un daño jurídico” (18).

En conclusión, del art. 15 de la CN también se desprende la existencia de un derecho constitucional a la reparación integral por los daños causados. Este derecho a la reparación, una vez más, además de tener jerarquía constitucional, debe ser entendido de manera complementaria, amplia y bajo la persecución de los fines constitucionales vinculados a la justicia basada en la dignidad humana. En opinión de la Corte Suprema, expuesta en el caso “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/ Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. O muerte)” “Una reparación eficaz impone la exigencia de abandonar parámetros abstractos —elaborados para un sujeto medio e hipotético— para otorgarle pleno sentido a la reparación del daño conforme a la dimensión concreta de los perjuicios sufridos por la víctima; solo de tal modo la tutela resarcitoria cumple con el principio cardinal, base de todo sistema jurídico, de la inviolabilidad de la persona humana” (19).

#### VII. Los derechos no enumerados como impulso de reparación integral

La tradición jurídico-política de asignar la máxima jerarquía jurídica a un solo documento (la Constitución) en el cual se conjugan una serie de normas que estructuran el andamiaje de poder necesario para el funcionamiento del estado, junto con una carta de reconocimiento de derechos y garantías, tiene origen en la Constitución francesa sancionada en el año 1791. Este movimiento jurídico conocido como *constitucionalismo* cuenta con antecedentes en la Constitución estadounidense de 1776, la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215, entre otros; y fue expandiéndose a lo largo de todo el bloque occidental durante gran parte de los siglos XIX y XX.

La *norma fundamental* argentina recogió esta tradición constitucional en su primera versión de 1853, y a lo largo de sus reformas (1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994) fue incorporando un conjunto de derechos y garantías que son clasificadas tradicionalmente en tres generaciones. La *primera generación de derechos* fue recogida en la Constitución de 1853 y consagró los derechos civiles y políticos en el ordenamiento jurídico argentino. Casi un siglo más tarde, con la reforma constitucional de 1949 se patentizó la *segunda generación de derechos*, que hacían referencia a aquellas prerrogativas de contenido económico, social y cultural, cuya herencia se mantiene hoy en el artículo 14 bis de la Constitución vigente. Y finalmente, la última reforma constitucional acontecida en 1994 agregó un “Capítulo Segundo” denominado “Nuevos derechos y garantías” reconociendo los *derechos de tercera generación o derechos colectivos*, plasmados actualmente en los arts. 41 y 42 de la Carta Magna.

Sin embargo, aunque el catálogo de derechos se ha ido ampliando con los años, lo cierto es que sería imposible y por otro parte innecesario enumerar todos los derechos y garantías existentes de manera taxativa en la *norma fundamental*. Es por ello que la Constitución actual establece en su artículo 33 que:

*Artículo 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (20).*

Esta disposición invita a una clasificación entre aquellos derechos expresamente enumerados por la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional; frente a aquellos derechos que no se encuentran enumerados y que, a pesar de no estar enunciados, se siguen de la *soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno*; y por último los derechos que no es posible incluirlos en ninguna de estas dos categorías. De tal forma que es posible concluir que no todos los derechos no enumerados en la Constitución tienen rango constitucional. En otras palabras, podrían existir derechos que no se encuentren enumerados en la *norma fundamental* y que tampoco posean el carácter de constitucionales.

De tal forma que de lo hasta aquí expuesto se sigue naturalmente que los derechos pueden poseer tres tipos de condiciones. Pueden estar enumerados tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales de Derechos Humanos; pueden en otros casos no estar enumerados, pero poseer la jerarquía constitucional de los derechos enumerados la Norma Fundamental; o finalmente, pueden no estar enumerados en la Constitución y tampoco poseer tal jerarquía, pero desprenderse de otros derechos sí enumerados; y en este último caso estaremos frente a derechos implícitos. Con *derechos implícitos*, siguiendo la doctrina del Dr. Ernst (21), hacemos referencia a aquella categoría genérica que incluye a todos aquellos derechos que están relacionados como *condición necesaria/suficiente* a una norma escrita que consagra principios o derechos.

Cabe entonces preguntarnos en cuál de las tres categorías enumeradas previamente es posible colocar al derecho a la reparación integral. Es evidente, y lo mencionamos

(14) Art. 1737 CCyC.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

(15) Fallos: 327:3753.

(16) Fallos: 327:3753.

(17) YLARRI, Juan Santiago, “La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita”, *Rev. Derecho del Estado*, núm. 36, 2016, ps. 331-359.

(18) JUÁREZ FERRER, Martín, ob. cit.

(19) Fallos: 344:2256 “Grippe” (Voto del Juez Lorenzetti).

(20) En el mismo sentido se expresa el art. 29, inc. c) de la CADH, con jerarquía constitucional, que expresa: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser

*interpretada en el sentido de: (...) c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma representativa de gobierno...”*

(21) ERNST, Carlos, “Los derechos implícitos”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1994.

desde el inicio, que no es un derecho que se encuentre enumerado taxativamente en la Constitución ni en los tratados internacionales de Derechos Humanos suscriptos por Argentina. Ahora bien, resta entonces analizar si el derecho a la reparación integral es un derecho implícito o un derecho no enumerado con jerarquía constitucional. Es interesante la doctrina que asevera que “el derecho a la reparación integral puede entenderse como parcialmente implícito y no enumerado, por tutelar cuestiones inherentes al ser humano, relacionadas con lo afectivo y lo espiritual. Está parcialmente implícito por cuanto no puede considerarse implícito ni inherente al ser humano la reparación de daños patrimoniales, por lo que el derecho a la reparación integral en su faz patrimonial no puede considerarse como un derecho no enumerado en el derecho constitucional argentino; pero al mismo tiempo, el derecho a la reparación integral en lo relativo a daños extra patrimoniales, en cambio, es un derecho no enumerado, que se infiere de su tutela a intereses inherentes al ser humano, en los términos del art. 29, inc. c) de la CADH” (22).

Así, de acuerdo con el art. 29, inc. “c” de la CADH, que se titula “Normas de Interpretación”, “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (...)”. De modo que, al igual que la Constitución argentina, la CADH no realiza una enumeración taxativa de derechos y garantías; por el contrario, es permeable al reconocimiento de derechos ligados a la dignidad humana y a la forma democrática representativa de gobierno. Esto último, naturalmente, supone un límite más laxo al art. 33 de la CN que establece como margen para el reconocimiento de derechos no enumerados al “principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana”.

De lo hasta aquí analizado en este trabajo, y en consonancia con la doctrina citada, es posible entonces afirmar que el derecho a la reparación integral posee protección constitucional, en su faz patrimonial como derecho parcialmente implícito, y en su faz extra-patrimonial como derecho no enumerado.

#### VIII. El concepto de igualdad y su vinculación con la reparación del daño

El origen del principio de igualdad ante la ley encontró fundamentos filosóficos y jurídicos en los años previos y contemporáneos a la Revolución Francesa de 1789. En aquel momento histórico, las ideas filosóficas de la escuela de la Ilustración que se encontraban representadas en los textos de autores como Rousseau, Montesquieu, Voltaire, entre otros; lograron un alto grado de influencia y acompañamiento en grupos burgueses de dirigentes estatales e intelectuales. Incluso estas ideas logran penetrar en una pequeña minoría aristocrática. Posteriormente, desde la asunción de las autoridades girondinas y jacobinas en el gobierno de la Convención, las consignas revolucionarias se expandieron también a ámbitos populares compuestos por artesanos y jornaleros. Así, estos últimos fueron quienes terminaron por radicalizar las ideas originales de la Revolución, que se había iniciado como un conflicto entre la necesidad real de aumentar la recaudación para sostener el aparato bélico-estatal y las familias aristocráticas preocupadas por mantener su privilegiada condición social y económica.

El cambio político-institucional en el que desembocó la Revolución Francesa fue simultáneamente acompañado por un movimiento que se propuso cristalizar las ideas revolucionarias en constituciones es-

critas que ofrecieran garantías para sostener la nueva estructura de distribución del poder perdido por el monarca. A partir de las guerras napoleónicas, estas ideas codificadoras y constituyentes se expandieron rápidamente hasta que, para mediados del s. XIX, un gran número de países occidentales, incluidos aquellos que habían dejado de ser colonia recientemente, iniciaron procesos que culminaron con la sanción de constituciones que recogían los principios de la Revolución Francesa del siglo anterior. Además de la nueva organización del poder, en estas primeras constituciones se plasmaron los primeros derechos civiles y políticos, que servían como garantía del régimen político consagrado y establecían la igualdad y la libertad como ejes del nuevo sistema político.

De lo hasta aquí reseñado surge evidente que este proceso político liberal representó, en términos de organización estatal, la oposición a las viejas estructuras monárquicas del Antiguo Régimen basado en un poder centralizado y altamente discrecional. De allí que, como contrapartida a la idiosincrasia monárquica, las ideas liberales instalaron la doctrina del *laissez-faire* (dejar hacer, dejar pasar), cuya vanguardia estaba caracterizada por la difusión de una libertad e igualdad formales frente a la ley. Esto, naturalmente, impregnó las relaciones sociales y comerciales de gran libertad y autonomía privada.

Sin embargo, con el paso del tiempo y con el crecimiento exponencial del comercio y la industria, estas ideas representaron, a la vez que una protección frente al poder concentrado del Estado, una desprotección frente a aquellas personas que, aunque iguales ante la ley, se encontraban fácticamente en una posición desigual y con un mayor poder económico para entablar relaciones laborales y comerciales con los demás. La llegada masiva de campesinos a las ciudades profundizó la competencia laboral hasta el extremo, permitiendo que muchas personas se sometieran prácticamente a una servidumbre en favor de sus empleadores.

Así, las condiciones de desigualdad, vulnerabilidad y explotación llegaron a su punto álgido a mediados del siglo XX, con el período que transcurrió entre y durante las dos grandes guerras mundiales. Fue por aquellos años que el paradigma del Estado del *laissez-faire* se resquebrajó frente a una realidad que demandaba un cambio de perspectiva. La igualdad formal pasó a ser condición necesaria, mas no suficiente para la vida en comunidad. Los sectores postergados comenzaron a exigir del Estado una política activa y proteccionista que paliara los efectos de la desigualdad sistémica y se esforzara por alcanzar una igualdad real de oportunidades entre las personas. De tal manera que, aunque la esencia de la idea de igualdad no cambió, lo que mutó fueron las condiciones necesarias para que esa igualdad se haga efectiva.

Así, la concepción de una igualdad “formal” que requería un Estado no invasivo ni intrusivo en las relaciones laborales, económicas y sociales, transmutó en un paradigma dominado por la igualdad “real” de oportunidades, donde el Estado debía asumir un compromiso activo para garantizar el equilibrio de poder en las relaciones configuradas sobre la base de un sistema altamente desigual.

Todo este transcurrir histórico de la sociedad se vio reflejado naturalmente en el mundo del derecho y las regulaciones normativas de las relaciones interpersonales. De este devenir jurídico histórico nace la ya clásica clasificación cronológica de apari-

ción de los derechos en primera, segunda y tercera generación.

La primera generación de derechos, marcada por las ideas de libertad e igualdad formales, se expresó en el reconocimiento constitucional de derechos civiles y políticos. Una segunda generación, a partir del surgimiento de las ideas impulsoras de la igualdad real de oportunidades, se patentizó en el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y laborales. Y finalmente, la tercera generación de derechos que, respondiendo también a las exigencias sociales de los últimos años del s. XX, cristalizó los derechos colectivos o comunitarios.

Haciendo un repaso por lo ocurrido en Argentina notamos que la igualdad también atravesó estos cambios de paradigma en el plano constitucional. Así, la Constitución de 1853 hacia propia una idea de igualdad formal cuando en el artículo 16 disponía que:

Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Aunque este artículo mantuvo su redacción original (excepto por el cambio “Confederación Argentina” por “Nación Argentina”) la reforma constitucional de 1994 incorporó algunos conceptos que introdujeron ideas propias de la segunda generación de derechos. Estos preceptos exigían al Estado un mayor compromiso y un papel activo en el objetivo de lograr ya no una igualdad formal ante la ley, sino una igualdad real de oportunidades. Un claro ejemplo de ello es el impacto que esta doctrina tuvo en el plano electoral, así, el nuevo art. 37 pasó a establecer “(...) La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

Por el mismo camino han transitado los diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos suscriptos por la República Argentina con jerarquía constitucional. Por mencionar algunas de las normas:

CADH. Artículo 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

La Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Así, la relación entre el principio de igualdad que venimos desarrollando y el derecho de daños está dada por el programa constitucional en materia de igualdad que el derecho de daños debe respetar. “El derecho de daños no debe beneficiar o perjudicar a personas que están en idénticas circunstancias, y debe procurar dar a cada uno lo suyo. Una determinada regla que restrinja los derechos indemnizatorios de un determinado grupo, sin que tenga una razonable reglamentación, será inconstitucional (a fortiori si hablamos

de los grupos especialmente protegidos por la Constitución, tales como mujeres, niños, ancianos, consumidores, casos en los que el escrutinio sobre el derecho de daños será más estricto) (...) Situaciones en las que el derecho de daños priva a algunos de lo que concede a otros, que puede parecer una hipótesis de laboratorio, se dan con absoluta frecuencia en la práctica” (23).

De modo que surge evidente que el principio de igualdad ante la ley y el derecho de daños están vinculados directamente por la idea de una indemnización justa. Como veremos a continuación, una indemnización no puede llegar a ser justa si, ante las mismas circunstancias, el derecho prevé distintas reparaciones. Sobre los límites a la responsabilidad, la Corte Suprema en el caso “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos”, se expresó sosteniendo que “(...) los límites a la responsabilidad deben resultar de la letra expresa de la ley, y dichos límites son válidos siempre y cuando el criterio de distinción establecido por el Congreso para fundar la excepción al régimen general obedezca a fines propios de su competencia y la potestad legislativa haya sido ejercida de modo conducente al objetivo perseguido”.

Desde otro punto de vista, la igualdad también penetra en las reparaciones debidas con motivo de las expropiaciones por causa de utilidad pública. Para ejemplificar, podemos mencionar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca ‘Las Pavas’ s/ expropiación”, cuando sostuvo que “El concepto de indemnización que utiliza nuestra Constitución es más amplio que el de “precio” o “compensación” y recuerda el lazo esencial entre el instituto expropiatorio y el principio de la igualdad ante las cargas públicas. Se trata de que la sociedad distribuya entre los ciudadanos lo que exceda la cuota de sacrificio que cabe al expropiado por la privación de un bien en beneficio común”.

En conclusión, el principio de igualdad y el derecho a la reparación están vinculados. De manera genérica, porque el derecho a la reparación debe cumplir con las exigencias que el principio de igualdad expresa en la normativa constitucional. Y de forma específica, porque las restricciones y regulaciones normativas del derecho a la propiedad y del derecho a la reparación integral deben tener en cuenta siempre la igualdad de las personas ante la ley y la igualdad de oportunidades, a efectos de no incurrir en disposiciones injustamente discriminatorias.

#### IX. El bloque de constitucionalidad y el derecho a una indemnización justa

Iniciamos el análisis partiendo de la existencia de un bloque de constitucionalidad en la cúspide del ordenamiento jurídico argentino, que surge de la comprensión sistémica de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la CN, y por el cual cabe asignar la misma jerarquía normativa a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de Derechos Humanos sancionados, según las disposiciones antes mencionadas.

Asimismo mencionamos que el derecho a la reparación no está regulado de manera expresa y literal en la Constitución Argentina. Solo encontramos regulación de este derecho en el ámbito nacional, para los casos singulares establecidos en los arts. 15, sobre abolición de la esclavitud, y 17 de la CN, sobre expropiación por causas de utilidad pública.

Por otro lado, si observamos el plano de los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Argentina, es facti-

(22) JUÁREZ FERRER, Martín, ob. cit., p. 134.

(23) Ibidem.

ble hallar disposiciones que refieren a otras circunstancias en las que se reconoce un derecho a una reparación o indemnización. Por ejemplo, los artículos 10, 21 inc. 2 y 68 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen:

*Artículo 10. Derecho a Indemnización.*

*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.*

*Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada.*

*2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

*Artículo 68*

*2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.*

Lo mismo ocurre cuando nos detenemos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado y ratificado por Argentina en el año 1986. En efecto, el mencionado tratado dispone en sus artículos 9.5 y 14.6 lo siguiente:

*Artículo 9.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*

*Artículo 14.6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.*

En estos casos, regulados por la normativa nacional e internacional, se establecen supuestos de responsabilidad estatal, y concurrente deber de indemnización, cuando por la forma de proceder del Estado se derivan daños en los particulares. Ahora bien, identificados los artículos de la Constitución argentina que refieren a un posible derecho a la reparación, y habiendo hecho lo propio respecto de la normativa inserta en los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, resta entonces analizar los alcances del derecho a la reparación y evaluar si existe alguna condición o estándar mínimo que deba cumplirse al momento de hacer efectivo.

En diferentes artículos de las normas legales nacionales e internacionales se utilizan fórmulas como “justa” (artículo 21 de la CADH) o “conforme a la ley” (art. 10 de la CADH; y el art. 14.6 del PIDCyP) para adjetivar la indemnización debida. Parecería a simple vista que, entonces, la mera existencia de una indemnización —a secas— no alcanza para cumplir con los mandatos constitucionales y compromisos internacionales.

Distintos autores, como Juárez Ferrer, a quien hemos tomado como referencia, se han cuestionado acerca de cómo se produce el paso de un derecho a la reparación, tal como dispone el art. 15 de la CN, a un derecho a la reparación calificado por la inte-

gralidad de tal reparación. El mismo autor explica que “*Tal paso no lo provee el art. 15 de la CN, sino la conjunción de otras varias normas de nivel constitucional (...), es importante resaltar la consecuencia de la existencia de un derecho a la reparación aún para el aberrante caso de existencia de esclavos en que el dueño se ve privado de esta “propiedad”: la existencia de este derecho implica que ningún daño puede dejar de ser reparado. Luego se verá qué estándar debe satisfacer el resarcimiento, pero el art. 15 de la CN importa que no es constitucional que a quien sufre un daño jurídico se le prive de indemnización” (24).*

Asimismo, y aunque los requisitos que debe cumplir una indemnización para ser justa no están consignados en la normativa, la jurisprudencia ha emprendido la labor de establecer cuáles son los elementos necesarios para considerar una indemnización como justa o conforme a la ley. Así, en el caso “U.N.I.R.E.C. c/ Ramos E. Iglesias E. y ot. s/expropiación”, el dictamen de la Procuración Fiscal de la Nación recuerda “*la jurisprudencia del Tribunal fue construyendo el principio de “justa indemnización”, que exige que se restituya integralmente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características (Fallos: 305:40, considerando 4º y sus citas)*”.

A su vez, la Corte Suprema en el caso “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca “Las Pavas” s/ expropiación” sostuvo que: “*13) Que por ello esta Corte ha dicho que la indemnización debe ser justa por exigencia constitucional, condición que en palabras de Joaquín V. González, “no ha sido jamás puesta en duda” (Manual de la Constitución Argentina, n° 127, pág. 142). Ese requisito se satisface cuando es íntegra, es decir, cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además, los daños y perjuicios que son consecuencia directa e inmediata de la expropiación (Fallos: 268:112 entre muchos otros)*”.

De estas referencias se desprende, por un lado, que una indemnización justa no es lo mismo que una indemnización integral y, por otro lado, que existen ciertos elementos necesarios para poder calificar a una indemnización como justa. Como menciona Juárez Ferrer: “*reparación integral es aquella que tiende a priori (aun cuando en el caso concreto ello sea difícil de conseguir y no siempre se logre) a la recomposición completa del estado de cosas previo al suceso dañoso sufrido por una persona. (...) Una indemnización justa es, entonces, integral, pues tiende a la reparación completa de todos los daños jurídicos sufridos. (...) Una persona puede obtener la reparación completa o no de los daños que ha sufrido en virtud de la conducta de otra persona siempre y cuando haya razones relevantes para atribuir tales consecuencias dañosas a otro. Una reparación que no es completa por resultar atribuible una porción, una parte de las consecuencias dañosas a quien es, al mismo tiempo, víctima de un daño, sigue siendo justa. La indemnización se torna injusta cuando las razones para recortar el resarcimiento de la víctima son exógenas, esto es, ajenas a la construcción de aquello que la doctrina llama daño injusto y que en el capítulo anterior he llamado también daño jurídico” (25).*

De tal forma que una indemnización justa debe ser integral, pero la integralidad no es condición suficiente para que una indemnización sea justa. Para que esto último ocurra, la indemnización debe procurar volver

la persona al estado previo al evento dañoso; y para ello, deberá recomponer los daños patrimoniales y morales ocasionados. Por ello, como sostuvimos previamente y consonancia con la opinión de la Corte Suprema, limitar la reparación de los daños directos e inmediatos por circunstancias que nada tienen que ver con el daño injustamente sufrido, es a priori, una violación del principio de justa indemnización.

## X. Consideraciones finales sobre el fundamento de la jerarquía constitucional del derecho a la reparación

A lo largo del presente trabajo hemos realizado un breve repaso por las modificaciones ocurridas en el derecho argentino, desde la reforma del actual Código Civil y Comercial, y con relación al derecho a la reparación integral. En este proceso la constante referencia a los antecedentes históricos de los derechos a la propiedad, a la igualdad y, en general, a la dignidad humana están vinculados a la pretensión de poner en evidencia las causas y razones que dan forma a la actual configuración del derecho a la reparación integral. En este sentido, los alcances y los significados que este derecho comprende en la actualidad no son sino un fiel reflejo de los paradigmas históricos que ha atravesado el ordenamiento jurídico argentino a lo largo de las tres generaciones de aparición de derechos.

Es por ello que decidimos iniciar nuestra labor tomando como referencia el fenómeno de la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*. En consonancia, según expusimos, fue este el proceso que terminó por vincular el derecho de daños al proceso histórico-constitucional. A través de la *constitucionalización*, el derecho civil dejó de ser una esfera aislada y separada del historicismo constitucional y pasó a ser espejo de las conclusiones jurídico-políticas arribadas desde la primera Constitución de 1853 hasta su última reforma en 1994. Esto se evidenció en el reiteradamente citado caso “Grippo”, específicamente en el voto de los Sres. jueces Maqueda y Rosatti que afirmaron “*Las normas previstas en el Código Civil, reglamentarias del principio constitucional alterum non laedere consagran la reparación integral del daño —en sentido similar, art. 1740 del actual Código Civil y Comercial de la Nación—, cuyo norte es procurar la justa reparación de todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio o en sus derechos o facultades y en ese marco, la conducta de la víctima sin incidencia causal no puede menoscabar su derecho a ser resarcido en forma plena” (26).*

De esto último se desprende asimismo que, a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es preciso llevar adelante el ejercicio de repensar y reconstruir el derecho a la reparación integral bajo la perspectiva brindada por la última reforma constitucional. Y en dicha tarea es manifiesto que no alcanza con ceñirnos a las normas específicas referidas a indemnización o reparación como derecho, sino en general a la idiosincrasia jurídica que la Carta Magna adopta. De modo que, una vez más, es preciso reconfigurar el derecho a la reparación integral a la luz de la interconexión entre el derecho privado y el derecho constitucional en general.

Es así que, al abocarnos al estudio del derecho a la reparación integral desde la perspectiva constitucional advertimos, en primera medida, que las cuestiones normativas que regían esta prerrogativa no deben buscarse solo en la Constitución Argentina, sino también en los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Esta lógica plantea la existencia de un *bloque de constitucionalidad*; y este tiene su fundamento normativo a partir del

art. 75 inc. 22 sancionado en la última reforma constitucional.

A través del análisis de la normativa mencionada, nos permitimos afirmar que el derecho a la reparación se desprende de manera directa del principio *alterum non laedere* (o principio de no dañar a otro) consagrado en el art. 19 de la CN; y aunque no posee una norma específica que regule esta prerrogativa en términos textuales, sí es posible encontrar casos particulares y normas que refieren a la misma, como lo son los arts. 15 y 17 de la CN, pero también los artículos 10, 21 inc. 2 y 68 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros compromisos internacionales asumidos por Argentina. Es por ello que, para una eventual abolición de este derecho no alcanzaría simplemente con la derogación del art. 19 de la CN.

Finalmente, en el abordaje acerca del alcance y los significados de este derecho a la reparación concluimos que, según se sigue de la normativa y de la jurisprudencia citada sobre el tema, el derecho a la reparación adquiere características particulares en el ordenamiento jurídico argentino. Así, las diferentes denominaciones “reparación justa”, “reparación integral”, “reparación debida”, entre otras, se encuentran vinculadas a una misma prerrogativa inherente al ser humano: el *derecho a la reparación del daño*. Este derecho entonces representa la obligación de —en la medida de lo posible— volver al sujeto damnificado a su estado patrimonial y espiritual previo al acaecimiento del daño. A los efectos de una comprensión clara, debemos tener presente que el concepto de *daño* que corresponde tomar como base es aquel de una comprensión laxa del término y, como tiene dicho la Corte Suprema, “*abarca la protección de todo interés no reprochado por la ley, indemnizar es, en suma, eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento. Ello impone que la indemnización debe ser “integral” —que vale tanto como decir “justa”—, porque no sería acabada indemnización si el daño y el perjuicio quedaran subsistentes en todo o en parte.*

En definitiva, la amplia temática del derecho de daños y su resarcimiento, propia del derecho Civil y comercial argentino, con sus numerosos fallos en la materia, debe necesariamente tener su anclaje amplio y plural en los principios y reglas del Derecho constitucional y los tratados internacionales que ponen el acento en una reparación integral conforme las nuevas perspectivas que atraviesan los conflictos humanos, donde sus soluciones deben acercarse al reclamado pedido de justicia.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1158/2023

### Más información

[Contrera, Gabriel A. - Imaz, Joaquín A.](#), “La necesidad de tasas de interés positivas en los procesos judiciales. El replanteo de un problema conocido, desde el paradigma de la reparación integral”, JAPatagonia 2022 (septiembre), 2, JA 2022-III, 630, TR LALEY AR/DOC/2539/2022

[Ritto, Graciela B.](#), “La responsabilidad por omisión con fundamento en la ley 26.944 y la consecuente reparación integral”, LA LEY 28/04/2022, 4, TR LALEY AR/DOC/1361/2022

### Libro recomendado

[Código Civil y Comercial. Comentado y Anotado](#)

Autores: Calvo Costa, Carlos A. - Heredia, Pablo D.

Edición: 2022

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(24) *Ibidem*, p. 53.

(25) *Ibidem*, p. 137.

(26) Fallos: 344:2256.

## Nota a fallo

### Concurso preventivo

#### Homologación de acuerdos. Facultades del juez. Acuerdos abusivos

1. - Aun con las conformidades acompañadas, las propuestas formuladas por la concursada resultan a todas luces abusivas y la homologación de un acuerdo celebrado en estas condiciones importaría para la concursada liberarse de sus deudas pendientes mediante pagos insignificantes, al sacrificar a los acreedores en forma innecesaria en el recupero de los créditos, dejando incluso expuestos los bienes que surgen del informe general —muebles y rodado— a una desvalorización permanente por el transcurso del tiempo.
2. - La consideración de una propuesta como fraudulenta o abusiva es cuestión que debe apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y, particularmente,

atendiendo a las distintas órbitas de intereses comprometidos. Algunos sujetos deben resultar merecedores de la protección que la ley dispensa, en tanto se hallen expuestos a experimentar daños generados por el obrar abusivo o fraudulento de su deudor concursado.

3. - Aun si se considera el texto del art. 52 LCQ, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales, pues al emitir pronunciamiento sobre la homologación del acuerdo, en todos los casos y aun en ausencia de cuestionamiento sobre el particular, se encuentra constreñido a evaluar si la propuesta conlleva abuso o fraude, situación frente a la que deberá denegar la homologación.
4. - El juez es parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero contro-

lador de su corrección formal, ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo no solo sobre la base de su conveniencia económica —respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros— sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso hacia los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuando menos, un magro dividendo.

**CNCom., sala F, 28/03/2023. - Salem, Jaime Víctor s/ Incidente art. 250.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/22165/2023]

#### Jurisprudencia vinculada

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 14, 03/05/2021, "Romario SRL s/ concurso preventivo", TR LALEY AR/JUR/21135/2021; Cámara Nacional

de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 30/04/2004, "Arcángel Maggio", TR LALEY AR/JUR/732/2004

#### Contexto doctrinario del fallo

MONTI, José L., "El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso", TR LALEY AR/DOC/20612/2001; PORCELLI, Luis A., "No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley", TR LALEY AR/DOC/5373/2001

#### Costas

A la vencida.

Véase el texto completo en p. 9

# ¿Cuál es el límite en el control de abusividad de una propuesta concursal?



## Alexis M. Marega

Abogado (UCSF). Doctorando en Ciencia Jurídica (UCSF). Diplomado Internacional en DDHH (UCC) y en Razonamiento Legal Aplicado (USP-T). Profesor de Derecho Civil parte General (UCSF) y Concursos y Quiebras (UES21). Director del Instituto de la Empresa (UCSF). Investigador categorizado (UCSF).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El caso en análisis.— III. La finalidad de la protección jurisdiccional.— IV. La naturaleza jurídica del concordato.— V. Concluyendo.

### I. Introducción

La reforma concursal del año 1995 trajo consigo la eliminación de las disposiciones referidas a la facultad del juez del concurso de efectuar un control de abusividad más allá del simple control de legalidad, pretendiendo convertir al magistrado en lo que Maffia denominó un "cuentapropistas".

Inmediatamente después de entrada en vigencia la ley 24.522, la jurisprudencia dio muestras de resistir a la interpretación taxativa de la ley (1) y la doctrina acompañando armónicamente tal postura (2).

Así, se terminó por configurar la premisa de que el juez debía homologar el acuerdo preventivo siempre que este no trastoque los elementos estructurales del acto jurídico; es decir, que no esté prohibido o sea de cumplimiento imposible, contrario a las buenas costumbres o perjudique derechos de terceros, según las conocidas pautas de los arts. 953, 1071 y 1198 del Código Civil vigente en aquella época. Este límite adecuado fue establecido por la jurisprudencia y profundizado por la doctrina (3) pese al texto de la ley 24.522 que no otorgaba al

juez facultades para el análisis de mérito del acuerdo.

En las reformas introducidas a la ley falimentaria en el turbulento año 2002 —en lo que aquí interesa— el art. 17 de la ley 25.589 modifica el art. 52, LCQ, incorporando "micromodificaciones" que cambian la interpretación y los alcances de las facultades del magistrado. Se agrega el inciso 4, finalizando con casi una década de debates jurisdiccionales y doctrinarios sobre los alcances judiciales en la homologación: "en ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley"; e incorpora la posibilidad de la homologación, aun cuando no se obtuvieron las mayorías mínimas en todas las categorías, bajo el instituto del *cramdown power*, mediante el inc. 2, subinc. b): "si no se hubieran logrado las mayorías necesarias en todas las categorías, el juez puede homologar el acuerdo, e imponerlo a la totalidad de los acreedores quirografarios, siempre que resulten reunidos la totalidad de los siguientes requisitos..."

Así formulada la norma, en caso de propuesta única, el juez homologará el acuer-

do salvo que exista abuso del derecho o fraude a la ley; y cuando existan categorías con diversas propuestas, si no se alcanzan las mayorías, existirá la facultad judicial de imponer el acuerdo a aquella categoría disidente, siempre a pedido del deudor y cuando tampoco se haya configurado abuso o fraude.

Motivados por el comentario que merece el reciente fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Comercial, sala F, en el caso "Salem s/ concurso preventivo - hoy quiebra", donde los magistrados han confirmado el rechazo a la homologación efectuado por el juez de grado, se analizarán cuáles son los límites de las facultades homologatorias del juez concursal, buscando para ello comprender la finalidad de la norma.

### II. El caso en análisis

En fecha 28 de marzo de 2023 la sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial dictó un fallo confirmando el rechazo de la homologación solicitada por una persona humana concursada, que había obtenido el acompañamiento del 97,61% del capi-

tal quirografario, representativo de las 2/3 partes de los acreedores.

Los magistrados y la magistrada, luego de efectuar un repaso sobre la posición —unánime a esta altura— de la jurisprudencia en torno a las facultades homologatorias de los jueces concursales, se aboca a analizar el caso subido en revisión, argumentando que la consideración de una propuesta como abusiva o fraudulenta es cuestión que debe apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y, particularmente, atendiendo a las distintas órbitas de intereses comprometidos. Queda claro que esa apreciación debe tener, por lo tanto, un contenido concreto.

El deudor había propuesto una forma de pago que implicaba una espera de seis meses para el cobro de la primera cuota y un plazo de cinco años para cobrar el 40% del capital nominal, sin actualizaciones monetarias ni indexación, con una tasa de interés baja anual, inferior a la tasa que aplica el fuero en sus sentencias y a un tipo de cambio menor al oficial, en un contexto de alta inflación imperante en el país.

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNCom., sala C, "La Naviera", 27/10/1995, DSC 169-616: "Si bien el artículo 52, ley 24.522 dispone que 'no deducidas las impugnaciones en término o rechazadas las interpuestas, el juez dictará resolución homologatoria del acuerdo en el plazo de diez días', sin embargo resulta improcedente interpretar dicha norma en la inteligencia según la cual el juez se encontraría constreñido en todos los casos en forma absoluta e irrestricta a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado favorablemente por las mayorías legales requeridas, toda vez que el sentenciante conservaría siempre la potestad de realizar un control que

trasciende la mera legalidad formal, en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad (vgr. arts. 953 y 1071 CCiv), ya que de otro modo el magistrado estaría renunciando a cumplir con los deberes propios de la función jurisdiccional".

(2) RIBICHINI, G., "Acuerdo preventivo judicial", Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 112 expresaba: "... el art. 52 resultante se ubicó en las antípodas del reemplazado art. 61. En un bandazo típico de nuestra ciclotimia colectiva, pasamos del abrumador elenco de pautas y criterios que el magistrado debía considerar al momento de evaluar el acuerdo, a un lacónico texto en cuya

virtud —de rechazarse las impugnaciones, o en ausencia de ellas— se lo conminaba a homologar..."; por su parte, Maffia —uno de los críticos más altisonante de la nueva reforma—, señalaba: "venimos de recordar la antojadiza ocurrencia del legislador modelo 1994/1995, al que le pasó fugitivamente por su cabecita loca (sic) suprimir la homologación, y la suprimió. Lo convenido por el deudor y acreedores era suficiente si se alcanzaron tales y cuales mayorías. Al juez lo único que le compete es, calculadora en ristre, sacar las cuentas...". MAFFIA, O., "La homologación en la ley 24.522 modificada por la ley 25.589," La Ley, 3/9149.

(3) RIBICHINI, G., "El juez frente a la homologación

del acuerdo. Ni 'apocalípticos' ni 'integrados'," LA LEY, 1997-E, 243; GRISPO, J., "Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras 24.522", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 192; ROUILLON, A., "Regimen de concursos y quiebras", Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 159; MAFFIA, O., "Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (II)," LA LEY, 1995-D, 1256; CONIL PAZ, A., "Retorno de la homologación del acuerdo preventivo," ED 175, 1998; DASSO, A., "El límite mínimo de la propuesta de quita y espera," LL Suplemento de Concursos y Quiebras (diciembre de 2001); MOSSO, G., "El juez concursal ante la homologación del acuerdo preventivo," ED 176, 1998, entre muchos otros.

La solución arribada, que se encuadra dentro del paradigma interpretativo imperante en el derecho concursal argentino, luce como ajustada a derecho y no merece mayores comentarios que los dados por la Sala revisora.

Sin embargo, de los argumentos volcados se desprenden elementos que serán tomados para profundizar el análisis sobre la abusividad de una propuesta concursal. Veamos.

El concurso preventivo que aquí se analiza contaba con tan solo tres acreedores, dos de los cuales habían aceptado la propuesta concordataria, y cuyo crédito representaba —en conjunto— más del 97% del capital quirografario. Este dato nos lleva a preguntarnos: ¿puede un juez concursal declarar fraudulenta una propuesta que es aceptada por la totalidad de los acreedores?, ¿a qué refiere el “orden público” que dice proteger?, ¿hasta dónde las facultades judiciales pueden inmiscuirse en el acuerdo entre todas las partes?, ¿cómo se debe interpretar la “protección de otros interesados como la sociedad y el comercio” que manifiesta la Sala?

### III. La finalidad de la protección jurisdiccional

En el *leading case* “Lineas Vanguard” (4) se ha sostenido que los magistrados siempre se encuentran facultados —y aun constreñidos— a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor.

Ya no existe controversia en que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad, cuyo principio quedó plasmado en el art. 52, inc. 4, al imponer al juez la obligación de no homologar “en ningún caso una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.

Truffat, con cita en Orgaz, ha sostenido que una definición de abuso del derecho, comprensiva de los perfiles actuales que han sido asignados al instituto como ser la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal que contraría los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres (5).

Y con astucia, Richard advertía que las expresiones “abuso del derecho” y “fraude a la ley” son usadas muchas veces conjuntamente, aunque representan ideas diferentes, pues se habla de abuso de derecho o fraude en general para evitar problemas, porque más de una situación algunos la ta-

charían de abusiva y otros de fraudulenta. Señala que la conexidad entre ambos términos es intensa, y ejemplifica: “cuando alguien se presenta en concurso no estando en cesación de pagos, ¿es abuso de derecho o fraude a la ley? Parece que es fraude a la ley, porque se soslaya la aplicación del artículo 505 del Código Civil (arts. 730 y 731, CCyC), que impone que mientras no haya cesación de pago, los acreedores ejercerán libremente sus derechos. Y el principal objetivo del derecho concursal es evitar la acción individual imponiendo la concurrencia, la universalidad, principio troncal en el proyecto forjado por Alegria y otros que dio origen a la ley 19.551 y sus reformas, y cada vez más deshojada en la actualidad” (6).

Resulta importante advertir el concepto de “finalidad de la norma” que ambos concursualistas incorporan al análisis del abuso del derecho. Para Vítolo, el abuso del derecho rescata la teleología de las normas y le da un valor específico muy importante cuando se trata de aplicarlas en casos de conflicto (7), pues, como resalta con mucha lucidez Jalom, no se debe olvidar que la configuración del abuso debe verse desde una perspectiva concursal considerando que, como consecuencia del acuerdo, serán los acreedores los que asumirán las pérdidas de los deudores, lo que no puede admitirse que exceda de lo razonable (8).

Ello, en tanto, al homologar un acuerdo preventivo, el juez concursal hace exigible el sacrificio ajeno trasladando a los acreedores las pérdidas —en el caso— de los deudores, y este avance sobre el derecho patrimonial de los primeros está justificado cuando se hace a fin de que los segundos superen su estado de cesación de pagos, empero siempre en un marco de equilibrio y esfuerzo compartido (9).

Ahora, ¿qué sucede cuando todos los acreedores verificados o admitidos manifiestan su voluntad de aceptar una propuesta concordataria? Aquí se reputa como necesario interpretar qué es lo que realmente quiere proteger la ley al otorgarle las facultades de control en la homologación del acuerdo preventivo.

Para contextualizar el análisis que se pretende efectuar, supongamos que la misma propuesta que en el fallo analizado fue rechazada por el tribunal (10) hubiese sido aceptada por todos los acreedores, sumando por lo tanto el 100% del capital quirografario. En esta hipotética circunstancia la situación habría sido evaluada por cada uno de los acreedores en torno a su conveniencia personal y entraría en juego no solo el cobro de las acreencias, sino también la posibilidad de mantener el vínculo comercial que los une, la necesidad de seguir produciendo, e incluso la circunstancia de que la concursada sea la única o más grande cliente de alguno de los acreedores.

Esto es, la realidad comercial de cada uno de los acreedores puede dar lugar a

variados análisis que efectuará cada uno al momento de decidir si adhiere a la propuesta efectuada; y que en el concepto de “conveniencia” no entra solamente la comparativa numérica entre “lo que se debe y lo que se paga”, sino un conjunto de elementos que hacen al natural desenvolvimiento de los negocios.

En esta circunstancia estaríamos ante un concursado que, a la luz de los elementos siempre dogmáticos con los que cuenta la magistratura judicial, ofrecería una propuesta a todas luces mejorable, pero que sin embargo es aceptada por cada uno de los acreedores, reconociendo incluso su interés en realizar ese “esfuerzo”, probablemente no-equitativo entre el deudor y ellos; aunque permite continuar una explotación económica, reintegrar a la deudora al mercado comercial y poner nuevamente en movimiento el ciclo económico de la localidad en la cual se desarrolla. ¿Es posible en estas circunstancias que el juez rechace la homologación del acuerdo preventivo?

Para poder contestar esta pregunta, entendemos pertinente explorar la naturaleza jurídica del concordato y así lograr comprender qué protege, pretende y logra dentro de un proceso concursal.

### IV. La naturaleza jurídica del concordato

A pesar de la generalizada creencia en la doctrina sobre la inutilidad del análisis (11), para comprender los aportes que este realiza a los objetivos concursales y cómo una instancia tan sustancial del proceso es clave para lograr los fines de la ley, haremos un repaso sobre las diferentes posturas doctrinarias al respecto.

En esta inteligencia resulta relevante considerar el pensamiento de Belfer, al cual adherimos, que ha sustentado el afán por encontrar la naturaleza jurídica del concordato: “Yo creo que, en realidad, ninguna institución jurídica puede conocerse sin entender su naturaleza; y que, el derecho, cuando no se basa inmediatamente en la naturaleza íntima de sus institutos, es solo una colección de casos, es una recopilación, es un museo, pero no una ciencia, ni un sistema” (12). El referido autor insiste en el estudio de la naturaleza jurídica, haciendo una exquisita comparación, al sostener que “quienes profesan el derecho y no conocen las inquietudes del que quiere conocer en cada caso la naturaleza de las instituciones, me parece que son como los músicos, capaces de tocar de oído, lo que ya han escuchado, repitiéndolo según su memoria o habilidad... en cambio el que conoce los fundamentos de la institución, es como el que conoce la teoría de la música, y que puede ejecutar cualquier pieza aunque no la haya oído nunca” (13).

La doctrina se clasifica en contractualistas, procesales (o concursualistas) y los que postulan que se trata de una obligación legal. Entre los primeros se posicionan los

clásicos, quienes sostienen que el concordato es siempre en su sustancia económica una transacción entre deudor y acreedores, por lo cual la ley mantiene firme el principio que, como cualquier contrato, también la aprobación del concordato debe depender del consentimiento de los acreedores, manifestando con la tradicional doble mayoría de número y de suma (14).

Otros autores, de la talla de Massimo Ghidini y Ragusa Maggiore, niegan el valor de propuesta contractual a la instancia del deudor, que individualiza como el acto que pone en movimiento el mecanismo judicial del concordato, cuya naturaleza procesal es obligada. Consagran de esta forma la naturaleza concursualista del concordato, que no niega la bilateralidad de las concesiones ni la onerosidad del concordato pero tiene especial consideración a la homologación a instancia judicial, que le otorga al convenio de mayorías el rango de concordato (15).

En idéntico sentido Maffía explica que el “concordato era un instituto que, a lo largo de un proceso... se conformaba en función de tres momentos característicos... a saber: propuesta del deudor, voto favorable de los acreedores y la homologación por el magistrado” (16).

Por su parte, Alarcón Rojas entiende que el concordato es un “negocio jurídico celebrado dentro de un proceso y que requiere como solemnidad la aprobación judicial” (17). Argumenta que la existencia de un proceso para la celebración del negocio en su seno persigue integrar a los acreedores de tal manera que constituyan una colectividad frente a cada uno de ellos individualmente considerados.

Si nos posicionamos en la idea de que el acuerdo preventivo es un contrato, poco margen de maniobra dejará para la actuación judicial quien no tiene más que analizar la legalidad del acto. Aunque la praxis tribunalicia indique que el margen de legalidad, incluso sin caer en las zonas grises de esta, no siempre se traduce en justicia. Así, pueden observarse acuerdos preventivos homologados que han castigado fuertemente a los acreedores con quitas muy altas y esperas sin intereses, sin salirse del margen de legalidad que plantea la ley concursal. En caso aquí analizado es un ejemplo práctico de una propuesta que se encuentra dentro de los márgenes legales (en términos numéricos: cantidad de acreedores y capital quirografario de adhesión a la propuesta) pero que se reputa como abusiva.

En cambio, si la tesis de la naturaleza jurídica como proceso es demostrada y aceptada, la concatenación de actos cumplidos de manera taxativa conllevaría a su homologación, aunque nuevamente caben las observaciones efectuadas en el párrafo anterior. El álea es muy grande si tenemos en cuenta que uno de los principales objetivos del proceso concursal es la protección

(4) CNCom, sala C, “Lineas Vanguard SA s/ concurso preventivo”, 04/09/2001, LA LEY, 2002-A, 394.

(5) Cfr. TRUFFAT, D., “Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (LC 52, inc. 4)”, ED 198:762

(6) RICHARD, E. “¿Abusos en el proceso concursal?”, LA LEY, 2009-A, 907.

(7) VITOLLO, D. “Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 20.

(8) JALOM, D. “El activismo judicial y las facultades homologatorias del juez concursal frente a acuerdos abusivos”, en ALEGRÍA, H., “Insolvencia I”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 218.

(9) Cfr. MAREGA, A. “El (des)privilegio de ser accionista: Algunas facultades homologatorias del juez concursal ante un fraude a la ley”, LA LEY, 2022-D, 408.

(10) La propuesta en “Salem s/ concurso preventivo” consistía en el pago del 40% del monto verificado en 10 cuotas semestrales y consecutivas, veniendo la primera de ellas a los seis meses siguientes a la fecha de homologación del acuerdo preventivo. Ofreció el pago de intereses sobre cada cuota y pagadera juntamente con la misma igual a 2 veces la “Federal Funds Rate” (tasa de interés anual para encajes de la banca privada en la Reserva Federal de los Estados Unidos), con una relación de u\$s 1 = \$119.

(11) Cfr. DI MARZIO, F. “Introduzione al concordato preventivo”, Ratio Iuris, aprile 2020, p. 1. En similar sentido, CÁMARA, H. “El concurso preventivo y la quiebra”, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 793, sostuvo que “el problema de la naturaleza jurídica del convenio ha suscitado amplia polémica doctrinal —como

repetimos—, quizá desmesurada, sobre todo si se tiene en cuenta que tratándose de una figura que tiene su más remoto antecedente en el marco del *ius honorarium*, su régimen jurídico ha de venir siempre condicionado por las exigencias impuestas por la realidad económica a la cual sirve, más que por las derivadas de la categoría dogmática en que se encuadre”. CARRIÓ, G. “Notas sobre derecho y lenguaje”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 75, ha sido contundente al consignar que “las afanosas pesquisas de los juristas por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso, entre otras razones porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Los juristas persiguen lo imposible: una justificación única para la solución de todos los casos que caen bajo un determinado conjunto de reglas y

aspiran a hallar un último criterio que valga para todos los casos”.

(12) BELFER, F. “Ensayo acerca de la naturaleza jurídica del concordato”, Revista del Colegio de Abogados de Rosario VII, mayo-agosto, 1936.

(13) *Ibidem*.

(14) WILLIAMS, R. “El concurso preventivo”, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, ps. 225 y 233.

(15) JUNYENT BAS, F. “La homologación judicial otorga al convenio de mayorías el rango de concordato”, tesis, Universidad de San Pablo, 2012, p. 38.

(16) MAFFÍA, O. “Manual de concursos”, La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 254.

(17) ALARCÓN ROJAS, F. “Notas sobre el acuerdo recuperatorio en Colombia”, *Revista de derecho privado*, N° 2, 1997, p. 133.



de la economía general, de los créditos de los acreedores y del funcionamiento general de la sociedad. La cadena de pagos se recupera, pero los costos suelen ser mal soportados por sujetos que, apartándose de la *teoría del esfuerzo compartido*, deben cargar con las pérdidas de un negocio empresarial que le es ajeno.

Sin perjuicio de ello, no podemos descartar ninguna de las reflexiones que se han realizado en las diversas teorías analizadas, pues todas ellas aportan una visión, una manera de entender el concordato desde la posición en la cual se la está analizando; y sin embargo todas ellas no se encuentran erradas ni mucho menos, sino que su entendimiento es completo desde el ámbito en el cual fueron analizados y recabada la información que se utilizó para arribar a las conclusiones (18).

Si comprendemos que una ley es la expresión de un deber con carácter permanente, y su auténtico sentido moral está en la perspectiva de liberación que plantea, entonces el valor de la ley está en su finalidad. En cada ley —al abordarla e interpretarla— hay que descubrir el espíritu, el valor que impone o protege, y como tal ese espíritu puede encontrarse dentro o fuera de la ley. Afirmará Vítolo que el proceso de análisis e interpretación debe adentrarse en el sentido último, en el espíritu de la ley, con el objeto de poder descubrir cuál es la finalidad o el bien que persigue o que protege (19).

Entonces, esa finalidad excede con creces al ámbito jurídico; se ubica también en la economía, en el bienestar social, en el crecimiento de las comunidades, en los sentimientos de confianza, desazón, fracaso o entusiasmo de deudores y acreedores, se encuentra en la protección de las fuentes de trabajo, en la mano de obra y la generación de empleo. Estas cuestiones que se entrelazan no se excluyen, sino que se complementan.

Y las crisis empresariales —que aquí estudiamos— deben ser abordadas mediante un pensamiento sistémico que abarque, contenga, pero que no se limite a las áreas de derecho, economía, sociología, psicología (20), finanzas, biología, solo por nombrar algunas, pues la solución se verá plasmada en un concordato que deberá contemplar todas y cada una de las variables presentes en un conflicto que excede por mucho el simple desequilibrio económico-financiero del balance de alguna sociedad comercial.

(18) CÁCERES NIETO, E. "Complejidad y derecho: Un ensayo de constructivismo jurídico institucional con base en la Teoría de los Sistemas Complejos" (México, 27 de noviembre de 2018), <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/55600> explica que las distintas formas en que la dimensión sincrética puede ser estructurada, presupone distintos estilos de procesamiento de información por parte de los sujetos cognoscentes. El autor realiza una detallada identificación del funcionamiento del pensamiento, dividiéndolo en pensamiento 1 y pensamiento 2 (modelo mental 1 y modelo mental 2), explicando la generación de uno respecto del otro, de tal forma que la relación entre modelos y construcción de la realidad es la siguiente: el modelo 2 es el generador de los modelos 1 (emergentes) que corresponden a esquemas cognitivos cuyas implicaciones senso-perceptivas determinan lo que sumimos como realidad.

(19) Cfr. VÍTOLO, D. "Inteligencia Artificial (IA) y su uti-

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

## V. Concluyendo

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

lización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad", LA LEY, 2021-F, 234.

zada y adeudada en concepto de servicios, disponiendo además la quiebra.

En tal sentido hizo hincapié en la obtención de conformidades respecto de los créditos verificados como acreedores quirografarios; en la actividad comercial de intermediación mayorista de ropa informal que realiza; en la situación que atraviesa esa actividad partir del estado de crisis del país vinculado con las importaciones de telas imprescindibles para la fabricación de prendas de vestir; inflación, precario estado de salud, y edad avanzada (74 años); como así también en el origen de la deuda reclamada en el concurso con sustento en la quiebra de Ropalán SRL a quien avaló.

Sostuvo, que previo a resolver el juez debió ponderar los extremos arriba señalados y requerir al menos un informe a la sindicatura a fin de conocer su opinión sobre la propuesta y posibilidades de mejora, exigiéndole que realice un cálculo sobre el valor presente de los créditos y formule una comparación de lo ofrecido en un eventual dividendo de liquidación.

3. Ahora bien, el concursado el 21.4.22 por decisión del 12.4.22 ofreció una mejora a la propuesta originaria en los siguientes términos:

a) acreedores quirografarios en pesos y en dólares. Ofreció pagar el 40% del monto verificado o declarado admisible, en 10 cuotas semestrales y consecutivas, venciendo la primera de ellas a los 6 meses siguientes de la fecha de homologación del acuerdo preventivo. Ofreció el pago de intereses sobre cada cuota y pagadera juntamente con la misma igual a 2 veces la "Federal Funds Rate" (tasa de interés anual para encajes de la banca privada en la Reserva Federal de los Estados Unidos). Propuso el siguiente cronograma de pagos: Cuota 1 a la 4 inclusive abonando en cada una de ellas el 5% del capital propuesto y Cuota 5 a la 10 inclusive, pagando en cada una de ellas el 13,33% del capital propuesto. Respecto a los créditos verificados en dólares estadounidenses manifestó que se pesificarían en una relación de 1 u\$s = \$119,00.

b) créditos quirografarios laborales. Expuso que si bien no se habían insinuado tales para el supuesto de presentaciones tardías ofreció abonar el 100% del monto verificado, en 10 (diez) cuotas anuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera de ellas, a los 6 meses de la homologación del acuerdo preventivo, reconociéndoseles un interés equivalente igual a tres veces la "Federal Funds Rate" (que es la tasa de interés anual para encajes de la banca privada en la Reserva Federal de los Estados Unidos).

4. Sentado ello, corresponde analizar si se verifican en la especie los elementos necesarios para considerar configurada la propuesta abusiva mejorada, que motivó la quiebra de la deudora con fecha 29.4.22.

Para ello es preciso recordar que el juez es hoy parte fundamental en el proceso concursal; no resulta un mero controlador de su corrección formal ya que tiene facultades para evaluar la pertinencia del acuerdo no solo sobre la base de su conveniencia económica —respecto de la cual los acreedores son, en principio, los mejores árbitros— sino, fundamentalmente, que la propuesta no constituya un abuso a los acreedores que no vean otra forma de procurarse, cuanto menos, un magro dividendo (Sala D, 16.12.86, "Ediciones Mercurio (sociedad de hecho) s/ quiebra").

En esta dirección se orientó la decisión dictada por la colega Sala C en el caso

"Línea Vanguard SA" de fecha 4.9.01. En dichas actuaciones, en concordancia con el dictamen de la Sra. Fiscal General, se descartó la interpretación formulada con base en el espíritu de la legislación entonces vigente, según la cual los acreedores serían los únicos que estarían en situación de decidir sobre lo que mejor se ajusta a su propio interés o conveniencia sin que los jueces se encuentren habilitados para juzgar sobre esa decisión.

Así pues, los magistrados siempre se encuentran facultados —y aun constreñidos— a valorar los principios que informan el orden jurídico en su integridad, porque la legislación concursal no es una isla o un compartimiento estanco, circunstancia que conduce a que deba siempre prevalecer el interés general del comercio, del crédito y de la comunidad en general por sobre el individual de los acreedores o del propio deudor.

Síguese de lo expuesto que, no obstante lo que pareciera resultar del texto actual del art. 52 LCQ, el juez no se encuentra obligado, en todos los casos y en forma absoluta e irrestricta, a dictar sentencia homologatoria del acuerdo votado formalmente por las mayorías legales.

Ello así toda vez que el magistrado conserva siempre la potestad de realizar un control que trascienda la mera legalidad formal en todos aquellos supuestos en los que el acuerdo pudiera afectar el interés público, atendiendo al ordenamiento jurídico en su totalidad (considerando 5º y sus citas del precedente citado).

El texto del art. 52, apartado 4 LCQ, según el criterio de la ley 25.589, impone al juez la obligación de no homologar en ningún caso una propuesta abusiva o en fraude a la ley.

En rigor, como advirtió en su momento la mayoría de la doctrina nacional, el juez nunca perdió sus facultades homologatorias desde la ley 11.719 hasta el régimen actual: por ello, no debe homologar el acuerdo cuando se trata de la consumación de un fraude (Julio César Rivera - Daniel Roque Vitolo, "Comentario al proyecto de la ley de concursos y quiebras", p. 48; Adolfo A. N. Rouillon, "Régimen de Concursos y Quiebras ley 24.522", p. 128; Mauricio Boretto, "Las facultades legales del juez concursal con respecto a la homologación de la propuesta de acuerdo preventivo de quita y espera", E.D. 197-210; Héctor Alegría, "Nueva reforma a la Ley de Concursos y Quiebras (Ley 25.589)", L.L. sup. especial Reformas a la Ley de Concursos (25.589), junio 2002, p. 8; Ricardo S. Prono y Mariano R. Prono, "La novísima legislación de Concursos y Quiebras. Algunas consideraciones sobre la Ley nº 25.589", rev. cit., p. 28; Ignacio A. Escuti (h), "Los poderes del juez concursal en la ley 24.522", E.D. T. 164-1137; Pablo D. Heredia, "Tratado de Derecho Concursal", Ed. Abaco, Año 2000, t. 2 p. 210).

En esa línea, varios autores destacaron que aún bajo el régimen originario de la ley 24.522 no era tolerable el abuso del derecho ni el fraude, por lo que el magistrado debía abstenerse de homologar el acuerdo obtenido si el mismo violaba los estándares de los arts. 953 y 1071 del Cód. Civ. y normas concordantes (Fassi-Gebhardt, "Concursos y Quiebras", 6ta. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 173; García Martínez, Roberto, "La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos", ED 164-1250; Grispo, Jorge D., "Homologación del concordato y facultades del magistrado", ED 197-761; Lorente, Javier, "Ley de concursos y quiebras", Gowa, Buenos Aires, 2000 p. 558; Mosso, Guillermo "El juez concursal ante la ho-

mologación del acuerdo preventivo", ED 176-969; Monti, José L., "El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso", LL 2000-F-1089, entre muchos otros).

Estas facultades del juez fueron también reivindicadas por la jurisprudencia al rechazar en no pocos casos la homologación de acuerdos abusivos (Com. D, 19.12.95, "Banco Extrader SA s/quiebra", L.L. 1997-E-247; Com. C, 27-10-95, "La Naviera Línea Arg. de Navegación Marítima y Fluvial s/Quiebra" BJCNCCom. Nº 5 año 1995; Com. B, 3.9.96, "Coviello, Francisca M. s/Quiebra", Rev. de Derecho Privado y Comunitario nº 13, sección jurisprudencia, Concursos, pág. 411; Com. A, 9.4.97, "Btresh, José David s/Quiebra", E.D. 175-172; Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros, Mendoza, 25.9.98, "Fransino Industrias Metalúrgicas SAACIF, p/Conc. prev.", Rev. de Derecho Privado y Comunitario nº 20, sección jurisprudencia, Concursos, p. 385; Primer Juzgado de Procesos Concursales, 22/5/97; "Martín S.A. Pedro y José", con nota de Ariel A. Daso, "La primera homologación de un *cram-down*", JA 1997-IV-162.; Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registro de Mendoza, 22.3.02, "Pedro López e Hijos S.A. p/concurso preventivo", expte. Nº 5759, Rev. de Derecho Privado y Comunitario", 2002-1 Emergencia y Pesificación, p. 700; Com. B, 30-4-01, "Invermar SA s/concurso preventivo", Rev. de Derecho Privado y Comunitario nº 2001-3, sección jurisprudencia, área Concursos, p. 654).

Por lo demás, y como es sabido, la reforma de la ley 25.589 hizo explícitas aquellas facultades, disponiendo en el art. 52 inc. 4 de la ley 24.522 que "En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley" (Julio César Rivera, "Instituciones de Derecho Concursal", Tº I, p. 478; Roberto García Martínez, "La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos", E.D. T. 164-1249; Pablo C. Barbieri, "Las facultades judiciales ante la homologación del acuerdo preventivo. Implicancias de la Ley 25.589", L.L. sup. especial Reformas a la Ley de Concursos (25.589), junio 2002, p. 41)

Procede, así, ingresar en el análisis de la propuesta efectuando un control que trascienda la mera legalidad formal, pues ello viene impuesto por los principios que fluyen de los arts. 953 y 1071 del Cód. Civil y del hecho de que la ley concursal no es un compartimento estanco separado del resto del ordenamiento jurídico (Juzgado Comercial nº 13, 14.9.2005, "Micro Omnibus Norte S.A. - MONSA- s/acuerdo preventivo extrajudicial" -firme-).

La solución contraria, por lo demás, importaría renunciar al cumplimiento de deberes propios de la función jurisdiccional. Como ha sido dicho, le cabe siempre al Poder Judicial decidir si la solución consensuada a que se arribara con las conformidades de la mayoría, lo es sin los vicios descalificantes establecidos por criterios éticos y de equidad (Porcelli, Luis A., "No homologación del acuerdo preventivo. Propuesta abusiva o en fraude a la ley", L.L. 2002-D Sec. Doctrina, p. 979); y que tal atribución legal debe ser ejercida sea a instancia de parte o aún de oficio (Rubín, Miguel Eduardo, "Las nuevas atribuciones del juez del concurso respecto del acuerdo preventivo según la ley 25.589. Un hito en la evolución del Derecho Concursal Argentino", E.D. 198-964).

De allí que procede, en síntesis, en uso de las facultades legales que ostenta el juez al momento de decidir sobre la homologación, juzgar la presencia o ausencia de "...todos los elementos que hacen a la

corrección procedimental y la concreción de los valores superiores del ordenamiento jurídico..." (Alegría, Héctor: "Facultades del juez e interpretación de las normas sobre acuerdo preventivo extrajudicial", Suplemento especial de la revista jurídica argentina La Ley noviembre 2004, p. 61).

La terminología que emplea el art. 52:4 de la LCQ, a la larga, constituye un estándar cuya valoración deberá realizarse en el caso concreto (Junyent Bas, Francisco y Molina Sandoval Carlos, "El informe general del síndico y las nuevas facultades homologatorias del juez concursal. Reflexiones en torno a las modificaciones introducidas por la ley 25589", ED 198:676)

Y esa facultad conduce a estimar la relatividad de la imposición de homologación que prevén los incisos 1. y 2. a). del art. 52 LCQ que deberán pasar, a criterio del juez, por el tamiz que contempla el inciso 4º. Al emitir pronunciamiento sobre la homologación del acuerdo, en todos los casos y aún en ausencia de cuestionamiento sobre el particular, el juez se encuentra constreñido a evaluar si la propuesta conlleva abuso o fraude, situación frente a la que deberá denegar la homologación.

La noción de ejercicio anti funcional (o disfuncional) de los derechos ha sido objeto de profundos estudios de la doctrina nacional y, a partir de esa elaboración, fecundamente aplicada por los tribunales de todas las instancias.

Truffat ha ofrecido, a partir del pensamiento de Alfredo Orgaz, una definición del abuso del derecho, comprensiva de los perfiles que han sido asignados al instituto: existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal que contraría los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres (E. Daniel Truffat, "Algunas pautas para el empleo de la facultad de no homologar un concordato presuntamente abusivo (LC:52, inc 4)", ED 198:762.).

Conforme el criterio aludido el ejercicio antifuncional que configura el abuso puede presentarse tanto frente a la licuación de los pasivos concursales, como en caso de carencia de adecuada proporción entre la solución preventiva que la ley dispensa al insolvente y el sacrificio patrimonial que este ofrece (e impone) a sus acreedores. Y aunque conceptualmente puede distinguirse entre ambos institutos, parece que en algún punto el abuso y el fraude a la ley se confunden, se vinculan tan estrechamente que no es posible escindirlos. Esta afirmación, quedará aclarada seguidamente.

Los precedentes jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina resultan contestes en punto a que la consideración de una propuesta como fraudulenta o abusiva es cuestión que debe apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y, particularmente, atendiendo a las distintas órbitas de intereses comprometidos. Queda claro que esa apreciación debe tener, por lo tanto, un contenido concreto. En otros términos: que alguno o algunos sujetos deben resultar mercedores de la protección que la ley dispensa, en tanto se hallen expuestos a experimentar daños generados por el obrar abusivo o fraudulento de su deudor concursado.

No es posible admitir, en esa dirección, la mera alegación de ejercicio abusivo de un derecho o configuración de fraude sin un perjuicio cierto o potencial, pues la actividad jurisdiccional cumple en esta materia también una función correctiva del desvío en forma preventiva. Corresponde al juez anticipar los efectos perjudiciales

del fraude o abuso, sea actuando oficiosamente o a requerimiento de cualquiera de los legitimados por el art. 50 LCQ, sin desconocer la facultad que asiste al Ministerio Público (art. 276 LCQ).

Pues bien: el art. 52:4º se halla orientado a la protección de los acreedores, quienes ya han sido reconocidos como tales y, principalmente, aquellos cuyos créditos se hallan pendientes de incorporación y, más aún, los que todavía no se han insinuado. Si se tiene en cuenta entonces el universo de posibles afectados, cobra sentido la calificación de la actividad jurisdiccional que venimos examinando como tutelar preventiva. Y también adquiere significado la aseveración hecha con relación a que el abuso debe consistir en la producción de algún perjuicio a los acreedores, intencionalmente, con el propósito de infligirles un detrimento patrimonial y su contrapartida, el beneficio consiguiente para el deudor concursado.

En este punto, estíbase necesario hacer un paréntesis en las consideraciones generales. En efecto, en relación con lo expuesto, adquiere especial relevancia la lectura del memorial de agravios donde se advierte que la deudora una actitud que puede considerarse desdeñosa señaló que la decisión del juez debió sustentarse en constancias objetivas de la causa (v. fs. 1).

Veamos. El magistrado al tiempo de resolver por decisión del 29.4.22, además de reeditar los fundamentos que dieron lugar al rechazo de la primera propuesta (12.4.22) sostuvo que “La propuesta aún mejorada no podía ser homologada por resultar insuficiente, pues “importaría una virtual licuación del pasivo de la deudora utilizando al efecto indebidamente el instituto concursal, considerando además que este acuerdo homologado producirá efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación”. Señaló además que, “la misma implicaba una espera de seis meses para el cobro de la primera cuota y un plazo de cinco años para cobrar el 40 % del capital nominal “ sin actualizaciones monetarias ni indexación, con una tasa de interés anual baja, inferior a la tasa que aplica al fuero en sus sentencias y a un tipo de cambio menor al oficial, en un contexto de alta inflación imperante en el país”.

Ello así, deja sin sustento el ensayo argumental vertido en los agravios.

Refuerza lo expuesto, que contrariamente a lo postulado por el quejoso, la sindicatura a fs 6/6 se expidió sobre la insuficiencia de la nueva propuesta y al tiempo de contestar el memorial mantuvo el temperamento asumido en su oportunidad

al señalar que: “Del análisis de la mejora propuesta de acuerdo preventivo presentada el 21.04.22 se desprende que la misma resulta insuficiente pues el acreedor quirografario deberá esperar 6 meses para cobrar su primer cuota, y el transcurso de los años para cobrar el 40 % del capital nominal sin actualizaciones monetarias y sin indexación, con una tasa de interés anual baja para encajes privados entre Instituciones bancarias e inferior a una tasa de interés activa, utilizada en el mercado argentino y a un tipo de cambio menor al oficial sin tener en cuenta la inflación anual prevista en la argentina” (v. fs. 36/38).

En tal contexto, el deudor no exhibe con consistencia el error o el apartamiento en derecho que se atribuye a lo allí decidido, carga que por cierto era de su incumbencia a tenor de lo dispuesto por el art. 265 y 266 Cpr, lo que sella la suerte del planteo sin perjuicio de las demás consideraciones que a continuación se dicen vinculadas con la licuación del capital que se produce por la desvalorización de la moneda en el tiempo que emerge de las propuestas.

Dicho ello y retomando el análisis de la cuestión, señalase que en oportunidad de requerirse la homologación de la propuesta de acuerdo que ha logrado las mayorías legales el juez tiene básicamente dos posibilidades: disponer la homologación o rechazarla, con fundamento en lo dispuesto por el art. 52:4º LCQ.

No obstante, se ha recurrido también a otra solución que en algunos supuestos se revela como más práctica: la denominada tercera vía que esta Sala por cierto confirmó antes de ahora- en los autos caratulados “Talleres Reunidos Italo Argentina SA s/ concurso preventivo el 24.4.2012.

En esta situación el juez puede: (i) reformular la propuesta por aplicación analógica, según el caso, de la disposición del art. 52:2º b) del ordenamiento concursal, o (ii) fijar un plazo para que esa reformulación sea hecha por la concursada fijando un contenido que estime mínimamente aceptable para superar la calificación de abusiva que juzgó con anterioridad.

5a. En el *sub lite*, se adelanta que no obstante las conformidades acompañadas, las propuestas formuladas por la concursada, en consonancia con lo propiciado por el Ministerio Público Fiscal cuyos argumentos se comparten resultan a todas luces abusivas.

Veamos. En los términos en que han sido concebidas las propuestas, para acreedores quirografarios y acreedores quirografarios laborales, se advierte como valladar para proceder a su formal homologación, que el pago ofrecido por el deudor es in-

ferior al dividendo que los acreedores podrían obtener en la liquidación de los bienes en la quiebra. Esto último incluso disipa el interrogante de la deudora plasmado en el memorial.

Así enfocada la cuestión, señalase que la propuesta dirigida a los acreedores quirografarios rechazada en la resolución recurrida implicaría en los hechos una quita real del orden del 97,49 %.

Destácase en tal sentido, el minucioso análisis efectuado por la Sra. Fiscal ante esta Cámara a fs. 46/57 que esta Sala comparte y en consonancia con ello, lleva a la convicción de que la propuesta ofrecida vulnera el orden público económico, porque daña la protección del crédito y conlleva a la virtual pérdida de los derechos de los acreedores.

Cobra relevancia para el caso, el plazo de espera y en tanto las cuotas no contemplan el pago de intereses suficientes para compensar la desvalorización de la moneda, considerando la quita ofrecida del 60 %, y el costo de oportunidad de no haber podido el acreedor utilizar el dinero durante el lapso que corre desde la fecha de presentación en concurso (12.11.20) hasta el pago total, el que se estima alrededor de 6 años (pago de la última cuota en abril de 2017).

En línea con ello, y como demuestran los cálculos requeridos por la Fiscalía a la Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI) a los que nos remitimos, dable es colegir que el diferimiento en el pago respecto de los acreedores quirografarios importaría recibir sumas insignificantes de sus créditos, debido a la licuación de su valor por el transcurso del tiempo.

Así, y aun cuando las dos conformidades acompañadas resulten ajustada a la normativa concursal, y no haya merecido impugnaciones, la propuesta para el caso resulta abusiva en clara colisión con los arts. 10 y 279 CCyCom. Ergo, la decisión cuestionada debe mantenerse.

5.b. Igual consideración merece la propuesta para acreedores quirografarios laborales.

Es que si bien no se insinuaron créditos de tal naturaleza, siguiendo las mismas pautas ponderadas por la Fiscalía y cálculos efectuados con la colaboración de la DAFI arrojan como resultado que el valor presente representaría para un crédito hipotético de \$ 1.000, el pago es de la suma de \$ 95,89, importando una quita real del 90.40 %, lo cual demuestra nuevamente que nos encontramos frente a una propuesta que no puede ser homologada

por contrariar normas de derecho internacional y orden público, en tanto importa en los hechos un exceso en la pérdida que se pretende imponer a los trabajadores, lo que se contrapone con el principio de irrenunciabilidad del crédito del artículo 12 LCT, lo que no puede ser convalidado por este Tribunal.

Así y en tanto la homologación del acuerdo implica desvirtuar la eficacia de los medios compulsivos con que cuentan los acreedores para hacer valer sus derechos, va más allá de su particular interés, para convertirse en una cuestión que afecta al interés general (véanse también, los fundamentos del dictamen en lo pertinente), es claro que la propuesta formulada en estas condiciones importa un ejercicio abusivo del deudor a los derechos de los acreedores, que desnaturaliza el concurso preventivo (art. 10 CCy Com).

Ahonda lo expuesto, que en el caso la concursada no despliega actividad alguna en forma permanente, no cuenta con empleados en relación de dependencia, y aún hoy el país mantiene las restricciones a las importaciones de la mercadería, lo que obsta a considerar la conservación de la empresa como uno de los principios rectores que informan el concurso y desaconsejan la posibilidad de habilitar la tercera vía como solución alternativa para superar las deficiencias apuntadas y el estado de falencia.

En el marco apuntado, es claro que en un escenario de quiebra las acreencias podrían verse satisfechas en menor tiempo que en el concurso en función del plazo de espera propuesto por el deudor.

Por fin, la homologación de un acuerdo celebrado en estas condiciones importaría para la concursada liberarse de sus deudas pendientes mediante pagos insignificantes sacrificando a los acreedores en forma innecesaria en el recupero de los créditos, dejando incluso expuestos los bienes que surgen del informe general (muebles y rodado) a una desvalorización permanente por el transcurso del tiempo. Ergo corresponde mantener la decisión cuestionada.

6. En función de lo expuesto, *resuelve*: desestimar los agravios del deudor y confirmar la decisión del magistrado de grado en lo que fue materia de agravio, con costas a la vencida (art. 68 LCQ).

Notifíquese (Ley Nº 26.685, Ac. CSJN Nº 31/2011 art. 1º y Nº 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley Nº 26.856, art. 1; Ac. CSJN Nº 15/13, Nº 24/13 y Nº 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Ernesto Lucchelli*. — *Rafael F. Barreiro*. — *Alejandra N. Tevez*.

## Jurisprudencia

### Embargo preventivo

**Levantamiento de la medida. Aplicación del art. 111 de la ley 11.683. Requisitos.**

1. - A la luz de los artículos del Cód. Proc. Civ. y Com., el funcionario actuante que pretenda la aplicación del art. 111 de la ley 11.683 deberá demostrar ante el juez que el derecho que exhibe es verosímil y, asimismo, acreditar un peligro en la demora, lo que no ha demostrado el Fisco en la solicitud del embargo preventivo.

2. - Al no estar debidamente fundada la pretensión de la ejecutante al momento de solicitar el embargo preventivo, conforme los arts. 195, 208 y 209 del Cód. Proc. Civ. y Com., corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la traba del embargo preventivo contra la empresa actora.

3. - Si bien de la ley 11.683, modificada por la ley 25.239, en su art. 111 surge la facultad de la AFIP de solicitar el embargo preventivo o, en su defecto, la inhibición general de bienes, por la cantidad que presumiblemente adeuden los

contribuyentes o responsables; y que los jueces deberán decretarlo en el término de 24 horas ante el solo pedido del Fisco y bajo la responsabilidad de este, no deja fuera la responsabilidad de cumplimentar los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora. [1]

**CFed. Posadas, 12/04/2023. - Fisco Nacional (AFIP - DGI) c. Yerbatera Misiones S.R.L. s/ embargo preventivo.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/41855/2023]

### Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, sala I, “AFIP c. Melezcaca SA s/Medida cautelar AFIP”, 10/11/2022, TRLALEY AR/JUR/160684/2022

### Costas

A la vencida (art. 68, 1º párr. del Cód. Proc. Civ. y Com.,)

**2ª Instancia.** - Posadas, abril 12 de 2023.

Vistos:

1) Que la resolución de fecha 14/11/2019 hizo lugar al embargo preventivo sobre bienes de la demandada por la suma de \$13.774.703,94.=, con más la suma de \$2.754.940,78= presupuestada provisoriamente para intereses y costas, todo bajo responsabilidad del Organismo actor.

Que, para así decidir, el *a quo* dispuso que resulta de aplicación el art. 111, Ley 11.683 y arts. 195, 208, 209 y ccdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

2) Que, la demandada solicita levantamiento del embargo con fundamento en que no están cumplidos los requisitos exigidos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, puesto que se trata, en el caso, de Ordenes de Intervención sustentadas en períodos, impuestos y conceptos de deuda presunta (cfr. certificados de duda presunta obrantes a fs. 2/3 de autos) y que, además el *a quo* no fundó debidamente la resolución al efecto de ordenar la traba del embargo sobre bienes de propiedad de la demandada y que la misma goza de solvencia acreditada atento es una de las empresas más grandes de producción de yerba de la Provincia de Misiones.

Que, en fecha 15/12/2022 el *a quo* rechaza la solicitud con fundamento en que el presente embargo es acorde a lo establecido por la normativa vigente y que no se advierte el perjuicio concreto como así tampoco sustento fáctico comprobable que ocasione el embargo preventivo trabado sobre bienes de la demandada.

Que, ello es apelado por Yerbatera Misiones SRL aduciendo que no está debidamente fundado el embargo trabado, reiteando nuevamente que el *a quo* no ha meritado los requisitos exigidos por la normativa aplicable para ordenar el embargo trabado sobre sus bienes, los que considera excesivos.

Que, el recurso se encuentra debidamente sustanciado, contestando los agravios el Fisco Nacional, manteniendo su postura a favor del embargo.

3) Así las cosas, del estudio de los elementos de la causa, se observa que la pretensión del Fisco se basa en deuda presunta, lo que implica un mayor rigorismo en el cumplimiento de los requisitos exigidos para las medidas cautelares previstos en los arts. 195, 208 y 209 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Que, entonces, del escrito de fs. 4/5 y atento a que ello implica un límite al derecho de propiedad del embargado y cuyo propósito es asegurar el pago de una eventual condena dineraria, no ha acreditado dichos requisitos ni ha cumplido con alguna especificación respecto a los inmuebles mencionados a fs. 10, trabados a fs. 11 respecto del valor.

Que es de recordar que en toda contienda judicial debe primar el principio general de buena fe y que, por ello se debe extremar la prudencia y razonabilidad al invocarlo, cuando, de su aplicación inmediata podría derivar en la obtención de un resultado disvalioso, inconciliable con los principios que lo informan.

En efecto, si bien de la ley 11.683, modificada por la ley 25.239/99, en su art. 111

surge la facultad de la AFIP a solicitar el embargo preventivo o, en su defecto, la inhibición general de bienes, por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables, y que los jueces deberán decretarlo en el término de 24 horas ante el solo pedido del fisco y bajo la responsabilidad de este (la bastardilla es nuestra), no deja fuera la responsabilidad de cumplimentar con los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.

Así, del análisis del escrito donde se solicita el embargo, estos presupuestos están ausentes, lo que deriva en la negativa de procedencia de esta medida cautelar de embargo preventivo.

Que, en este sentido la jurisprudencia ha dicho sobre el particular que "...aquel precepto no parece otorgar al Fisco Nacional un mayor derecho que el que el CPyCCN, bajo ciertas condiciones, acuerda a cualquier litigante..." (CNACAF, Sala IV, "AFIP DGI c. Carda SA s/ medida cautelar AFIP", 28/10/2014; entre muchos otros).

Que, entonces, a la luz de los referidos artículos del Cód. Proc. Civ. y Comercial, el funcionario actuante que pretenda la aplicación del citado art. 111 deberá demostrar ante el Juez que el derecho que exhibe es verosímil y, asimismo, acreditar un peligro en la demora, lo que no ha demostrado el Fisco en la solicitud del embargo preventivo obrante a fs. 4/5.

Al respecto, y de manera general, es pertinente destacar que la facultad del Fisco de solicitar por sí y bajo su responsabilidad las medidas allí establecidas, no puede ser entendida como una habilitación mecánica para valerse de ellas, pues

tal prerrogativa está sujeta a la condición de que sea utilizada de una manera razonable (cfr. Fallos: 326:4909; 327:5649; 329:59; 329:1586).

Sobre el punto, y a mayor abundamiento, en la Instrucción General Conjunta AFIP N° 790/07 (DI PYNF) y N° 4/07 (DI PLCJ), dictada el 24 de mayo de 2007, se estableció que la aplicación de las medidas cautelares previstas en el art. 111 de la ley 11.683 se justifica cuando existe un riesgo altamente probable de insolvencia, extremo que debe ser comprobado en cada caso por quien solicita la medida (cfr. Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala IV Expte. N° 4.708/07 "AFIP DGI 30.143/07 c. Beller, Ricardo Walter s/ medida cautelar autónoma", 29/04/2008) y que no ha sido probado en estos autos.

4) Por todo ello, este Tribunal aprecia que al no estar debidamente fundada la pretensión de la ejecutante al momento de solicitar el embargo preventivo conforme los arts. 195, 208 y 209 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la traba del embargo preventivo contra Yerbatera Misiones SRL, imponiendo las costas a la vencida (art. 68, 1º párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En virtud de lo expuesto, revócase la decisión recurrida en lo que fuera materia de agravios, los que así se decide. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Notifíquese. Publíquese en la forma dispuesta en la Acordada 15/2013 de la CSJN y procédase conforme Acordada 31/2020, Anexo II, Punto I) de la CSJN. Devuélvase. — Mario O. Boldu. — Mirta Tyden de Skanata. — Ana Lia Cáceres de Mengoni.

## Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaría N° 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que LUZ ESTELLA HERNÁNDEZ CÁRDENAS de nacionalidad venezolana con DNI 95.671.207 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 28 de marzo de 2023  
Juan Martín Gavalda, sec.  
LA LEY: I. 16/05/23 V. 17/05/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la Capital Federal, comunica que la Srta. ANABELYS VASQUEZ QUIJADA con DNI N° 96.081.650, nacida el 24 de septiembre de 1973, en Puerto La Cruz, Anzoátegui,

Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada la Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 9 de mayo de 2023  
Carlos G. Mallo, sec. fed.  
LA LEY: I. 16/05/23 V. 16/05/23

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7º piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. HILLARY SHELCEA NUÑEZ CORTEZ cuyo DNI es el N° 95.948.749, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 5 de agosto de 2022  
Laura Gabriela Sendón, sec.  
LA LEY: I. 16/05/23 V. 16/05/23

2467/2021. CASTELLANOS APARICIO, CRISMARY ERNESTINA s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 4 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que CASTELLANOS APARICIO, CRISMARY ERNESTINA, DNI N° 95.954.520, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 4 de abril de 2023  
Constanza Belén Francingues, sec.  
LA LEY: I. 16/05/23 V. 16/05/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Ja-

vier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. IVANA CRISTINA FLORES ATENCIA con DNI N° 95.908.181, nacida el 19 de septiembre de 1991 en Caracas, Distrito Capital, República Bolivariana de Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 28 de abril de 2023  
Carlos Mallo, sec.  
LA LEY: I. 16/05/23 V. 16/05/23

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. MI-

CHEL JAVIER SÁNCHEZ TENIA de nacionalidad venezolana con DNI 95.728.031 según el expediente "SÁNCHEZ TENIA MICHEL JAVIER s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 11745/2022. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 24 de febrero de 2023  
Matías M. Abraham, sec.  
LA LEY: I. 15/05/23 V. 16/05/23

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaría N° 15, sito en Libertad 731 7º piso de esta ciudad, informa que CARLOS GUILLERMO AGUERO HIDALGO de nacionalidad venezolana con DNI 95.654.904 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá

hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 27 de mayo de 2022  
Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 15/05/23 V. 16/05/23

El Juzgado Nacional en lo Civil y Comercial N° 69, sito en Av. de Los Inmigrantes 1950 PB CABA, en los autos caratulados "RODRÍGUEZ HÉCTOR AMÉRICO s/SUCESIÓN AB INTESATTO" (Exp. 32939/2012) cita y emplaza por treinta días a los herederos y acreedores de HÉCTOR AMÉRICO RODRÍGUEZ DNI 5.982.708. Se transcribe el auto que ordena el presente. "Buenos Aires, 10 de abril de 2023 (...) publíquese nuevo edicto por 3 días en el diario La Ley, citando a sus herederos y acreedores por el plazo de treinta días, a los efectos de hacer valer sus derechos". Fdo. Juan Alberto Casas, Juez subrogante. El presente edicto deberá publicarse por tres días en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 20 de abril de 2023  
María Laura Prada Errecart, sec.  
LA LEY: I. 12/05/23 V. 16/05/23

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli  
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi  
Valderrama  
Jonathan A. Linovich  
Elia Reátegui Hehn  
Érica Rodríguez  
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:  
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)  
Bs. As. República Argentina  
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,  
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444