

## **La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino**

Mauricio BORETTO\*

**RESUMEN:** Desde la reforma constitucional argentina de 1994 se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho. La idea de supremacía constitucional - contenida en el artículo 31 de la Constitución Argentina- y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Argentina), configuran la base fundamental de un “Sistema de Fuentes” en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido indefectiblemente a variar el orden jurídico en general. Estamos en presencia, de este modo, ante el fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado” razón por la cual la legislación ordinaria debe partir de este “sistema” para interpretar y aplicar el derecho. Como consecuencia de ello, los casos que rijan la legislación del Derecho privado deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina. Uno de los principales efectos de esta “Constitucionalización del Derecho común” es que, precisamente, aunque no haya disposición legal que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación. Por ello, la interpretación y aplicación del Derecho Privado argentino no debe desatender la siguiente directiva: adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.

**PALABRAS CLAVES:** Constitución. Derecho Privado. Tratados Internacionales. Interpretación. Eficacia. Operatividad de los derechos subjetivos. Responsabilidad del garante. Fianza excesiva. Garantías autónomas. Derecho de defensa. Quiebra. Principio de reciprocidad. Acreedores involuntarios.

**SUMARIO:** 1. La “Constitucionalización” del Derecho Privado; 1.a. Introducción; 1.b. Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Argentina; 1.c. Consecuencias de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional sobre el Derecho Privado argentino vigente; 2. Un nuevo sistema de “fuentes del derecho” a la luz de la Reforma constitucional argentina de 1994; 3. Aplicaciones prácticas del fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado” en la República Argentina; 3.a. La Constitucionalización del Derecho Privado y su repercusión en la responsabilidad del garante; 3.b. Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad; 3.c. El concurso extranacional y el principio de reciprocidad; 3.d. Los llamados “acreedores involuntarios”; 4. Conclusión.

*ENGLISH TITLE: The Relation Between Constitution and Private Law: Their*

## *Consequences over the Interpretation and Application of the Argentinian Legal System*

*ABSTRACT: Ever since the Argentinian constitutional reform of 1994 a new system of legal sources has been configured. The idea of constitutional supremacy – extracted from article 31 of the Argentinian Constitution – and especially the International Treaties of constitutional status (article 75, 22 of the Argentinian Constitution) configure the fundamental base of a system of legal sources in the Argentinian legal system that has undoubtedly changed the legal system. One is thus before the phenomenon of the constitutionalization of private law, which is why ordinary legislation must begin from this system so as to interpret and apply law. As a consequence, cases under private law must be solved in accordance with laws that regulate the matter and that are understood as applicable once they are interpreted in the light of the National Constitution and the treaties which have been signed by Argentina. One of the main effects of such a constitutionalization of everyday law is precisely that, even if there is no legal disposition that regulates a right which is recognized by the Constitution, the right is operative and the person that demands judicial protection can ask for its application. Thus, the interpretation and application of the Argentinian private law must not disobey the following directive: to adequate ordinary law to the Constitution and the human rights treaties which have been incorporated with constitutional hierarchy by the 1994 reform.*

*KEYWORDS: Constitution; private law; international treaties; interpretation; effectiveness; operability of subjective rights; bailer's responsibility; excessive bail; autonomous guarantees; defense right; break; reciprocity principle; involuntary creditors.*

*SUMMARY: 1. The constitutionalization of private law; 1.a. Introduction; 1.b. Some subjective rights which were incorporated by the Argentinian Constitution; 1.c. Consequences of the incorporation of the rights which were introduced to the constitutional text by the 1994 reform on Argentinian current private law; 2. A new system of legal sources in the light of the Argentinian constitutional reform of 1994; 3. Practical applications of the phenomenon of the constitutionalization of private law in the Argentinian Republic; 3.a. The constitutionalization of private law and its repercussions over the bailer's responsibility; 3.b. Self-liquidating guarantees and the problem of their constitutionality; 3.c. The extranational concurrence and the reciprocity principle; 3.d. The so-called involuntary creditors; 4. Conclusion.*

## **1. La “Constitucionalización” del Derecho Privado**

### **1.a. Introducción**

Hasta hace algunas décadas se pensaba que Derecho Privado y Derecho Constitucional

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires (Argentina). Dirección de

tenían pocos puntos en contacto: uno regía las relaciones jurídicas de coordinación y el otro las relaciones jurídicas de subordinación.

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

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

En la actualidad, esta visión ha cambiado: por un lado, se advierte que no todo poder está en manos del Estado. Por el contrario, existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración.

Desde esta nueva perspectiva, no debe extrañar que ingresen a los textos constitucionales relaciones que tradicionalmente pertenecieron al Derecho Privado (por ejemplo, las relaciones existentes entre empresas y consumidores como ocurre con el art. 42 de la Constitución Argentina<sup>1</sup>, art. 51 de la Constitución Española<sup>2</sup>, arts. 5<sup>3</sup> y 170<sup>4</sup> de la Constitución Brasileña, arts. 78<sup>5</sup> de la Constitución Colombiana y art. 28<sup>6</sup> de

---

mail: [mboretto@asesorescuyo.com.ar](mailto:mboretto@asesorescuyo.com.ar)

<sup>1</sup> Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

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

<sup>3</sup> Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos (...) XXXII.- el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor

<sup>4</sup> El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios : I.- soberanía nacional; II.- propiedad privada ; III.- función social de la propiedad; IV.- libre concurrencia; V.- defensa del consumidor; VI.- defensa del medio ambiente; VII.- reducción de las desigualdades regionales y sociales; VIII.- busca del pleno empleo; IX.- tratamiento favorable para las

la Constitución Mexicana, entre otras).

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

Por otro lado, existen ciertos derechos civiles que merecen una tutela especial, más elevada que la que otorga la ley. Podemos ejemplificar, entre otros casos, con el derecho a la intimidad (art. 19 Constitución Argentina). Este derecho constitucional, del cual deriva la garantía de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados (art. 18 Constitución Argentina) se ha extendido a otros ámbitos tales como el derecho a la propia imagen, el derecho a la identidad, etc..

Veamos, por ejemplo, lo que ha ocurrido con el fenómeno de Internet, que está basada fundamentalmente sobre dos pilares: la libertad y la desregulación. En el primer aspecto, internet asegura el ingreso y desenvolvimiento en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información. En cuanto a la desregulación, es consecuencia de la imposibilidad material para los Estados y personas de interferir las comunicaciones y de establecer los límites tecnológicos para su funcionamiento<sup>7</sup>.

Desde la óptica constitucional, se ha sostenido el carácter de *medio de prensa* de la

---

empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte. Parágrafo único. Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley.

<sup>5</sup> La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

<sup>6</sup> En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social. Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.

<sup>7</sup> BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", tomo I, 2da. edición actualizada y ampliada, Bs. As., ed. La Ley, 2006, pág. 633.

internet, lo que fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal (de la República Argentina), sala 1, al resolver el caso “Vita”<sup>8</sup>. En sentencia del 13 de marzo de 2002 y en sentencia del 29 de agosto de 2003 se aseveró que el ejercicio de la libertad de expresión a través de internet está protegida por el artículo 14 de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso, se sostuvo que las ideas expuestas por los imputados sobre el consumo de estupefacientes fueron hechas en el marco del ejercicio de la libertad de prensa al exteriorizarse mediante internet.

En este contexto, vino la sanción de la ley argentina n° 26.032 del año 2005, que estableció en su artículo 1 que: “ (...) *la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (...)*”.

Huelga destacar -asimismo- que las comunicaciones mediante la internet también quedaron equiparadas a la correspondencia epistolar bajo el nombre de correo electrónico tal como lo resolvió en el año 1999 la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sala VI (de la República Argentina), en el precedente “Lanata”<sup>9</sup> y ese mismo Tribunal, pero en su sala I, en el caso “Grinberg” en el año 2003. En este mismo sentido, la Cámara Nacional del Trabajo, sala VIII (de la República Argentina), en la causa “Pereyra” en el año 2003 y, ese mismo Tribunal, a través de su sala X de ese mismo año en los autos “V.R.I. c. Vestiditos S.A.”<sup>10</sup> concluyó que la violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad del correo electrónico, además de constituir un delito penal, importaba vulnerar el derecho a la privacidad o intimidad.

### **1.b. Algunos derechos subjetivos incorporados a la Constitución Argentina**

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

#### **1. la *protección del consumidor* consagrada en el artículo 42 de la Constitución**

<sup>8</sup> Revista argentina La Ley 2002-B-489.

<sup>9</sup> Revista argentina La Ley 1999-C-458 y revista argentina La Ley 1999-E-70.

<sup>10</sup> Revista argentina La Ley 2004-C-455

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

**2.** el *habeas data* mencionado en el artículo 43 de la Constitución Argentina, cuya finalidad es tutelar la intimidad y otros derechos de la personalidad; autoriza a toda persona a ejercer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados a destinar informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

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

Sin perjuicio de los ejemplos transcriptos, otras numerosas materias de Derecho Privado aparecen en los tratados internacionales a los cuales la Constitución Argentina (con la reforma de 1994) reconoce jerarquía constitucional (arts. 31 y 75, inc. 22°). Ellos son:

- 1).- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre,
- 2).- Declaración Universal de los Derechos Humanos,
- 3).- Convención Americana de los Derechos Humanos,
- 4).- Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales,
- 5).- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo,
- 6).- Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio,
- 7).- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,
- 8).- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,
- 9).- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y
- 10).- Convención sobre los derechos del niño

### **1.c. Consecuencias de la incorporación de los derechos introducidos por la reforma de 1994 al texto constitucional sobre el Derecho Privado argentino vigente**

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

1. Eficacia directa: este carácter significa que, aunque no haya disposición *legal* que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación.

Por ejemplo, si bien en la Argentina no se ha reglamentado el derecho de réplica o respuesta (que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas), al estar expresamente reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14), cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que los afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete.

2. Eficacia derogatoria: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga.

Por ejemplo, debe considerarse derogada toda disposición legal que discrimine a la mujer. Es lo que ocurrió con el artículo 1276 del Código Civil argentino que disponía que, si no se puede determinar el origen de los fondos, el bien ganancial es de administración marital. La doctrina consideró que esta disposición estaba derogada por violar el principio de igualdad de hombre y mujer y así fue declarado por el Derecho judicial. Finalmente, esta posición fue recogida por el legislador quien -a través de la ley 25.781- sustituyó el párrafo polémico del artículo 1276 Código Civil argentino, y dispuso que estos bienes son de administración conjunta de ambos cónyuges.

3. Eficacia invalidatoria: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces.

4. Eficacia interpretativa: se ha dicho que la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de la ley.

## **2. Un nuevo sistema de “fuentes del derecho” a la luz de la Reforma constitucional argentina de 1994**

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

La idea de supremacía constitucional -contenida en el artículo 31 de la Constitución Argentina- y, principalmente, los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Argentina), configuran la base fundamental de un “Sistema de Fuentes” en el ordenamiento jurídico argentino que ha venido



indefectiblemente a variar el orden jurídico en general.

En efecto, ante el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho Privado, *la legislación debe partir de este sistema para interpretar y aplicar el derecho*. Como consecuencia de ello, los casos que rija la legislación del Derecho privado deben ser resueltos de acuerdo a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, *interpretándolas conforme a la Constitución Nacional y a los tratados suscriptos por la Argentina*.

Por ello, la interpretación y aplicación del Derecho Privado argentino no debe desatender la siguiente directiva: *adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994*.

Esta misma idea directriz campea en otros ordenamientos jurídicos en el Derecho comparado.

En este sentido, por ejemplo, para el Tribunal Constitucional Español la legalidad ordinaria es la que debe ajustarse en su inteligencia y aplicación al orden constitucional. Por ello el Tribunal Constitucional anuló una sentencia del Tribunal Supremo por haber producido éste una inversión en el orden de la utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, omitiendo en su sentencia un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución. Por el contrario, afirmó que es la Constitución la que debe ser interpretada con el resto del ordenamiento jurídico<sup>11</sup>.

Lo propio ha ocurrido en Italia, país en el cual la doctrina invita a hacer una “relectura” del Derecho Privado a la luz de la Constitución<sup>12</sup>, pues los principios constitucionales básicos (igualdad, legalidad, propiedad, privacidad, etc.) penetran en la estructura del Derecho Privado y exigen a éste su adecuación a ellos.

### **3. Aplicaciones prácticas del fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado” en la República Argentina**

<sup>11</sup> Sentencia del 17 de febrero de 1984. Ampliar en ARCE Y FLOREZ-VALDES, Joaquín, “El Derecho Civil constitucional”, Madrid, 1986.

<sup>12</sup> Cfr. PERLINGIERI, Pietro, “Il diritto civile nella legalità costituzionale”, Napoli, 1991.

Veamos a continuación diversas aplicaciones prácticas del fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado” en la República Argentina y su influencia en la interpretación y aplicación de la legislación *infra constitucional*.

### **3.a. La Constitucionalización del Derecho Privado y su repercusión en la responsabilidad del garante**

Tanto en la Argentina cuanto en el Derecho comparado<sup>13</sup> se ha generado una fuerte preocupación por la protección del fiador (incluido el principal pagador), procurando que el mismo tome debido conocimiento de los riesgos que acepta, y que ellos guarden una adecuada relación con el tipo de negocio garantizado, la actividad ordinaria del deudor y su situación patrimonial.

Pese a la ausencia en nuestro ordenamiento de reglas especiales que vayan en esta dirección, se ha postulado enriquecer las normas relativas al contrato de fianza a través de una interpretación vivificadora al amparo de los principios generales, particularmente los de buena fe, razonabilidad y protección del consumidor, que actúan como instrumentos flexibles a la hora de juzgar el alcance de la responsabilidad del fiador.<sup>14</sup>

Por influencia del Derecho constitucional, en el ámbito del Derecho de consumo, se ha entendido que si la relación garantizada es de consumo, la protección no se detiene en el deudor principal y se extiende al fiador con los siguientes argumentos<sup>15</sup>:

---

<sup>13</sup> Ver por todos la comunicación de la académica de número Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La eficacia o ineficacia de la llamada fianza ‘excesiva’ ” en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. La Ley, Bs. as., julio 2003. Comenta la jurista que una cuestión muy discutida en el derecho comunitario europeo es si las medidas de protección que las directivas ofrecen al deudor consumidor se extienden a las cauciones, garantías, avales o fianzas otorgadas como accesorios de esos contratos. Existen dos decisiones del Tribunal Europeo que muestran la dificultad del tema. Con relación a la directiva n° 87/577 relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que establece un derecho a dejar sin efecto el contrato dentro del plazo de reflexión, el Tribunal dijo que la caución personal, aunque no está mencionada expresamente en este ordenamiento, está regida por las mismas normas protectoras que el contrato principal celebrado (decisión del 17/3/1998, “Bayerische Hypotheken c. Edgar Dietzinger”). En cambio, en el caso “Berliner Kindl c. Andrea Siepert” del 23/3/2000, en el que se discutía la aplicación o no de la directiva 87/102 (que regla los contratos de créditos con consumidores, es decir, aquellos contratos en que un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, de un préstamo, o de cualquier otra facilidad de pago similar), el tribunal dijo que ninguna norma de esa directiva, ni tampoco una interpretación derivada de los objetivos ni de la economía de la directiva, permite extender sus preceptos a la fianza.

<sup>14</sup> Cfr. FRESNEDA SAIEG, M. – HERNANDEZ, C., “Límites a las responsabilidades del fiador en las fianzas abiertas”, revista argentina Zeus, t. 92, D-59.

<sup>15</sup> Cfr. HERNANDEZ, C. “Información, accesoriidad y revisión en el contrato de fianza” en Revista de Derecho comercial, del Consumidor y de la Empresa, año 1, número 1, septiembre de 2010, ed. La Ley, pág.

*Principio de accesoriedad (art. 42 Constitución Nacional):* que somete lo accesorio a lo principal. Supone proyectar del negocio principal al subordinado, la naturaleza de consumo del primero, lo que resulta lógico en el esquema del estatuto de defensa del consumidor, que sitúa la protección en el contexto de la relación de consumo (art. 42 Constitución Nacional)

*Interpretación del art. 1 ley 24.240 (ref. ley 26.361)* que atrapa no sólo a los consumidores que han otorgado la garantía para su propio beneficio (vgr., hipoteca celebrado por el deudor) sino que también se expande a aquellos que la han constituido en beneficio de su grupo familiar o social (vgr., contrato de fianza)

*Principio de igualdad (art. 16 Constitución Nacional)* que impide que se distinga a los efectos de la tutela entre negocio de consumo y negocio de garantía

¿Qué se persigue? Que el *fiador – aceptante* tenga “conocimiento efectivo”:

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

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

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

- “Nulidad” del contrato de fianza (arg. art. 37 ley 24240 de defensa del consumidor), o bien,
- “Acotación” de la obligación del fiador al riesgo oportunamente informado

---

213 y sigtes. En nuestra opinión, la discusión seguirá latente y podrán utilizarse estos “mismos argumentos” de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina de 2011/2012 (decreto presidencial n° 191/2011) pues su artículo 1092 (Relación de consumo. Consumidor) no resuelve la situación del fiador al expresar: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. Va de suyo que el fiador no adquiere ni utiliza bienes o servicios.

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

En la Argentina, tuvo lugar un precedente paradigmático “Banco Nación c. Sereno, Hugo”<sup>16</sup>, de la Cámara Federal de Córdoba (sala A), con las siguientes aristas.

- *El Banco Nación demanda la suma de \$ 23.055 por compras efectuadas utilizando el sistema de tarjeta de crédito*
- *Demanda al titular de la tarjeta y al fiador*
- *El fiador reconoce haber asumido la garantía **pero afirmó haberlo hecho hasta el límite de compra de la tarjeta que alcanzaba un valor de \$ 2500***
- En el pleito se “discutía” la **interpretación de las cláusulas contractuales (predispuestas por el acreedor) en orden a la “delimitación” del riesgo asumido por el garante**
  - la **mayoría**, erróneamente según nuestra opinión, confirmó la sentencia de grado e hizo lugar a la demanda:
    - Hizo prevalecer la cláusula 15 de las **condiciones generales de contratación** por la cual el garante se había obligado como **principal pagador por “todas” las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda**
    - En cambio, **la minoría** -correctamente según nuestro criterio- valoró de manera especial que el Banco había celebrado el contrato **con límite conjunto de compra** por lo cual entendió que la cláusula por la cual el garante se había obligado como principal pagador por “todas” las obligaciones que él o los usuarios titulares contrajeran hasta la extinción total de la deuda **no debía interpretarse literalmente y fuera del contexto general del contrato suscripto, tanto más por tratarse de un contrato de adhesión**. Por lo tanto, concluyó:
      - que se debía condenar al garante en los términos del **límite de compra**
      - que *las dudas generales por la ambigüedad de los términos globales del contrato deben despejarse en*

*contra del predisponente, por imperio de la regla hermenéutica **contra proferentem***

*- que no se debe comprometer la eficacia de la garantía, aunque se debe facilitar su **adecuación** a aquello a lo que razonablemente puede entenderse que se obligó el garante*

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

Esta problemática se vincula con la llamada “fianza excesiva”.

Previo a esbozar una posible solución en el Derecho argentino, recordaremos algunos casos del Derecho comparado que demuestran que nuestro interrogante no es cuestión menor.

#### **(a) La situación en el Derecho Francés**

En Francia se suscitó un “leading case” para una garantía otorgada por un “no consumidor”<sup>17</sup>. Fue el caso Macron resuelto por la Sala Comercial de la Corte de Casación el 17/6/1997<sup>18</sup>.

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

<sup>16</sup> Revista Argentina La Ley Córdoba 1997-971.

<sup>17</sup> Para los consumidores, el Código del Consumo francés de 1993 en su artículo 313-10 dice: “Un establecimiento de crédito no puede prevalerse de la garantía personal otorgada en una operación de crédito, concluida por una persona física, cuya obligación era, al tiempo de la celebración, manifiestamente desproporcionada a sus bienes e ingresos, a menos que el patrimonio de este fiador, al momento en que se le exige la deuda, le permita hacer frente a esa obligación”.

El caso llegó la sala Comercial de la Corte de Casación a través de dos recursos: uno interpuesto por el fiador y otro por el banco; el fiador insistía en su liberación total por vicio del consentimiento (error); ese recurso fue rechazado; el Alto Tribunal francés afirmó que nada había que reprochar a la cámara de apelaciones cuando afirmó que en su calidad de director de empresa, el fiador no podía sostener que no había comprendido lo que firmaba. También rechazó el recurso interpuesto por el banco y confirmó la sentencia de la Cámara de Apelaciones de París del 8/2/1995; dijo que aunque ningún error vició el consentimiento de Macron, el tribunal de grado pudo legítimamente considerar que en razón de la enormidad de la suma garantida por una persona física y de las otras circunstancias de hecho que permitían excluir toda buena fe por parte del banco, éste había incurrido en culpa grave al haber exigido un aval cuyo monto no tenía ninguna relación con el patrimonio y los ingresos del avalista.

En definitiva, el tribunal de grado rechazó la causal de nulidad articulada por el fiador, pero hizo lugar a los daños y perjuicios sufridos a raíz del otorgamiento de la caución; liquidó ese daño en una suma equivalente a  $\frac{3}{4}$  del monto de la garantía, o sea en 15.000.000 de francos, siendo que la demanda inicial del acreedor ascendía a 20.000.000. En otros términos, se condenó al fiador a pagar \$ 5.000.000, cantidad que se entendió era proporcionada a su patrimonio y a sus recursos.

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

## **(b) La situación en el Derecho Alemán**

Un padre era deudor de 100.000 marcos con un banco. Su hija de 21 se constituyó en fiadora (desempleada, cobraba seguro de desempleo, ganaba como obrera de fábrica 1150 marcos mensuales, luego se divorció y tenía 3 hijos a su cargo). Se ejecutó la garantía.

---

<sup>18</sup> Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La eficacia o ineficacia de la llamada fianza ‘excesiva’” en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. La Ley, Bs. As., julio 2003

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

En cambio, la Corte **Constitucional**<sup>19</sup> (en decisión del 19/10/1993) revocó la sentencia y argumentó:

- Los conceptos de derecho privado no pueden desentenderse de los principios fundamentales que inspiran los derechos constitucionales
- En ocasiones, la superioridad económica de una de las partes contratantes es tan fuerte que puede determinar el contenido del contrato, **hipotecando el futuro de la otra**
- Debe tenerse en cuenta la garantía constitucional que otorga el derecho al desarrollo de la personalidad: **el ordenamiento jurídico debe reaccionar cuando existe una subordinación estructural de una de las partes del contrato respecto de la otra**

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

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

### (c) La situación en el Derecho inglés

Se trata del precedente “Barclays Bank c. O’ Brien” resuelto en el año 1994<sup>20</sup>.

- O’ Brien era socio de una compañía que debía sumas provenientes de descubiertos en cuenta corriente
- Transó con el banco que se aumentara el descubierto a cambio de una hipoteca sobre un inmueble sede del hogar conyugal que tenía en condominio con su esposa

---

<sup>19</sup> Ver la sentencia publicada en la “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, 1995 PP 197, con nota de BARENGHI, Andrea, “Una pura formalità. A propósito di limiti e di garanzie dell’ autonomia privada in diritto tedesco”.

<sup>20</sup> Ver comentario de LEBON, Caroline, Vorlagebeschluss of june 29, 1999, “The protection of vulnerable sureties as to German, French, Belgian, Dutch, English ando Scottish Law” en Rev. Européenne de droit privé, 2001-2-436 y ss.

- El gerente del banco ordeno al empleado que ambos cónyuges debían estar plenamente informados y ser conscientes de la naturaleza de la documentación que firmarían.
- Además debía aconsejarles consultar a sus abogados antes de firmar
- el empleado del banco no siguió las instrucciones y la sra. O'Brien suscribió la documentación sin siquiera leerla
- Ella invocó que había sido inducida a firmar por influencia indebida de su marido y que lo había hecho por error
- En autos se acreditó que el sr. O'Brien le dijo a su esposa que la deuda llegaba sólo a 60.000 libras esterlinas y que sería cancelada en un tiempo breve

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

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

Retornando al análisis del tema en el **Derecho argentino**, la cuestión suele plantearse cuando nos hallamos frente a las llamadas "fianzas ómnibus", es decir, *"aquella en que el fiador asume garantizando todas las deudas que el deudor tenga actualmente o vaya a contraer en el futuro con el acreedor"* (art. 1993, Código Civil).

La característica esencial de esta especie de fianza es que no se exige una limitación en el monto de la obligación o de la garantía; por lo que se propone su interpretación restrictiva<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina de 2011/2012 (decreto presidencial n° 191/2011) ahora exige la previsión de monto en este tipo de fianzas: ARTÍCULO 1578.- Fianza general. "Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, en todos los casos debe precisarse el monto máximo al cual se obliga el fiador. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los CINCO (5) años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación sea notificada al acreedor".



Así las cosas, conforme al nuevo panorama constitucional desde la reforma de 1994 en Argentina, ¿Cabe extender las soluciones del derecho comparado a favor del garante *no consumidor*<sup>22</sup>?

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

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

En la Argentina, actualmente, por aplicación de los principios generales que emanan del sistema normativo tales como la buena fe, el orden público, las buenas costumbres, el abuso de derecho y la protección de los terceros (arg. artículos 21, 656, 953, 954, 1070 y 1198 del Código Civil), interpretados a la luz de los Tratados de Derechos Humanos antes citados, pareciera que ***en casos excepcionales en los cuales las relaciones jurídicas de garantía dejen transparentar una subordinación estructural de una de las partes del contrato (el garante) frente a la otra (el acreedor)***, sería posible que el juez “limite” la responsabilidad del garante -aunque el monto de la operación garantizada sea mayor- siempre y cuando:

- el monto de la garantía aparezca desproporcionada habida cuenta de la situación patrimonial y los ingresos del garante al momento de la constitución de la garantía

---

<sup>22</sup> En nuestra opinión, la discusión seguirá latente de aprobarse el Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina de 2011/2012 (decreto presidencial n° 191/2011) pues su artículo 1575, si bien autoriza a reducir la fianza a los límites de la obligación principal, nada dice de manera expresa respecto a la posibilidad de reducir el monto de la garantía por otras razones como ocurre en los casos de abuso (por ejemplo, monto excesivo de la garantía en relación con el patrimonio y los ingresos del garante). Expresa la norma precitada: “Extensión de las obligaciones del fiador. La prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. El fiador puede constituir garantías en seguridad de su fianza”. Seguramente la solución vendrá por vía de los principios generales (por ej., buena fe, abuso de derecho, etc.).

- el garante se encuentre en una situación subjetiva de inferioridad frente al acreedor profesional (arg. art. 902. Cód. Civil) en razón de su estado de necesidad, ligereza o inexperiencia y demás circunstancias del caso
- la ejecución de la garantía -de acuerdo al monto pactado originariamente- configure un abusivo aprovechamiento de la situación del garante

Una norma expresa en este sentido, que faculte al juez en los términos indicados, no sería descabellada.

Sin embargo, reiteramos, que la idea sustancial de esta propuesta normativa es abrir el debate y dejar planteado el interrogante ante el nuevo “escenario constitucional” toda vez que, de ninguna manera, pretendemos eliminar la autonomía de la voluntad en perjuicio de la seguridad jurídica crediticia.

### **3.b. Las garantías autoliquidables y el problema de su constitucionalidad**

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

Michele Sesta enseña que la garantía a primera demanda es un acto jurídico por el cual un sujeto, dotado de una sólida posición financiera (normalmente un banco o una compañía de seguros), se obliga a pagar un determinado importe al beneficiario, con el fin de garantizar la prestación de un tercero, a simple demanda del beneficiario y, por regla, con renuncia a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez o coercibilidad del vínculo garantido, existente entre el beneficiario y el deudor principal, al cual el garante permanece extraño<sup>23</sup>.

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

Ello plantea el interrogante si, acaso, estas garantías implican una renuncia anticipada

del derecho constitucional de defensa en juicio del deudor; que las tiñe de inconstitucionales y violatorias de normas fundamentales de nuestra Constitución (arts. 17 y 18).

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

En efecto, al regularse las garantías a primera demanda -toda vez que la “propiedad” es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17 Const. Nacional)- hay que otorgarle al garante “autoejecutado” el derecho detener la ejecución en casos de *abuso o fraude manifiesto* del beneficiario acreedor que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen (por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda -lo que está documentado- cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; etc.); autorizándolo, de este modo, a solicitar ante un órgano jurisdiccional que ordene la no ejecución de la garantía o, en su defecto, que condicione la misma a que el beneficiario satisfaga previamente la constitución de una caución suficiente para evitar daños irreparables al garante autoejecutado.

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

---

<sup>23</sup> “Le garanzie atipiche”, Cedam, Padova, 1988.

- artículo 18 Const. Nacional (garantía del debido proceso legal)
- artículo 19 Const. Nacional (principio de reserva)
- artículo 17 Const. Nacional (inviolabilidad del derecho de propiedad)
- artículo 43 Const. Nacional (principio de la tutela inhibitoria) y, especialmente,
- el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos referenciado que reza que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* (art. 75, inc. 22° Const. Nacional).

Así las cosas, el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, *aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto*. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales.

Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que -por el principio “pro actione”- hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción<sup>24</sup>.

En suma, si ensayáramos una norma sobre el particular, siguiendo -con algunos retoques- la propuesta del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio de la República Argentina de 1992 (decreto 468/92, art. 1479), el legislador actualizador debiera sancionar una norma de un tenor “similar” al siguiente: *“En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán ocurrir ante el juez, quien podrá condicionar el cobro de la garantía al otorgamiento de caución suficiente*

---

<sup>24</sup> Informe 105/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 29/09/1999, “caso 10.194: Palacios, Narciso – Argentina”. con nota de Carlos A. Botassi, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos”, revista argentina La Ley 2000-F-594.

*u ordenar el cumplimiento de otros recaudos que resulten pertinentes al caso y, excepcionalmente, disponer la suspensión de la ejecución”<sup>25</sup>.*

### **3.c. El concurso extranacional y el principio de reciprocidad**

Según el párrafo 3ro del artículo 4 de la ley concursal argentina n° 24.522: *“la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la Argentina puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero”.*

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

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

- Se aplica a la quiebra y al concurso preventivo
- El acreedor foráneo, **que no pertenezca al concurso abierto en el extranjero**, puede obtener igualdad de trato con los acreedores locales siempre que “acredite” que en el derecho vigente en el país en el cual el crédito

---

<sup>25</sup> El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de la República Argentina 2011/2012 (decreto presidencia n° 191/2011), en su artículo 1810 (**Garantías unilaterales**) expresa: “Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este Capítulo las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquéllas en que de cualquier otra manera se establece que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta a la promoción de las acciones recursorias correspondientes. *En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante puede requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro*”. En nuestro concepto, la norma debiera contemplar una abanico de posibilidad frente a la eventual ejecución abusiva: (i) caucionar la ejecución (presuntamente abusiva) y exigirle al acreedor que satisfaga -antes de la realización de la garantía- la constitución de una caución suficiente y (ii) autorizar al juez a que, previo pedido de parte, ordene lisa y llanamente la no ejecución de la garantía. En efecto, si estamos en presencia de un daño irreparable, ¿Para qué autorizar la ejecución, aún caucionando el posible daño que se cause, cuando es patente el abuso? Mejor darle la opción al juez, a pedido del garante u ordenante amenazado, de detener la ejecución y evitar un desgaste inútil. Independientemente de lo parco del artículo 1810 es importante que el Anteproyecto haya consagrado este artículo para el Derecho Argentina porque constituye una excepción al principio consagrado en materia de prevención del daño (previsto en el capítulo de responsabilidad civil, art. 1711) que prevé expresamente la “irrelevancia” del factor de atribución. Pues bien, hay una excepción justamente en materia de tutela del crédito en los casos de garantías autoliquidables en las cuales para prevenir el daño y detener la ejecución es relevante y necesario probar el factor de atribución: EL DOLO O EL ABUSO O EL FRAUDE MANIFIESTOS. Reza el mentado artículo 1711 (**acción preventiva**): “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

es pagadero, un acreedor “argentino” (**pagadero en Argentina**) tiene reciprocidad de verificación y cobro

- **Conclusión:** la verificación de tales acreedores está condicionada a la “**existencia de reciprocidad**”, es decir, *a la prueba de la falta de discriminación en la ley extranjera*

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

Hay quienes entendieron que se trata de un principio constitucional, al sostener que: *“tal como está establecido en orden al lugar de pago del crédito y no a la nacionalidad del acreedor no existe elemento discriminatorio, sino vigencia del principio de territorialidad y soberanía de la ley nacional, por lo que la impugnación no es sustentable. En consecuencia, la prueba del derecho extranjero constituye una carga del acreedor que pretende ser verificado, aún cuando, como todo “hecho”, adscriba a la libertad probatoria”<sup>26</sup>.*

**Sin embargo cabe preguntarse si -a la luz del Bloque de Constitucionalidad (art. 75 inc. 22 Constitución Argentina) y su eficacia derogatoria e interpretativa- podemos seguir sosteniendo la vigencia de este principio de reciprocidad.**

En efecto, se ha sostenido que: *“el concurso único no admite discriminar desigualitariamente entre unos acreedores y otros (pagaderos aquí o en el extranjero) porque los que son titulares de créditos a cancelar en el extranjero, donde no hay quiebra, tienen suficiente punto de conexión con la jurisdicción argentina como para invocar aquí la protección integral de la Constitución. Este punto de conexión está dado por la pendencia del único concurso ante el tribunal argentino y por la existencia de bienes del deudor en nuestro territorio”<sup>27</sup>.*

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

---

<sup>26</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos “Ley de Concursos y Quiebras”, tº 1, 2da. ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 2009.

<sup>27</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “El art. 4 de la ley de concursos y la constitución”, revista argentina El Derecho 104-1019.

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

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

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

Actualmente, creemos que sin llegar a impugnar por inconstitucional el principio de reciprocidad, y a la luz del bloque de constitucionalidad que no se puede soslayar, es posible efectuar una “relectura” conciliadora del artículo 4 de la ley 24.522 que repercute en la morigeración de la carga probatoria del Derecho extranjero por parte del pretense acreedor foráneo<sup>28</sup>; de tal modo que no se le niegue irracionalmente la incorporación al pasivo.

Conclusión:

*- Aunque la carga de la prueba incumbe al acreedor, el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o, incluso, del propio juez; el síndico debe cooperar en la investigación y el juez puede hacerlo de oficio. En suma, la omisión del acreedor no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido de verificación<sup>29</sup>*

---

<sup>28</sup> ROUILLÓN, Adolfo, “Cuestiones de Derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 1999, año XLIV, n° 37, pág. 25; DI TULLIO, José A., y RUIZ, Sergio G., “Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad”, revista argentina Jurisprudencia Argentina 2000-IV-985; BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 3° ed., Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 1992, t. II, pág. 1022.

<sup>29</sup> A mayor abundamiento, y en consonancia con lo expuesto, según la CIDIP (Convención Interamericana de Derecho Internacional privado) II sobre “Normas Generales” (**ratificado por la Argentina ley 22.291**) “los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable”; razón por la cual este Convención habría derogado el art. 13 C. Civil, por lo que -para el Derecho argentino- *el derecho extranjero es un “hecho notorio” y el juez puede tenerlo en cuenta oficiosamente sin perjuicio de que las partes lo aleguen y aporten las pruebas que estimen oportunas.*

Esta fue la línea seguida por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Argentina), sala I, 28/04/2005, “Sabate Sas S.A. en COVISAN S.A. P/Conc. Prev.”<sup>30</sup>, donde se concluyó que: *“Adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad -en el caso por una factura que establecía como condición de pago por la concursada una transferencia bancaria a Francia- pues aunque en principio la carga de la prueba incumbe al acreedor, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificadorio desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o incluso del propio juez”*.

En otro orden de cosas, vale destacar, que la morigeración del principio de la reciprocidad parece ser la tendencia mundial.

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

A su turno, la **ley de concursos mercantiles mexicana** expresa en su artículo 290: *“Salvo lo dispuesto en el segundo párrafo, los acreedores extranjeros gozarán de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en este Estado y de la participación en él con arreglo a esta Ley. Lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo no afectará al orden de prelación de los créditos en un concurso mercantil declarado con arreglo a esta Ley, salvo que no se asignará a los créditos de acreedores extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes”*.

Finalmente, **“el Reglamento” (CE) n° 1346/2000 del Consejo Europeo**, del 29 de mayo de 2000 admite la verificación de cualquier acreedor en el concurso abierto en un Estado miembro (art. 32<sup>31</sup>) y omite toda alusión, obviamente, a la regla de

<sup>30</sup> Revista Argentina La Ley 2005-D-247.

<sup>31</sup> Ejercicio de los derechos de los acreedores. 1. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario. 2. Los síndicos del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios presentarán en otros procedimientos los créditos ya presentados en el procedimiento para el que se les haya nombrado, en la medida en que sea útil para los acreedores cuyos intereses representen y sin perjuicio del derecho de estos últimos a oponerse a ello y a retirar su



reciprocidad mencionada precedentemente, puesto que todos los Estados deberán adecuar sus ordenamientos internos a dicha normativa. Postula, además, el mantenimiento de la paridad en los dividendos (art. 20<sup>32</sup>).

Recapitulando: entendemos que el legislador actualizador del Derecho comercial argentino con relación al caso que estamos analizando *-verificación en la Argentina del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca, a su vez, a un concurso abierto en el exterior-* debiera prever una norma expresa que propicie la morigeración de la carga probatoria del Derecho extranjero que pesa sobre aquél; de tal modo de evitar interpretaciones encontradas y en desmedro del principio de reciprocidad, conciliando así la normativa concursal con el Bloque de Constitucionalidad.

### **3.d. Los llamados “acreedores involuntarios”**

También en el ámbito del Derecho concursal argentino se ha suscitado una controversia en los últimos años en torno al tratamiento que la Jurisprudencia<sup>33</sup> ha dado a los llamados “acreedores involuntarios”.

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

---

presentación, cuando así lo contemple la ley aplicable. 3. El síndico de un procedimiento principal o secundario estará habilitado para participar en otro procedimiento en las mismas condiciones que cualquier acreedor, en particular formando parte de una junta de acreedores.

<sup>32</sup> Restitución e imputación. 1. El acreedor que, tras la apertura de un procedimiento del apartado 1 del artículo 3, obtenga por cualquier medio, en particular por vía ejecutiva, un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7. 2. Para garantizar la igualdad de trato de los acreedores, el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento cuando los acreedores del mismo rango o de la misma categoría hayan obtenido, en ese otro procedimiento, un dividendo equivalente.

<sup>33</sup> Causa 95754 Reg. 288 - "Gonzalez Feliciano c/ Microomnibus Gral. San Martín s/ incte. Verificación tardía" - CAMARA PRIMERA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO (Buenos Aires) - SALA I - 18/05/2004. Revista argentina La Ley To. 2004-D pág. 739, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe “Otra muestra del ‘Derecho Privado Constitucional’: la constitución avanza sobre los privilegios concursales”. Ver también J.Nac.Com. No. 20, mayo 24-2007 “Institutos Médicos Antártida S.A. s/quiebra s/incidente de verificación por: R. A. F. y de L. R. H. de F.” revista argentina La Ley To. 2007-E pág. 552, con nota de aprobatoria de Francisco Junyent Bas “Se abrió el cielo. A propósito de los

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

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

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

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

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

En esta línea argumental, la ley 26.684 agregó al artículo 16 de la ley concursal argentina el siguiente párrafo: *“Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras”*.

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

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

- (i) por un lado, se sostuvo que *“una inteligencia restrictiva permitiría aducir que la conjunción copulativa ‘y’ que se agrega entre el régimen de pronto pago y las circunstancias particulares de los titulares afectados por las contingencias de salud o alimentarias se refiere solamente a los **trabajadores**”*<sup>34</sup> y
- (ii) sin embargo, por otro lado, se entendió que *“este tipo de interpretación no parece receptar el verdadero espíritu del legislador, pues resulta evidente que los trabajadores ya tienen el beneficio del pronto pago, por lo que una lectura de este tipo implicaría una mera reiteración del beneficio”*<sup>35</sup>.

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

Por ello, creemos que una futura reforma de la legislación falimentaria argentina, el legislador debiera regular expresa y claramente quiénes son los acreedores involuntarios o extracontractuales beneficiarios del régimen del pronto pago para casos de urgencia (especificando en qué supuestos) y, a la vez, hacer un retoque en el articulado referido al elenco de acreedores privilegiados mencionados en la ley 24.522.

---

<sup>34</sup> JUNYENT BAS, Francisco, “La reforma del ordenamiento concursal introducía por la ley 26.684”, revista argentina El Derecho 243-991.

<sup>35</sup> JUNYENT BAS, Francisco, “La reforma del ordenamiento concursal introducía por la ley 26.684”, revista argentina El Derecho 243-991.

Esto evitará que se susciten controversias en torno a la supuesta falta de asidero legal de los pronto pagos concedidos por la jurisprudencia hasta ahora; poniendo a tono, a su vez, el estatuto concursal con el Bloque de Constitucionalidad (art. 75, inc, 22° Constitución Nacional).

La situación de estos acreedores en otros países ha tenido consagración expresa.

Por ejemplo, hallamos el **artículo 91.5° de la ley concursal española 22/2003** que regula un privilegio aplicable a estos créditos. Los acreedores involuntarios son ubicados en el *cuarto y quinto* orden de los privilegios generales. Reconocen por ello prelación a su respecto los créditos con privilegio especial (art. 90) y los créditos contra la masa (art. 84 y 154) y, dentro del elenco de privilegios generales a las cuatro primeras categorías, esto es: los créditos salariales de primer rango (art. 91.1); créditos por retenciones fiscales y sociales (art. 91.2) y créditos por trabajo personal no dependiente y por derecho de autor (art. 91.3) créditos tributarios y de derecho publico (art. 94.4). Pero además de la consagración del privilegio general en el quinto orden, los acreedores involuntarios son considerados *acreedores de la masa* cuando **(i)** el crédito hubiere nacido con *posterioridad* a la declaración del concurso y en ocasión de la *continuación de la actividad*, ya fuere profesional o empresarial del concursado; o **(ii)** cuando deriven de la responsabilidad extraconcursal personal del concursado (art. 84.2.5 y 10 respectivamente).

Lo propio ocurre con la ley de bancarrotas de EEUU que prevé la prioridad en el pago a los créditos alimentarios debidos a hijos o ex cónyuges, o los que deriven de daños generados en el funcionamiento del vehículo motor o marítimo, en caso de que la operación de ese vehículo fuese declarada ilegal por encontrarse el deudor intoxicado por ingesta de alcohol, drogas u otras sustancias (sección 507). También prevé prioridades en el pago en el subcapítulo IV que trata la reestructuración de pasivos de los ferrocarriles sección 1071 respecto de un individuo persona física o su heredero si esta hubiese fallecido con un crédito por daños personales o fallecimiento del mismo, ello a pesar de que resultan quirografarios. Pareciera que esta legislación hace énfasis en el mayor factor de atribución de responsabilidad del deudor o en la consideración especial de cierta actividad del deudor como en el caso de los ferrocarriles.

#### **4. Conclusión**

De acuerdo a las ideas expuestas, podemos concluir que en los diversos ordenamientos jurídicos de los diferentes países se vienen produciendo transformaciones en la Conciencia Colectiva. En efecto, el Derecho se ha transformado a resultas del reconocimiento de derechos fundamentales, toda vez que éstos han inspirado soluciones nuevas sobre las relaciones jurídicas privadas.

Consecuencia de ello es que el Derecho Privado se ha constitucionalizado y se ha hecho necesario armonizar el Derecho constitucional con el resto del ordenamiento jurídico a la luz de los valores jurídicos consagrados en las diversas Constituciones y Tratados de Derechos Humanos.

Así las cosas, se han empezado a ver algunas muestras de esas transformaciones en materia de derecho a la intimidad, protección al consumidor, derecho a la salud, emergencia económica, etc.; en suma, en el derecho privado en general; lo que ha obligado a hacer una relectura de las legislaciones *infraconstitucionales*.

En este contexto, el operador jurídico puede adoptar diversas actitudes: permanecer pasivo o bien adoptar una conducta activa y, en este último caso, puede ocurrir que el legislador tome la iniciativa y armonice la legislación infraconstitucional, o bien, que permanezca inactivo, trasladando dicha tarea a los jueces.

Como hemos podido observar mediante el estudio de las diversas legislaciones, la conducta adoptada por los operadores jurídicos ha sido dispar en los diferentes países.

civilistica.com

Recebido em: 01.12.2015  
Publicado a convite.

**Como citar:** BORETTO, Mauricio. La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/la-relacion-entre-la-constitucion-y-el-derecho-privado/>>. Data de acesso.