



# LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
ARGENTINA

**1987**

**LYE**

**47**







## LECCIONES Y ENSAYOS

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano  
Profesor Jorge Alberto Sáenz

### DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director  
Profesor Emérito Dr. Ignacio Winickzy

Consejo Asesor  
Prof. Néstor Buján  
Prof. Raúl A. Etcheverry  
Prof. Martín D. Farrell  
Prof. Manuel A. Laquis  
Prof. Horacio Sanguinetti

Consejo de Redacción (1984-1986)  
Director: Alejandro Radzyminski  
Secretaria de Redacción: Ana M. I. Dell Zordo  
Redactores: Ariel Kaufmann  
Gabriel Negretto  
Hugo Quevedo  
Alfonso Santiago  
Mónica Simón

Consejo Directivo (1986-1988)  
Director: Alejandro Daniel Fiuza  
Subdirector: Martín Esteban Paolantonio  
Secretaria de Redacción: Graciela Claudia Pérez  
Redactores: Lilitiana Elba Fluix  
Victor Abramovich  
Rosana Gimeno  
Manuel Garrido  
Roxana Kahale

Este número ha sido elaborado con parte del material compilado por el Consejo de Redacción (1984-1986) actualizado y corregido bajo la supervisión del Consejo Directivo actualmente designado (Res. 1538/88)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
ARGENTINA

# LECCIONES Y ENSAYOS

1987

LyE

47



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
BUENOS AIRES  
1987

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
Departamento de Publicaciones  
Figueras Alcorta 2263 - CP-1425  
Buenos Aires - Argentina

© EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.  
Lavalle 1208 - Buenos Aires

ISSN: 0024-8079

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
IMPRESO EN LA ARGENTINA

## EDITORIAL

No es usual la inserción de espacios editoriales en publicaciones jurídicas. Tampoco lo era en *Lecciones y Ensayos* hasta hoy. En éste, el primero de la historia de la revista queremos explicar su sentido y carácter.

La revista *Lecciones y Ensayos* no es nueva. Reseñar su historia significa rememorar parte de la vida de un hombre, maestro de maestros y ejemplo digno de ser imitado por profesores y estudiantes. Su relato excedería estas palabras. Sólo diremos que hace tres décadas un profesor de esta facultad puso su confianza en los estudiantes, en su idoneidad, otorgándoles la responsabilidad de dirigir una revista de estricto contenido técnico.

Así nació nuestra revista, pensada para y por los estudiantes, contando –además– con el invaluable apoyo y asesoramiento de distinguidos académicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Entonces era su primordial objetivo –y lo es hoy– constituirse en un medio de satisfacción de las necesidades bibliográficas de los alumnos y, al mismo tiempo, forjarse como receptáculo del análisis jurídico-crítico de la realidad.

Por eso *Lecciones y Ensayos*: “Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local” (Ignacio Winicki, *Lecciones y Ensayos*, n° 1).

Razones que no creamos necesario explicitar impidieron su aparición entre 1971 y 1986 en la forma en que fue concebida e imaginada. Hoy, no obstante modificaciones en la tapa y su formato, *Lecciones y Ensayos* continúa imbuida por ese espíritu originario...

Su continuidad futura es nuestro desafío, su contenido, un fiel reflejo de nuestra Universidad...

## DE LECCIONES Y ENSAYOS N° 1

Como no podía ser de otra manera, nuestra primera preocupación al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad fue la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Resuelta la publicación de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse esa vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comuniquen entre sí y tengan una tribuna donde adiestrarse en el escribir jurídico, donde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la *Revista del Centro de Estudiantes*, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mecánico estudiar y rendir exámenes, marcado sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear *Lecciones y Ensayos*. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por eso entregamos a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y ahorrándoles el tremendo esfuerzo de cubrir gastos.

*Lecciones y Ensayos* en manos de los alumnos —entiéndase bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

IGNACIO WISIZKY

## ÍNDICE

Editorial .....	7
-----------------	---

### LECCIONES

Alegria, Héctor, Extraterritorialidad de los concursos	13
Martínez Vivot, Julio J., Los principios de igual remuneración por igual tarea y por trabajo de igual valor .....	55
Rimoldi de Ladmann, Eve I., El derecho de integración y el derecho constitucional latinoamericano .....	69
— Fernández Pardo, Carlos A., El capital extranjero en la economía nacional. Su naturaleza y su incidencia entre 1880 y 1940 .....	97
Pitrau, Osvaldo F. - López Fuster, Gustavo O., La conformidad materna del artículo 255 y la autoridad de los abuelos .....	117
Agulla, Juan Carlos, Los profesionales en la sociedad argentina .....	137

### ENSAYOS

Lorente, Javier A., El gestor procesal .....	149
Garrido, Carlos M., Los partidos políticos y su influencia en la separación de los poderes del Estado .....	171
De la Cruz, Andrés, Primeros pasos en la comprensión de la concentración empresarial .....	185
Paolantonio, Martín E., Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social .....	195

## DOCUMENTOS

Acta para la integración argentino-brasileña .....	219
--	-----

## MISCELÁNEA

Consejos para el estudiante de derecho .....	339
--	-----

## **LECCIONES**



## **EXTRATERRITORIALIDAD DE LOS CONCURSOS**

**HÉCTOR ALBERIA**

### **1. OBJETIVOS DE LA LECCIÓN**

Por tratarse de una comunicación para la revista "Lecciones y Ensayos" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, la presente se inscribirá dentro de las "lecciones" y, por tanto, consistirá en una exposición de los temas vinculados a la extraterritorialidad de los concursos, tal como se requiere para la atención de los estudiantes según los programas de la asignatura denominada "Derecho comercial, Parte II<sup>da</sup>". De ahí la sencillez de algunas explicaciones, sin desarrollo de peculiaridades de doctrina sobreaabundantes para ese objeto.

En el Anexo se incorporan textos de leyes, tratados internacionales o proyectos de interés, así como una bibliografía ampliada y diversos trabajos dirigidos al mejor aprovechamiento pedagógico del tema en estudio.

Los distintos tamaños de letra empleados indican los párrafos más importantes y los complementarios.

### **2. PRESENTACIÓN DEL TEMA**

En una situación de concurso, puede ocurrir que el deudor tenga bienes y acreedores en distintas jurisdicciones territoriales nacionales.

En esas condiciones, hay que estudiar cómo se resolverá el problema de la declaración de concurso, que debe dictarse por la situación del deudor, y del efecto que ella produce respecto de los bienes y de los acreedores que se encuentren

fuera del territorio nacional del Estado en el que se pronuncia la sentencia declarativa.

Este problema contiene una serie de tópicos que se derivan de las soluciones que se adopten, entre ellos:

- a) Qué juez es el competente para pronunciar la sentencia declarativa del concurso.
- b) Qué efectos tiene esa sentencia sobre bienes (muebles e inmuebles) ubicados en territorio de otros Estados.
- c) Qué resultados tiene respecto de acreedores ajenos a la jurisdicción del Estado y qué criterio de calificación en razón de esa correspondencia a uno u otro Estado (nacionalidad, domicilio del acreedor, lugar de cumplimiento de la obligación, etcétera).
- d) Qué efectos se reconocerá a la sentencia declarativa respecto de los actos realizados por el concursado en otros Estados.
- e) Qué ley se aplicará en los aspectos sustanciales y en los aspectos procesales del concurso.
- f) Qué función corresponde al síndico (u órgano similar) respecto de bienes y acreedores ajenos a la jurisdicción del Estado.
- g) Qué regla se aplicará para la consideración de los créditos y, en su caso, de los privilegios.
- h) Reglas respecto de otros procedimientos distintos de la quiebra (acuerdo preventivo, moratoria, etcétera).
- i) Reglas sobre soluciones del concurso (preventivo, acuerdo resolutorio, avenimiento, conclusión de la quiebra, etcétera).
- j) Procedimiento y efectos de la rehabilitación del fallido u otras personas inhabilitadas.

Esta enumeración no es limitativa, sino que enuncia los aspectos más considerados por la doctrina, legislación y tratados internacionales, con reflejo en los casos sometidos a consideración de los tribunales. Se advierte por ella misma la importancia del tema que abordamos, si bien enunciaremos principios generales, por entender que algunas precisiones corresponden al estudio del derecho internacional privado.

### 3. SISTEMAS

Es sabido que toda simplificación sistemática implica necesariamente, prescindir de diferencias y apreciaciones que, sin embargo, pueden ser importantes. No obstante, es imprescindible partir de esa presentación para poder comprender las líneas de pensamiento que han orientado a las soluciones doctrinales y, en consecuencia, a las distintas legislaciones y tratados internacionales sobre la materia.

#### a) Dificultades que dan motivo a las distintas soluciones

Siempre es conveniente partir de la consideración de los "porqués" de los problemas teóricos que trataremos de estudiar, así como los "porqués" de las distintas soluciones propuestas.

Analizaremos, en consecuencia, por qué se presentan las situaciones de conflicto, dadas las circunstancias concursales que hemos presentado al comienzo.

Después de la constitución de los Estados nacionales, cada uno de ellos reservó para sí el dictado de las leyes materiales y procesales a aplicar dentro de su territorio, definiendo tanto las personas a quienes se aplican esas leyes, como los bienes alcanzados por ellas. También determinó la jurisdicción y competencia de sus tribunales.

La situación concursal presenta, respecto a esa realidad, peculiaridades que requieren solución. Así, frente a esa inicial territorialidad de las leyes, procedimientos y tribunales, se enfrentan otros principios generalmente recogidos por las legislaciones: por un lado la universalidad y unidad del patrimonio; por otro, que éste (el patrimonio) es la prenda común de los acreedores. La situación concursal que, por definición, se rige por esos principios de universalidad y colectividad, afectaría, por tanto, a bienes y acreedores no sujetos a la ley, a los procedimientos y a los tribunales de un determinado país en los que se declara el concurso. Siendo así, cabría pensar en dos posiciones como fruto de esta confrontación: o bien que el concurso se extiende a los bienes y personas ajenos –en principio– a la jurisdicción territorial del Estado (efecto extraterritorial del concurso); o bien que en cada jurisdicción territorial se resuelva el problema de acuerdo con su ley, procedimiento y tribunal, comprendiendo únicamente los bienes y las personas sometidas a la jurisdicción de cada Estado (efecto territorial del concurso).

b) *Primeras soluciones teóricas: estatuto personal o estatuto real*

Quienes primero se ocuparon del tema tomaron posición frente a él enfocándolo desde dos ángulos distintos que, por ende, condujeron a soluciones contrapuestas.

Así, algunos imaginaron que el derecho de los concursos (entonces focalizado en la quiebra), pertenecía al llamado estatuto personal. Esto, en virtud de que partía de un presupuesto que afectaba al sujeto (la insolvencia) y que causaba una suerte de incapacidad, que se proyectaba a su habilidad para disponer de sus bienes y administrarlos y a las relaciones con sus acreedores. Visto a través de este prisma, el problema trascendía la frontera de un Estado, puesto que concernía a la capacidad de las personas, que debía regirse por un único sistema, denominado su estatuto personal.

De esta tesis participaron, entre muchos otros y con diferentes argumentos y matices: Foelix, Wheaton, Weiss, Delamarre y Le Loitvin, Renault, Laurent, Fiore, Asser y Rivier, etcétera.

Otros, por el contrario, señalaron que la situación había que adscribirla al llamado estatuto real. Razonaban que el concurso constituía una forma de ejecución sobre los bienes de un determinado sujeto, y que, en consecuencia, afectaba a la disposición y administración de tales bienes, situaciones ambas (la ejecución y el régimen de los bienes), que corresponden a la jurisdicción de cada Estado.

Se enrolaron en esta segunda teoría, entre otros, Masse, De Maugeat, Nossa, Thaller, Calvo Contassi, Casaregis, etcétera.

Como se advierte enseguida, la primera posición tiende a la extraterritorialidad y a la unidad de los concursos; la segunda, a la territorialidad y pluralidad.

No dejaron de expresarse soluciones intermedias o mixtas, según las cuales, por ejemplo, el régimen de las incapacidades debía seguir el estatuto personal, mientras que el régimen de los bienes seguiría el estatuto real. Aun más se llegaba a diferenciar, pues se admitía que los bienes inmuebles quedarán sujetos al estatuto real, en tanto los muebles siguieran al estatuto personal.

c) *Sistemas actuales: unidad o pluralidad.*

*Soluciones intermedias*

Como derivación de las primeras apreciaciones teóricas indicadas y con la exposición argumental que señalaremos

enseguida, se pueden catalogar en dos los sistemas principales abordados por la doctrina, las legislaciones nacionales y los tratados internacionales a partir de mediados del siglo pasado: el de la unidad y el de la pluralidad de los concursos. Ellos generaron, también, soluciones intermedias.

### 1) Sistema de la unidad concursal

a) Caracteres. El sistema de unidad concursal, consiste en que se conceptúa que hay que formar un solo concurso respecto del patrimonio del sujeto insolvente, regido –en principio– por la ley del domicilio de éste, que comprenda los bienes radicados en los distintos Estados y a todos sus acreedores.

Como consecuencia, actúa un único tribunal ante el cual deben concurrir todos los acreedores, siendo eficaz esta sentencia en todos los Estados en que existan bienes del deudor.

Existe, por tanto: unidad de legislación aplicable (la del domicilio del deudor); unidad de jurisdicción (tribunal y procedimiento único, el del mismo domicilio) y unidad de masa (todos los bienes y todos los acreedores concurren a una única liquidación).

b) Fundamentos. Múltiples han sido los fundamentos de este sistema. Todos ellos se infieren del argumento central, vinculado con la comunidad jurídica internacional, que supone la aspiración común de integrar los distintos ámbitos jurídicos con fines de hacer comunes las soluciones y abrir, para ello, las fronteras que impiden esa comunicación. Se agregan, además, argumentos vinculados con la naturaleza del fenómeno que se considera (el concurso). De esta solución decía entre nosotros Alcorta, en el siglo pasado: "Nada más sencillo y que cautive con más facilidad a los espíritus más prevenidos".

En concreto, este sistema se apoya en:

1) La quiebra es, en síntesis, la ejecución de un activo para repartirlo entre diversos acreedores. Ese procedimiento de ejecución sólo puede hacerse en un solo lugar y por la autoridad de un mismo juez, que es el del domicilio del deudor. Esta ley y esta jurisdicción sustituyen a la ley que rige cada obligación. Savigny propuso con fuerza este argumento, seguido por otros autores.

2) Siendo el patrimonio prenda común de los acreedores, la única forma de hacer efectivo ese principio es a través de un único juicio de quiebra.

3) Se menciona también la universalidad, es decir, que el patrimonio y el concurso, por tanto, tienen que incluir la totalidad de los bienes activos del sujeto. Como el patrimonio es uno e indivisible, el concurso también ha de ser uno e indivisible.

4) Al contratar, los acreedores han tomado en cuenta la totalidad del patrimonio del deudor y, por ello, el concurso tiene que comprenderlo íntegro.

5) Debe concederse autoridad de cosa juzgada a la sentencia pronunciada respecto del fallido por el tribunal de su domicilio. Esto por razones de cooperación judicial internacional, y porque no es posible que una persona sea fallida en una jurisdicción y no lo sea en otra, es decir, capaz e incapaz a la vez.

6) Se señala que esta solución es acorde con la internacionalización del comercio y favorece las relaciones entre los diversos Estados. Así, se dice con claridad que a una actividad internacional corresponde una responsabilidad igualmente internacional.

Cada una de estas razones ha sido, a su vez, objeto de la crítica de los partidarios de otras soluciones. Su mejor exposición resultará, sin duda, de su comparación con los argumentos con que se pretende sustentar el sistema de pluralidad.

## 2) Sistema de la pluralidad concursal

a) Caracteres. El sistema de la pluralidad concursal consiste en que se puede declarar un concurso en cada Estado en que el deudor posea bienes. Este concurso se rige por las leyes de cada Estado; lo declaran los tribunales respectivos y se tramita de conformidad con los procedimientos de cada país.

Se comprenden en cada concurso los bienes radicados en el país y los acreedores alcanzados por su jurisdicción (existiendo diversas pautas para calificar esa correspondencia).

En consecuencia, hay pluralidad de legislación (la de cada tribunal); pluralidad de jurisdicción (los tribunales) y el procedimiento que rige en cada lugar donde el deudor tenga bienes) y pluralidad de masas (una por cada país en que existan bienes, y comprende los bienes y los acreedores sometidos a esa jurisdicción).

b) Fundamentos. Los argumentos principales en que se sustenta este sistema se centran en dos líneas principales:

una que podemos calificar de política, fundada en la soberanía de cada Estado y en la protección de los intereses de sus acreedores y de su comercio; otra, práctica, apoyada en las dificultades insalvables de integrar efectivamente la comunidad internacional y en los costos y demoras que esa pretendida integración implicaría para cada concurso.

Se afirma este sistema, en definitiva, en que:

1) Thaller dijo: "La unidad del patrimonio se desmembra por la fuerza misma de las cosas y no puede subsistir ante la pluralidad de la soberanía".

2) Cada Estado debe tutelar el interés de sus acreedores y el mejor sistema es el de pluralidad, en orden a esa protección.

3) La quiebra, como ejecución (y embargo) sólo tiene efecto local. La única forma de llegar a la ejecución de todo el patrimonio es obtener tantas declaraciones de falencia como lugares en que existen bienes.

4) Las leyes de concursos son de las llamadas "de policía" o de "seguridad", puesto que se dirigen a proteger al comercio en general, tutelándose el crédito del país, el interés social y la prevención del fraude. Como tales, esas leyes son de orden público y, por ende, territoriales e inderogables.

5) Cuando los acreedores contratan con el deudor, toman en cuenta los bienes existentes en el país. La quiebra territorial, por tanto, contemplaría el interés implícito de las partes al contratar.

6) La quiebra plural evita los costosos gastos que se producirían si se la pretendiera extender a otros territorios, otros acreedores y otros bienes. De lo contrario, el acreedor local debería soportar esas cuantiosas erogaciones, largas demoras para percibir sus créditos y, además, la competencia de acreedores externos.

7) También se protege el interés del comercio nacional, pues de otra manera, si se extendiera la quiebra declarada fuera del territorio a haciendas que funcionan normalmente en el país, se daría fuerza a la decisión de un juez extranjero y se perjudicaría a los acreedores y a la comunidad local con el cierre de establecimientos prósperos, por problemas extraños al país.

Como en el caso del sistema anterior, cada una de estas razones han sido cuestionadas por quienes no comparten esta apreciación, bastando para remitirse a la exposición

hasta ahora efectuada y a los argumentos que sustentan otras opiniones, para advertir cuáles serían esas refutaciones.

### 3) Soluciones intermedias, mixtas o eclécticas

Frente a estas dos primeras apreciaciones extremas, han surgido otras —que se han calificado de intermedias, mixtas o eclécticas, y también “de la jurisprudencia”— que participan de los caracteres de una y otra.

En general, han sido soluciones de carácter pragmático (de ahí la apelación “de la jurisprudencia”) o de legislaciones determinadas, apoyadas por parte de la doctrina del respectivo país.

La enunciación de cada una de estas peculiares situaciones escaparía al objeto de esta lección, si bien podrían enunciarse algunas a título de ejemplo, sin perjuicio del estudio específico de las aplicaciones en tratados o leyes referidas a nuestro país.

Así, por ejemplo:

a) El sistema clásico inglés, seguido por Ripert y según el cual la falencia es declarada por el juez del domicilio de la persona y se extiende a los bienes muebles sitos en cualquier país, pero no tiene efectos fuera del país del domicilio respecto de los bienes inmuebles ubicados en otros territorios.

b) La apreciación de Massé (inspirador de nuestro Código de 1859-1862 y de las leyes 4156 y 11.719 de nuestro país), que compartieron entre otros Calvo y Bonfils, quienes estimaban que la falencia, en cuanto hace a la persona del deudor y hace recaer sobre ella cierto número de restricciones (o inhabilidades) es extraterritorial. Por el contrario, los efectos sobre los bienes no pueden ser sino territoriales.

c) El sistema de la jurisprudencia francesa estima que la falencia debe ser declarada en Francia y según la ley francesa, si el deudor tiene su domicilio o establecimiento principal en el país. A su vez, si ha sido declarada en el extranjero y allí tiene su domicilio el deudor, debe producir —en principio— efectos en Francia. Sin embargo, un comerciante extranjero podrá ser declarado también en quiebra en Francia si en ella tiene un establecimiento o sucursal, o posee bienes de importancia o ha ejercido en ella el comercio. Esta quiebra francesa puede ser declarada por un tribunal francés, en esas condiciones, cuando se la reclama contra un extranjero por un acreedor francés, o contra un francés por un acreedor francés o extranjero. La tesis está muy bien expuesta entre otros, por Trochu.

#### 4. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA ANTERIOR A LA LEY 19.551

##### a) Textos legales y fuentes

El Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires, redactado por Vélez Sársfield y Acevedo en 1859 y convertido en Código Nacional en 1862, tuvo como art. 1531 el siguiente:

“La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en el Estado, ni para disputarles los derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales del Estado, no se tendrá en consideración a los acreedores del concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores del Estado, resultase un sobrante.

A este respecto se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado con los síndicos del concurso extranjero”.

Según la mayor parte de la doctrina, esta redacción siguió los pasos de Massé, aun cuando algún autor (el estado-unidense Nadelmann) no participa totalmente de ese criterio.

Este precepto fue transcripto con muy pocas modificaciones, en la reforma del Código de Comercio de 1889 (art. 1385), en la ley 4156 de 1902 (art. 5°) y en la ley 11.719 de 1933 (art. 7°). Los textos de esos artículos pueden verse en el Anexo, aunque señalaremos brevemente, respecto de las modificaciones no sustanciales producidas, que:

1) La reforma de 1889 únicamente sustituyó la palabra “Estado” del precepto transcripto, por “República”, y eliminó el último párrafo por considerar que no era indispensable.

2) La ley 4156 mantuvo el texto resultante de la redacción de 1889, aunque el párr. 2°, en la frase que decía “no se tendrá en consideración a los acreedores del concurso formado en el extranjero”, la redactó “no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero”.

3) Finalmente, la ley 11.719 reprodujo textualmente, en su art. 7°, el art. 5° de la ley 4156.

### b) Interpretación doctrinaria y jurisprudencial

Las normas antedichas fueron objeto de importante tratamiento de la doctrina nacional. Admitiendo la fuente en Masse, los autores propendieron a ver una recepción preponderante de la tesis de la pluralidad concursal, aunque con concesiones a la de la unidad.

Así, por ejemplo, se lee en Amancio Alcorta: "Estas soluciones no importan indudablemente la aceptación de la teoría de la unidad, pero tampoco importan rechazarla. Es más bien una excepción establecida en favor de los acreedores del Estado, pero excepción que no supone el desconocimiento de la declaración extranjera, una vez que ésta surte efecto en sobrantes y en otros casos en que se hace efectiva en todos los bienes"; preguntándose después si debe mantenerse la excepción o adoptarse la regla de la unidad, a lo que contesta: "A nuestro juicio debe mantenerse porque es una garantía necesaria para los acreedores del Estado, una vez que a éstos les es difícil sino imposible vigilar el desenvolvimiento de operaciones que se efectúan generalmente a largas distancias y sus actos son o han podido ajustarse a las responsabilidades que el deudor presentaba en el momento en que entraban en relaciones con él. La doctrina de la pluralidad es simpática y su aplicación es posible en pueblos unidos por comunicaciones frecuentes y en que acreedores y deudores se vigilan sin dificultad; pero para aceptarla en todo su desenvolvimiento en condiciones diferentes a aquéllas es necesario, cuando menos, establecer algunas garantías a fin de que la teoría no pueda servir de medio para sacrificar unos acreedores en provecho de otros, porque los unos pudieron tener conocimiento de una situación que fue imposible conocer a los otros".

En general, la doctrina interpretativa de estas normas se fue pronunciando mayoritariamente por las siguientes soluciones:

1) El párr. 1º cede la extraterritorialidad de la quiebra dictada en el extranjero, para oponerse a los acreedores que el deudor tuviera en el país, ya sea para actuar sobre bienes radicados aquí, o para anular los actos que habían realizado con el fallido.

Esto supone, en consecuencia, una declaración de quiebra en el exterior y la existencia de acreedores y bienes dentro del país.

2) El párr. 2º regula la coexistencia de quiebras en el país y en el extranjero. En ese caso, establece el principio llamado de las preferencias nacionales, es decir, que los acreedores del país tienen preferencia sobre los bienes radicados en él, respecto de los acreedores del concurso extranjero.

En este caso los acreedores del concurso extranjero sólo pueden actuar respecto del "sobrante". Se admitía, en general, que esa actuación estaba a cargo del síndico del concurso externo, como lo decía expresamente el Código de 1859-1862.

A los efectos anteriores se consideraban "acreedores de la República", aquellos cuyos créditos eran pagaderos en ella, como lo había definido en 1889 el Tratado de Montevideo, que estudiaremos más adelante.

Como vemos, el primer caso (1) resolvía la situación de concurso en el extranjero sin concurso en el país (y bienes y acreedores en éste), mientras que el segundo (2) trataba de la situación de doble (o incluso múltiple) concurso.

3) Quedaban otras situaciones por resolver, de las cuales la más importante era la de concurso en el país e inexistencia de otro concurso en el exterior. En general, la doctrina prefería que en estos casos, los acreedores "del exterior" pudieran ser reconocidos y cobrar en iguales condiciones que los acreedores locales (con sujeción a la ley y procedimiento argentino).

Así, por ejemplo, se lee en uno de los primeros comentaristas, José M. Moreno: "Esta preferencia que la masa de acreedores tiene a los bienes del fallido dentro del Estado, sobre los acreedores del concurso extranjero, no importa una exclusión absoluta e individual de todo crédito extranjero. Creemos que si un ciudadano de otro Estado justificara un crédito allí contraído, no podría menos de ser admitido al concurso, porque no era entonces la masa del concurso extranjero que pretendiera apoderarse de los bienes del fallido, constituido en ese Estado, en virtud de la quiebra declarada en otro país, sino un individuo que pide justicia y el pago de un crédito personal ante los tribunales del obligado".

En una clásica tesis, Ramón M. Alsina decía: "La ley argentina acuerda nada más que un derecho de preferencia en favor de los acreedores del concurso abierto en el país, con relación a los que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, lo que de ninguna manera importa cercenar a los acreedores del extranjero el derecho de concurrir a la quie-

bra argentina en iguales condiciones que los nacionales cuando la falencia no se ha abierto en el extranjero, ni negar a los mismos acreedores el derecho de ejercer sus acciones sobre los bienes situados en la República cuando no se hubiera declarado en ella una falencia”.

4) Finalmente, se analizaban otros supuestos, como el de existencia de concurso extranjero, con bienes en el país, pero sin acreedores en él. En ese caso, se admitía la actuación del concurso externo sobre tales bienes, porque no afectaban a acreedores locales.

5) Era raro el supuesto inverso, es decir, concurso en el país, respecto de bienes en el exterior e inexistencia de acreedores allí.

Antes de concluir diremos que si bien no es del caso pormenorizar disensos o matices doctrinarios, hasta el final de la aplicación de la ley 11.719 (y, en los fallos, ya vigente la ley 19.551, pero resolviendo casos en que era aplicable la ley 11.719), surgieron nuevas interpretaciones que interesa destacar, sobre todo por su influencia respecto de la inteligencia de la ley 19.551.

En el caso “Lítal SA” (CNCom, Sala C, 5/5/76, ED.71-384, LL, 1977-B-183), el profesor de derecho internacional privado, doctor Boggiano, actuando como juez de comercio, estableció su opinión de que las preferencias nacionales jugaban en beneficio de los acreedores locales, aun cuando no existiera concurso en el exterior. El citado profesor transcribe esta sentencia en su libro *Derecho internacional privado* y reproduce su tesis al votar en el caso “Trading Americas SA” (CNCom, Sala E, 15/9/83, LL, 1983-D-423) y ya había adelantado su opinión en su trabajo monográfico *Derecho extraterritorial de quiebras* (JA, 13-1971-317).

En los autos de quiebra de “Cía. Swift de la Plata SAF”, se decidió la competencia del juez argentino para extender la quiebra a la sociedad controlante extranjera de una sociedad declarada en quiebra en el país, como la que formaba un grupo económico. En el caso, aquella controlante no tenía domicilio ni sede en el país, pero —directa o indirectamente— tenía participación en otras sociedades argentinas que formaban aquel grupo. Los fallos se pueden ver en el citado libro de Boggiano, en la monografía de Alconada Aramburú: *El caso Swift-Deltec*. La reparación judicial de una agresión económica foránea. Bs. As., La Ley, 1973.

## 5. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

### a) Antecedentes

Fueron muchísimas las iniciativas tendientes a resolver, mediante convenciones y tratados internacionales, los problemas que hemos venido considerando. Se unieron para ello los esfuerzos propios de diversos Estados, los de asociaciones internacionales y los de centros de estudios y profesores de los distintos países.

No fueron muchos, sin embargo, los que culminaron efectivamente en la adopción de reglas convencionales entre dos o más países. En este campo, como en muchos otros, el progreso es lento, siendo muchas las pautas económicas, culturales, sociales y hasta regionales, que deben compulsarse.

Entre esas iniciativas se destacan, por ejemplo: El Congreso Jurídico de Lima de 1877-1878 (Proyecto del doctor Antonio Arenas); las sesiones del Instituto de Derecho Internacional, en sus sesiones de París (1894); Bruselas (1902); Cristiania (1912); el Congreso Jurídico de Turín de 1882, la 2ª y la 4ª Conferencia de La Haya de 1894 y 1904, respectivamente; la 5ª Conferencia de La Haya de 1925, todas ellas citadas por Romero del Prado, con reproducción de sus textos. Véanse los trabajos de la "International Law Association", citados por Lascano (JA, 1955-II-11, secc. doctrina), donde se citan además iniciativas de las Conferencias Interamericanas de Abogados y del Comité Jurídico Interamericano.

En el ámbito de la Comunidad Económica Europea se elaboraron proyectos de "Convención relativa a la quiebra, el concordato y los procedimientos afines entre países de la Comunidad Económica Europea", que pueden considerarse adscriptos al sistema de la unidad. Lleva anexo un texto de "ley uniforme" que contempla ciertos aspectos de la legislación concursal textensión de la quiebra a dirigentes de personas ideales; prueba de las adquisiciones realizadas por el cónyuge del fallido; período de sospecha y acción revocatoria concursal; compensación y contrato de venta con reserva de propiedad). Se está trabajando en este sentido, desde 1970 hasta la fecha, llevando los proyectos varias redacciones.

### b) Tratados de Montevideo

Nuestro país ha tomado parte en las reuniones celebradas en Montevideo, para considerar la posibilidad de adop-

tar normas convencionales sobre distintos aspectos de derecho internacional privado. Como resultado de ellas, tanto en 1889 como en 1940, se redactaron Tratados de las materias respectivas. Entre éstas se encontraban los referentes al derecho procesal internacional (que contuvo principios sobre el concurso civil de acreedores, en su versión de 1940) y al derecho comercial terrestre internacional, que incluía —en ambas versiones— lo concerniente a las quiebras (falencias, en 1889).

Argentina ratificó ambos Tratados (los de 1889 por ley 3192 y los de 1940 por dect. ley 7771/56). El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 rige entre nuestro país, Bolivia, Colombia y Perú, y el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 está ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay.

El siguiente cuadro comparativo indicará las disposiciones referentes a las quiebras en uno y otro:

Texto de 1889	Texto de 1940
Título X. De las falencias	Título VIII. De las quiebras
<p>Art. 25. Son jueces competentes para conocer de los juicios de quiebra los del domicilio comercial del fallido, aun cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra Nación, o mantenga en ella agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal.</p>	<p>Art. 40. Son jueces competentes para declarar la quiebra los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal.</p>
<p>Art. 26. Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas los tribunales de sus respectivos domicilios.</p>	<p>Art. 41. Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios.</p>
	<p>Art. 42. La declaración de quiebra y demás actos concernientes a ella, cuya publicación esté prescrita por las leyes del Estado en donde la quiebra ha sido declarada, se publicarán en los Estados en donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido, sujetándose a las formalidades establecidas por las leyes locales.</p>

Art. 37. Declarada la quiebra en un país en el caso del artículo anterior, las medidas preventivas dictadas en ese juicio, se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados, sin perjuicio del derecho que los artículos siguientes conceden a los acreedores locales.

Art. 38. Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar por el término de sesenta días avisos en que se a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas preventivas que se han dictado.

Art. 39. Los acreedores locales podrán, dentro del plazo fijado en el artículo anterior, a contar desde el día siguiente a la publicación de los avisos, promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado, o concurirlo civilmente, si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en que radican.

Art. 40. Entiéndese por acreedores locales, que corresponden al concurso abierto en un país, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el mismo.

Art. 41. Cuando proceda la pluralidad de juicios de quiebras o

Art. 42. Declarada la quiebra en un Estado, las medidas preventivas de seguridad y conservación dictadas en el respectivo juicio se harán también efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales.

Art. 44. Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar durante treinta días en los lugares donde el fallido posea bienes, avisos en los cuales se dé a conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas que se hubieran dictado.

Art. 43. Los acreedores locales podrán, dentro del término de sesenta días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado, un nuevo juicio de quiebra contra el fallido, o concurarlo civilmente si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras instituciones análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el art. 43 de lo dispuesto en el art. 47 de este Título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios.

Art. 46. Entiéndese por acreedores locales que corresponden a la quiebra declarada en un Estado aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en dicho Estado.

Art. 47. Cuando proceda la pluralidad de los juicios de quiebra,

concurso, según lo establecido en este Título, el sobrante que resultare a favor del fallido en un Estado será puesto a disposición de los acreedores del otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos.

Art. 42. En el caso en que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda, según lo dispuesto en el art. 35, o porque los dueños de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el art. 38, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos ante el juez o tribunal que ha declarado la quiebra.

Art. 43. Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios anteriores a la declaración de la misma, podrán ejercer sus derechos ante los tribunales del país en que están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

Art. 44. Los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la celebración de ésta, se respetarán, aun en el caso en que los bienes sobre que recae el privilegio se transporten a otro territorio y exista en él, contra el mismo fallido, un juicio de quiebra o formación de concurso civil. Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá efecto cuando la traslación de los bienes se haya realizado dentro del plazo de la retroacción de la quiebra.

Art. 45. La autoridad de los síndicos o representantes legales de la quiebra, será reconocida en todos los Estados, si lo fuese por la ley del país en cuyo territorio radica el concurso al cual representan debiendo

según lo establecido en este Título, el sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido, quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos.

Art. 46. En el caso de que se siga un solo juicio de quiebra, porque así corresponda según lo dispuesto en el art. 40 o porque los titulares de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que le concede el art. 43, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos de conformidad con la ley y ante el juez o tribunal del Estado que ha declarado la quiebra.

En este caso, los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización.

Art. 47. Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios o prendarios, anteriores a la fecha de la definitiva cesación de pagos, podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado en donde están radicados los bienes hipotecados o dados en prenda.

Art. 48. La autoridad de los síndicos o administradores de la quiebra única, cualquiera que sea su denominación o la de sus representantes, será reconocida en todos los Estados contratantes.

ser admitidos en todas partes a ejercer las funciones que les sean concedidas por dicha ley y por el presente Tratado.

Podrán tomar medidas conservativas o de administración, comparecer en juicios y ejercer las funciones y derechos que les acuerdan las leyes del Estado en donde fue declarada la quiebra, pero la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez que entiende en el juicio, deberá ajustarse a la ley de la situación.

Art. 51. Cuando exista pluralidad de juicios de quiebra, los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado en el cual no se promueva juicio de quiebra, concurso civil u otro procedimiento análogo, concurrirán a la formación del activo de la quiebra cuyo juez hubiere prevenido.

Art. 46. En el caso de pluralidad de concursos, el tribunal en cuya jurisdicción reside el fallido, será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que lo afecten personalmente.

Art. 52. En el caso de pluralidad de quiebras, el juez o tribunal en cuya jurisdicción esté domiciliado el fallido será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que le conciernan personalmente.

Art. 47. La rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que se le sigan.

Art. 48. Las estipulaciones de este Tratado en materia de quiebras se aplicarán a las sociedades anónimas, cualquiera que sea la forma de liquidación que para dichas sociedades establezcan los Estados Contratantes, en el caso de suspensión de pagos.

Art. 53. Las reglas referentes a la quiebra serán aplicables en cuanto correspondan, a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras instituciones análogas contenidas en las leyes de los Estados Contratantes.

La doctrina formuló diversas opiniones sobre estos Tratados, admitiéndose en general que dentro de la conciliación de aspectos de una y otra de las principales corrientes (unidad y pluralidad), el primero (1889) marcaba una tendencia mayor hacia la unidad, mientras que el segundo, sobre todo por la incorporación del párr. 2º del art. 48, propendía a la pluralidad (sobre todo a la pluralidad de masas).

Si bien la lectura de los preceptos es por sí misma explicativa, en cuanto a las diferencias más notables señalaremos:

1) Aun existiendo un único juicio de quiebra, en el Tratado de 1940 se ordenan publicaciones en todos los lugares donde existan agencias, sucursales o establecimientos del fallido (art. 42).

2) En el Tratado de 1940 se incorporó en el art. 15 la previsión del caso de concursos preventivos u otras soluciones análogas, en concordancia con lo dispuesto también por su art. 53, relativo a que las reglas concernientes a la quiebra se aplicarán también en cuanto corresponda a las liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos u otras disposiciones análogas contenidas en las leyes de los distintos Estados.

3) En una diferencia fundamental, se agregó al art. 48 del Tratado del 40, un segundo párrafo, según el cual, aun existiendo un solo juicio, se formarán distintas masas con los bienes existentes en cada Estado, para responder prioritariamente a los acreedores localizados en él.

4) Se previó, en 1940, la situación de los bienes ubicados en terceros Estados, en los que no exista ninguno de los juicios de quiebra iniciados. Se optó, allí, por la pertenencia de aquellos bienes al juicio de quiebra que hubiere prevenido (art. 51).

5) En el Tratado de 1889 existe una previsión sobre el caso de bienes afectados a privilegio que son transportados de un país a otro (art. 44), regla que no se reproduce en 1940.

6) También se eliminó, en 1940, la regla sobre rehabilitación que contenía el art. 47 del anterior.

Podemos concluir diciendo que en el Tratado de 1940 se estructura el siguiente sistema:

#### I. REGLA GENERAL: PRINCIPIO DE LA UNIDAD LIMITADA

**Presupuesto:** No existen establecimientos independientes.

**Solución:** Se formará un solo juicio de quiebra, regido por la ley y el procedimiento del país del domicilio comercial, que comprenderá los bienes situados en los distintos países y los acreedores existentes en todos ellos.

Sin embargo, en ese juicio regirá el principio de las preferencias nacionales, es decir, que los acreedores localizados en un país (pagaderos en el art. 46), tendrán preferencias respecto de los demás, sobre los bienes correspondientes al Estado de su localización (art. 48, parte final).

Es decir: unidad de legislación; unidad de jurisdicción (procedimiento y tribunal) y pluralidad de masas.

## II. OPCIÓN FACULTATIVA: PLURALIDAD

**Presupuesto:** El mismo caso anterior.

**Solución:** Los acreedores situados en los Estados en que no se declaró la quiebra (acreedores locales), pueden requerir la apertura de un nuevo juicio de quiebra en el Estado, solicitándolo dentro de los sesenta días de la última publicación en él (art. 43).

En ese caso interviene el tribunal de este último país, con aplicación de la ley y procedimiento legal, y el juicio comprende a los acreedores y a los bienes situados dentro de ese Estado.

Es decir, facultad opcional para "pluralizar" la quiebra y, en consecuencia, aplicar la ley territorial, en la jurisdicción (tribunal y procedimiento) territorial y para acreedores y respecto de bienes localizados en el país (pluralidad o territorialidad de masas).

No ejercida esa opción, rige el principio general.

## III. REGLA ESPECIAL: PLURALIDAD

**Presupuesto:** Existencia de establecimientos independientes en distintos territorios.

**Solución:** Existencia de tantos juicios como establecimientos independientes haya.

En consecuencia, en esos casos habrá pluralidad total: legal, pues se aplicará la ley del Estado en que se tramite el juicio; jurisdiccional, con actuación de los tribunales, y por el procedimiento local, y pluralidad de masas (art. 48).

### c) Otros Tratados y Convenciones

No son muchos, como se dijo, los Tratados y Convenciones dirigidos a resolver los problemas que estamos analizando. Tampoco son uniformes las soluciones adoptadas por ellos.

Además de los indicados Tratados de Montevideo, en el ámbito americano rige el llamado "Código Bustamante", que debe su nombre a su propulsor, el profesor Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén cuyo Título IX se denomina "De la quiebra o concurso" y comprende los arts. 414 a 422 y se re-

produce en el Anexo. Admite la unidad de la quiebra en casos en que no haya "varios establecimientos mercantiles enteramente separados jurídicamente" y, en caso de haberlos, consagra la pluralidad. Las incapacidades tienen efecto extraterritorial—previo cumplimiento de las formalidades locales de registro o publicación—, así como la actuación de los síndicos. Este Tratado rige para Cuba, Panamá, República Dominicana, Brasil, Perú, Guatemala, Haití, Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Chile, El Salvador, Venezuela, Bolivia y Ecuador.

Un Tratado importante en orden a la unidad total en materia concursal, es el de la "Unión Escandinava de Derecho Internacional Privado", cuya Convención n.º 4 sobre procedimiento de la quiebra (7 de noviembre de 1932) rige en Dinamarca, Finlandia, Suecia y Noruega. Establece un sistema de unidad total, en la cual se emite sólo pronunciamiento de quiebra, que tiene efecto sobre todos los bienes y todos los acreedores de los distintos países signatarios.

Existe también un significativo número de acuerdos bilaterales.

## 6. Ley de concursos (19.551, Año 1972)

### a) Texto legal y fundamentos

Cuando se abarca este tema en la ley 19.551 deben señalarse dos preceptos básicos: el art. 2º, inc. 3º, que dice:

"Art. 2º Sujetos comprendidos. Pueden ser declarados en concurso los comerciantes y las sociedades comerciales. Se consideran comprendidos: ...5º) los comerciantes y sociedades comerciales domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país..."

Y el art. 4º, que expresa:

"Art. 4º Concursos declarados en el extranjero. La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura de concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Créditos pagaderos en el extranjero. Abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él tienen prioridad con respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero; éstos ejercerán individualmente su derecho sólo en el caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros”.

#### b) Interpretación y debate doctrinario

La vigencia de estos preceptos, en particular el art. 4º, suscitó una importante bibliografía sobre su interpretación. Si bien su detallado análisis escapa a esta lección, las posiciones adoptadas —a veces y en algunos temas arduamente polémicas— pueden sintetizarse en estos aspectos relevantes:

##### 1) Extraterritorialidad de la declaración de concurso en el extranjero

El art. 4º, párr. 1º, parte 1ª, contiene una norma original dentro de la legislación argentina, consistente en admitir que la declaración de concurso en el extranjero es causa suficiente para la apertura de concurso en el país. Se advierte que el primer concurso, reconoce un cierto efecto extraterritorial, pues si bien no se extiende per se a bienes y acreedores locales (como en el sistema de la unidad), esa declaración puede producir efectos propios sin necesidad de exequatur. En general, la doctrina aprobó esta tesisura.

Se interpreta, también, que esta parte de la norma estatuye como un presupuesto autónomo de un concurso local, la existencia de concurso en el extranjero. Es decir, no se necesitaría la demostración de la cesación de pagos, que es el presupuesto genérico de los concursos. De esa forma el concurso extranjero obraría como presupuesto de hecho del concurso local.

Finalmente, el concurso abierto en el exterior podría no ser de igual clase que el que pretendiera abrirse en el país. Así, la quiebra en el extranjero permitiría al deudor, por ejemplo, solicitar un concurso preventivo en el país.

##### 2) Procedencia del concurso local respecto de deudores domiciliados en el extranjero

La regla del art. 2º, inc. 3º, se fundamentó en la “Exposición de motivos” de la siguiente manera:

7) En cuanto a los comerciantes y sociedades comerciales radicados en el extranjero pero con bienes en el país, se admite la formación de pluralidad de concursos, de conformidad con los Tratados firmados por la República y con la tradición legislativa sobre el punto.

Ello no implica desconocer las razones esgrimidas sobre la ventaja práctica y la precisión científica del concurso único, pero es evidente que hasta tanto no existan las condiciones para el reconocimiento de esta regla por los distintos países de nuestra comunidad jurídica, una declaración unilateral no beneficiará a los intereses de los acreedores nacionales, a más de apartarse de Tratados relativamente modernos suscriptos por la Nación. La regla se complementa con la de los arts. 3º y 4º y con otras del proyecto.

Es decir, importa seguir las pautas de la pluralidad concursal. Para la procedencia de un concurso local del deudor con domicilio en el exterior, bastará que se pruebe que existen bienes en el país. No será necesario acreditar que ellos constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio general.

No se requiere la demostración de la existencia de más de un acreedor (art. 85, párr. final, LC). Podría estudiarse, en este aspecto, si se tiene que probar que existe un acreedor pagadero en el país, tema que está ligado a la interpretación que se dé al tema de las "preferencias nacionales" (ver punto 4).

### 3) Inoponibilidad del concurso externo

Sin perjuicio de la extraterritorialidad de la declaración de concurso en el exterior (punto 1 precedente), la ley reitera la clásica fórmula de las anteriores, en cuanto a que el concurso declarado en el extranjero no puede oponerse a los acreedores locales (pagaderos en la República), para disputarles derechos sobre los bienes existentes en su territorio ni para anular los actos que hubieren celebrado con el concursado.

Esta inoponibilidad procede aunque no haya concurso declarado en la República y estimamos que —obviamente— también funciona cuando existe un concurso en el país.

### 4) Principio de las preferencias nacionales

Está comprendido en el párr. 2º del art. 4º de la LC. Es interesante, al respecto, leer la "Exposición de motivos" en la parte pertinente (ver Anexo).

La interpretación de este precepto es la que motivó más agudas controversias doctrinarias y jurisprudenciales. Los aspectos debatidos pueden agruparse así:

a) *¿Se aplica a todos los concursos o sólo a las quiebras?* Se sostuvo que este principio se aplica tanto a los concursos preventivos como a las quiebras. Porque estaba contenido entre los "Principios generales" (título I), así como porque expresamente su texto se refiere a los "concursos", sin discriminación, y porque un acreedor verificado y con voto en el concurso preventivo debe ser tal en orden y con proyección a la eventual quiebra posterior —ya que no podría votar para prevenir la quiebra, quien se encuentra excluido de ella—. (En este sentido ver, por ejemplo, Sancinetti, Marcelo, *El artículo 4º de la ley de concursos; historia e historia de una reforma*, RDCC, 1984-139.)

Por el contrario, otros consideraron inaplicable al concurso preventivo el sistema de preferencias nacionales. Alberti, que expuso esta tesis, aduce variados argumentos en favor de ella. Así, afirma que al habilitarse a pedir concurso en la República por haber uno en el extranjero (art. 4º, párr. 1º), se autoriza a hacerlo al "acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República", lo cual sólo es posible en caso de quiebra. Destaca que el art. 4º, párr. 2º, tiene tres nociones sólo vinculables al caso de quiebra: la primera, es la prioridad del acreedor local, que sólo se justifica cuando existe liquidación del activo y asignación de su producido (es decir, quiebra); la segunda, cuando se refiere a la masa, sólo concebible —según su criterio— en la quiebra, no en concurso preventivo, y finalmente, cuando se refiere al "remanente", voz sólo concebible cuando existe liquidación y reparto de bienes. Destaca, después, la conveniencia —incluso para deudor y acreedores— de excluir de su aplicación al concurso preventivo, para así tener arreglada la situación de todo el pasivo de un deudor que continúa su giro. Finalmente, indica que debe establecerse cuándo y en qué proporción cobrarán los acreedores pagaderos en el extranjero, lo cual sólo se logra con su incorporación al concurso.

b) *¿Es necesario que exista concurso en el exterior?* Una parte de la doctrina entendió que el precepto del art. 4º, párr. 2º, debía interpretarse como operante cuando existía otro concurso en el exterior.

Esta tesis fue expuesta, entre otros, por Mairal. Sostiene que era así porque se dijo en la Exposición de motivos

que se habrían seguido "nuestros principios tradicionales". Estos consistían en interpretar que el sistema de preferencias nacionales tenía vigencia en caso de concurso en el extranjero. Además, estimó injusta una interpretación "amplia"; inconveniente para el país, que es receptor de crédito externo, tanto financiero como comercial; y también jurídicamente incorrecta, pues el Código Civil admite la demanda en el país contra el deudor domiciliado en él, aunque el lugar de pago se haya fijado en el exterior (art. 1216).

Buena parte de la doctrina pensaba, por el contrario, que la ley no hacía la distinción invocada por Mairal. Así se dijo que la ley seguía —como lo indicaba también la Exposición de motivos— las reglas del Tratado de Montevideo de 1940, que establecía la pluralidad de masas aun en casos de procedimientos únicos; que no es exacto que la posibilidad de demandar al deudor en su domicilio, según el art. 1216 del Cód. Civil, sea lugar de pago en la República y que la ley continuaba la tradición argentina de proteger a los acreedores locales, máxime cuando quienes pactaban pago en el exterior debían haber tenido en vista los bienes radicados fuera del país.

Desde otro punto de vista, Bidart Campos consideró inconstitucional la aplicación del principio si no había otro concurso en el extranjero. Las violaciones se perpetrarían contra el derecho o la jurisdicción del acreedor externo para concurrir a la quiebra local; el derecho de propiedad, al relegarse en la repartición del activo; el de razonabilidad, pues no se tolera distinguir entre acreedores internos y extranjeros en un concurso que se tramita únicamente en Argentina, y el de igualdad, que repugna discriminaciones arbitrarias, hostiles, desprovistas de fundamento suficiente, etcétera.

Por el contrario, Sancinetti, con extensos fundamentos, consideró constitucional aquella interpretación, como también lo sostuvieron distintos pronunciamientos judiciales y hasta un dictamen del Procurador General de la Nación y dos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un caso de opinión dividida ("Banco Europeo para América Latina c/Cura Hnos. SA", 8/9/83, LL. 1983-D-403, con nota de Sancinetti, Marcelo A., El artículo 4º de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte).

c) ¿Es necesario que no existan bienes en el exterior? En lo que podría ser un matiz respecto de la opinión ante-

rior, Goldschmidt sostuvo que no podía aplicarse la regla de la preferencia nacional, si el deudor no tenía bienes en el exterior sobre los cuales pudiera actuar el acreedor pagadero en el extranjero. Así, sostuvo: "el crédito dirigido contra un deudor insolvente es extraterritorial", infringiéndose preceptos de derecho internacional privado y constitucionales si se lo pretende territorial. Asimismo, y como la insolvencia del deudor no produciría la territorialidad del crédito, en un concurso argentino territorial, sólo quedarán excluidos los acreedores pagaderos en el exterior, si consta que hay bienes en el extranjero. Por el contrario, no quedaría excluido ese acreedor si no constaba que había bienes en el exterior. Goldschmidt también sostuvo en aquel trabajo, que el art. 4º, párr. 2º, de la LC supone la existencia de otro concurso en el exterior.

La doctrina opuesta no se detiene en la diferencia señalada por este autor.

##### 5) Forma y oportunidad de actuación del acreedor preterido

El acreedor que quedara preterido por aplicación del párr. 2º del art. 4º de la LC, ¿cómo y cuándo podría ejercer su derecho y sobre qué bienes? Este tema motivó apreciaciones encontradas.

Algunos, citando el texto reglado, porque el acreedor que ese derecho se ejercía individualmente, se inducía a confusión en caso de actuar un síndico en representación del concurso del exterior.

En realidad, no reglamentándose la actuación del síndico del concurso, es obvio que la regla de representación del acreedor externo, cuando hay un concurso en el extranjero, se debe regir por la ley aplicable a éste; en consecuencia, si esa ley imponía la actuación del síndico, era éste quien lo representaba.

Entendemos que la disposición significaba que no existía reparto concursal entre acreedores no pagaderos en el país. Ello así por la simple razón de que el concurso quedaba agotado con la satisfacción íntegra de los acreedores locales. El país no organiza concursos para acreedores no pagaderos en él, lo cual por lo demás sería materialmente imposible, ya que se darían múltiples circunstancias (casos de países en los cuales hay otro concurso, casos en que no los hay, al mismo tiempo) e incluso se aplicarían reglas dis-

tintas e inconciliables (según el lugar de cumplimiento de las distintas obligaciones, incluso privilegios, etcétera). Por ende, satisfechos los acreedores locales, los demás seguían la regla prior in tempore potior in iure hasta agotar los bienes.

b) También se debatió si los acreedores preteridos podían (o debían) verificarse o, por el contrario, no eran verificables. Ambas tesisuras fueron desarrolladas.

c) Finalmente, se criticó la regla legal cuando hablaba de remanente, pues esta palabra la usa el art. 228, párr. 2º, cuando se refiere al pago total. Allí el remanente se utiliza para pagar los intereses suspendidos a los acreedores locales. Por ello, deberían destinarse a los acreedores externos preteridos los fondos integrantes del saldo, una vez liquidados y pagados esos intereses. Es decir, que el remanente se aplicaría para pagar intereses suspendidos y lo que quedaría, esto es el saldo, se derivaría a los preteridos.

#### e) Jurisprudencia

Una interesante síntesis se halla en LL, 1983-D-746.

### 7. REFORMA A LA LEY DE CONCURSOS (22.917)

#### a) Artículo 4º de la LC (texto legal)

La redacción del art. 4º de la LC, después de la reforma por la ley 22.917, quedó así:

"Art. 4º Concursos declarados en el extranjero. La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

*Pluralidad de concursos.* Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

*Reciprocidad.* 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 República puede verificarse y cobrar —en iguales condiciones— en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

**Paridad en los dividendos.** Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes”.

Como se advierte, el primer párrafo se mantiene inalterado respecto de la redacción original de la ley 19.551. Los otros tres son nuevos: el segundo, por reforma del anterior párr. 2º; mientras que se introducen el párr. 3º y el 4º, sin precedentes en la redacción anterior.

#### 1) Párrafo primero. Remisión

Para una mejor exposición pedagógica, estudiaremos cada párrafo por separado. Como este párr. 1º se mantiene inalterable, remitimos a su estudio en los puntos 6, b, 1 y 2 precedentes.

#### 2) Párrafo segundo. Pluralidad de concursos

Por este precepto, que recibe la que se denominó “erosión” del art. 4º, párr. 2º, de la ley 19.551 (Kaller de Orchanaky), se vuelve a una redacción similar —aunque no idéntica— a la de la ley 11.719 y sus precedentes.

Es principal vocablo, en este párrafo, el “también”, que proviene de larga prosapia en las legislaciones patrias y que se interpretó que exigía —para la aplicación de la regla de las preferencias nacionales— la existencia de un concurso en el exterior.

Antes de entrar en un estudio de las disposiciones, señalaremos que la sanción de esta reforma provocó fuertes reacciones por parte de la doctrina. En especial, puede leerse en ese sentido el artículo de Sancinetti, titulado precisamente *El artículo 4º de la ley de concursos: historia e historia de una reforma con nutridos argumentos*, especialmente al referirse a una presión internacional vinculada con concretos episodios de la vida nacional. Otros autores, sin desconocer la eventual existencia de ese marco, exponen los aspectos técnicos de la reforma (Kaller de Orchanaky, Rouillón), mientras que Quintana Ferreyra —coautor del proyecto

de ley de reforma—relata los antecedentes de ésta que datan de 1981, y concluye señalando: "no fue, pues, materia de apresurado análisis y menos aún motivada por circunstancias ajenas al quehacer netamente jurídico y específico de la Comisión". Hay que recordar aquí que el autor de esta lección se excusó de intervenir en este aspecto, como lo recuerda también Quintana Ferrera al pie de esa afirmación.

La regla en estudio se presta a hacer las siguientes reflexiones:

a) Exige la existencia de un concurso en el exterior. La palabra "también" y el rótulo del párrafo (*Pluralidad de concursos*), no dejan ya dudas de que, en la ley 22.197, la aplicación del principio de preferencias nacionales está subordinado a la existencia de un concurso en el exterior.

En este sentido, no es necesario que ese concurso sea anterior al concurso local (como daría a entender la palabra "también"), sino que basta que sean contemporáneos.

Por lo demás, el concurso del exterior puede ser de cualquier índole (concurso preventivo, moratorio, etcétera). Esto surge porque el párr. 1º (invariado) del art. 4º se refiere a "concurso declarado en el extranjero", mientras que el párr. 2º que comentamos, comienza diciendo "declarada también la quiebra en el país". La conclusión se refuerza si advertimos que el mismo párr. 2º excluye los acreedores "pertenecientes al concurso formado en el extranjero" (sin distinción).

b) Se aplica en caso de quiebra en el país, no en caso de concurso preventivo en él. Así, surge, claramente, del precepto que exige que se haya declarado "también la quiebra en el país". Consecuentemente, y resolviendo uno de los temas debatidos hasta su sanción, el principio de preferencias nacionales no se aplica al concurso preventivo declarado en el país, aun cuando exista concurso en el extranjero.

c) Verificación del acreedor comprendido en concurso externo. El tema no está expresamente contemplado en la ley.

Rouillon es partidario de admitir esa verificación porque la ley parece admitirla al referirse a los "demás acreedores verificados", porque no existe prohibición, porque podrían votar un acuerdo resolutorio que se le aplicaría y porque pueden tener interés en vigilar los procedimientos para la obtención del "saldo".

No estamos convencidos de esa posibilidad, ni tampoco de su conveniencia. La verificación exige trámites en el concurso local para acreedores no concurrentes a él, además de estar ya verificados en los procedimientos del concurso externo: no tendría sentido la duplicación si la verificación es idéntica, y sería insoluble en el caso de contradicción. Si hay concurso en el extranjero y acuerdo resolutorio local, tenemos nuestras dudas de que los acreedores del concurso externo voten y, más aún, que lo hagan individualmente, siendo también cuestionable si se les aplica el acuerdo resolutorio (lo cual no comparto; ver art. 4º, párr. 1º). Finalmente, las tareas de liquidación tienen asignados trámite y responsables locales, no pudiendo quedar subordinados al control externo (que además podría retrasar los trámites en perjuicio del acreedor local), máxime cuando a todo evento bastaría la actuación del síndico externo y no la verificación de cada uno de los acreedores.

d) *Determinación de cuándo hay saldo.* En primer lugar, es evidente ahora que el saldo está integrado por los fondos líquidos o bienes que restan, una vez satisfechos los acreedores locales. Es decir, a éstos se les liquidarán los importes verificados; después, por aplicación del art. 1º de la ley 21.488, la actualización monetaria de sus créditos, para finalmente satisfacerse los intereses suspendidos.

Naturalmente, saldo en este sentido, pues, existirá cuando la quiebra haya sido liquidada.

e) *Otros casos de conclusión de la quiebra.* En los demás casos de conclusión de la quiebra, los acreedores del concurso extranjero actuarán:

1) Si existe acuerdo resolutorio, una vez cumplido éste (Rouillon parece opinar lo contrario, cuando estima que los acreedores externos participan del acuerdo y éste se les hace aplicable, lo que hemos cuestionado).

2) Si existe avenimiento, inmediatamente de quedar firme éste (ya no hay quiebra local).

3) En caso de pago total o inexistencia de acreedores: inmediatamente de declararse la conclusión por providencia firme.

f) *Forma de actuación de los acreedores preteritos.* Los acreedores pertenecientes al concurso externo actuarán en la forma que, de conformidad con la ley aplicable al concurso del exterior, deban ser representados los acreedores.

Así, si esa ley admite la representación por el órgano del concurso, como ocurre en la generalidad de ellas, deberá admitírsela. Si hay alguna que no la reconozca, habría que estudiar la actuación individual de acreedores, aunque cabrían dudas sobre el destino de los fondos (¿a favor del peticionario o del concurso del que forma parte?). Rouillon estima que podría también darse el caso de solicitud de los fondos directamente por el juzgado extranjero, mediante la rogatoria pertinente, lo cual es comparable.

### 3) Párrafo tercero. Reciprocidad

La regla de la reciprocidad tiene diversas utilizaciones en derecho internacional privado. En general, es una manera de acercar las soluciones legislativas, cuando no existen Tratados o Convenios entre los países: en esas condiciones, para no hacer una concesión unilateral no correspondida, se aplica la reciprocidad. Ello significa que una determinada solución en un país, sólo es aplicable si, dado el caso inverso, la legislación del otro país también admite igual solución.

La ley argentina y algunos tratados contienen la remisión a la regla de la reciprocidad (p.ej., en la ley 21.526 de entidades financieras, para la actuación de bancos extranjeros -art. 16-).

Los comentarios que tenemos que hacer son, sintéticamente, los siguientes:

a) La reciprocidad se aplica a toda clase de concursos. Es decir, tanto a las quiebras como a los concursos preventivos en el país, y respecto de situaciones similares fuera de él. Por eso, la colocación de este párrafo después del párr. 2º, no restringe la reciprocidad a casos de quiebra.

b) La reciprocidad debe ser alegada y probada por el que pide verificación y dentro del trámite de ésta.

c) La prueba de la ley extranjera se efectúa aplicando las reglas comunes. Ver art. 13, Cód. Civil.

Al respecto dijo Llambías: "Asimilar la ley extranjera a un hecho trae las siguientes consecuencias: a) con relación a su vigencia, ella nunca se aplicará de oficio, sino a requerimiento de parte interesada; b) en cuanto a la prueba de dicha ley, incumbe a quien la invoca. Pero a diferencia del extremo anterior la prueba puede ser suplida por el conocimiento que de la ley extranjera tenga el magistrado". (En cambio, Arauz Castex entiende que también la prueba de la

ley extranjera es requisito indispensable previo a su aplicación.)

**Medios de comprobación.** Para la acreditación de la ley extranjera se puede recurrir a cualquier medio de prueba, porque la ley no contiene limitación alguna. De ordinario la prueba se hace por informe de la delegación o embajada del país extranjero de que se trate, que se requiere mediante oficio judicial. También podría efectuarse por el informe de abogados especializados, como se lo admite en otras legislaciones, o por referencias de obras conocidas sobre el derecho del país respectivo.

De más está decir que la prueba de la existencia de la ley extranjera debe recaer sobre el texto mismo de ella, y su vigencia actual o en la época en que debía regir la relación jurídica" (Código Civil anotado, t. I, p. 35).

#### 4) Párrafo cuarto. Paridad (igualación) de dividendos

Siguiendo antecedentes de otros países (la ley de EE.UU. en su reforma de 1978), establece ahora el art. 4º, párr. último, que el acreedor que pertenezca a un concurso local y reciba pagos en el extranjero, deberá imputarlos a su crédito quirografario en el concurso local.

Esta norma merece algunas aclaraciones.

a) El cobro en el exterior puede ser concursal o extraconcursal.

b) La calidad de crédito, quirografario o común, debe ser juzgada con la calificación de la ley del concurso respectivo (la ley extranjera para el concurso o pago del exterior, la ley argentina para el concurso local).

c) La imputación ("a cuenta") debe hacerse cada vez que el acreedor percibe una suma a cuenta de lo que le corresponde recibir en el concurso nacional (una cuota del acuerdo o un dividendo en la quiebra).

d) La regla de paridad se aplica tanto al concurso preventivo como a la quiebra.

#### b) Artículo 2º de la LC

El art. 2º, inc. 2º de la LC, en su redacción por la ley 22.917, es idéntico en el texto del art. 2º, inc. 5º, de la ley 19.551.

En consecuencia, remitimos para su exposición a lo expresado en el punto 6, b, 2 de esta lección.

Añadiremos un comentario sobre el aspecto final de la exposición anterior. Con la ley 19.551, podía dudarse sobre si el acreedor pagadero en el exterior podía solicitar la quiebra de un deudor en el país (así lo resolvió en el caso "Vicario", la CCivCom Mar del Plata, Sala II, JA, 1976-I-551). En concreto, si se interpretaba el art. 4º, párr. 2º, en el sentido estricto, es decir que la ley vedaba la participación del acreedor pagadero en el exterior en el concurso local, este último no podría provocar un concurso del que no llegaría a formar parte (en sentido diverso, el fallo antes citado). Si la interpretación era la contraria, el acreedor pagadero en el exterior podría reclamar la quiebra, salvo únicamente cuando ya se hubiera formado concurso en el exterior y comprendiera él al acreedor peticionario de la quiebra. Con la redacción actual del art. 4º, párr. 2º, que hemos estudiado, parece que deba concluirse con la segunda de las posiciones expuestas.

En este sentido debe dejarse aclarado que el art. 4º, párr. 1º, parte 1ª, en tanto dispone que la declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso legal "a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República", no importa más que una solución particular para el caso estudiado. Es decir, cuando hay concurso en el exterior y se quiere provocar otro concurso en el país. Allí están legitimados únicamente el deudor o los acreedores locales.

Por ello, cuando no existe concurso en el exterior, están legitimados el deudor y cualquier acreedor, sin la limitación expresada.

#### c) Artículo 3º de la LC

La reforma de la ley 22.917 incorporó al art. 3º el siguiente inciso:

"Art. 3º. Juez competente. Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria de acuerdo a las siguientes reglas: ...5º) Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso".

Esta regla no estaba explicitada en la ley 19.551. Tiende a fijar la competencia interna de los jueces que entenderán en el concurso de los acreedores que, teniendo su domicilio en el exterior, poseen bienes en el país, en el sentido del art. 2º, inc. 2º, que acabamos de comentar.

Podemos señalar al respecto que estas reglas son congruentes con las demás que fluyen del citado art. 3°, a cuyos principios también cabe remitirse en caso de duda.

## ANEXO I

### TEXTOS LEGALES. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS TRATADO INTERNACIONAL

#### CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889

##### Ley 2637 (art. 1385)

"La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendían tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenecían al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República resultase un sobrante".

##### Ley 4156 (art. 5°)

"La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendían tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenecían al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República resultase un sobrante".

##### Ley 31.718 (art. 7°)

"La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles los derechos que pretendían tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenecían al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República resultase un sobrante".

**CÓDIGO BUSTAMANTE****TÍTULO IX  
DE LA QUIEBRA O CONCURSO****CAPÍTULO I****UNIDAD DE LA QUIEBRA O CONCURSO**

Art. 414. Si el deudor concordatario, concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos, de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos, o quita y espera, para todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes.

Art. 415. Si una misma persona o sociedad tuviere en más de un Estado contratante varios establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente, puede haber tantos juicios de procedimientos preventivos y de quiebra como establecimientos mercantiles.

**CAPÍTULO II****UNIVERSALIDAD DE LA QUIEBRA O CONCURSO,  
Y SUS EFECTOS**

Art. 416. La declaratoria de incapacidad del quebrado o concursado tiene en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos.

Art. 417. El auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes se ejecutará en los otros en los casos y forma establecidas en este Código para las resoluciones judiciales; pero producirá, desde que quede firme y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de cosa juzgada.

Art. 418. Las facultades y funciones de los síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrán efecto extraterritorial en los demás, sin necesidad de trámite alguno local.

Art. 419. El efecto retroactivo de la declaración de quiebra o concurso y la anulación de ciertos actos por consecuencia de esos juicios, se determinarán por la ley de los mismos y serán aplicables en el territorio de los demás Estados contratantes.

Art. 420. Las acciones reales y los derechos de la misma índole continuarán sujetos, no obstante la declaración de quiebra o concurso, a la ley de la situación de las cosas a que afecten y a la competencia de los jueces del lugar en que éstas se encuentren.

Exposición de motivos (ley 19.551, art. 4°):

“Respecto de la formación de concursos en distintos países y sus relaciones, las reglas del art. 4° se adaptan a nuestros principios tradicionales. Se aclara quién puede, sobre la base de un concurso extranjero, peticionar

la formación de uno para los bienes existentes en la República, y se regulan también los efectos de éste con relación a los bienes y acreedores del país.

La segunda parte prevé el supuesto de créditos pagaderos en el extranjero. Sin embargo, es evidente que el principio se aplica también cuando en el extranjero se hubiere formado concurso después de la formación de uno en el país. La Comisión entiende que la vinculación de esta norma con la del art. 3º, inc. 5º, permite directamente la declaración de concurso en el país de personas y sociedades residentes o constituidas, respectivamente, en el extranjero, sin necesidad de aguardar idéntica declaración en el lugar donde se domicilia\*.

#### Exposición de motivos (ley 22.917, art. 4º)

“Desde su constitución la Comisión advirtió que diversas opiniones sobre el texto del art. 4º, así como la sugerencia de algunos miembros —la primera de las cuales fue formulada el 13 de noviembre de 1961— habrían de poner en consideración la situación del acreedor pagadero en el exterior, en cuanto a su admisibilidad en la quiebra sustanciada por tribunales de nuestra Nación.

El texto del art. 4º no ha sido interpretado y aplicado adecuadamente, o simplemente brinda una solución discutible; de allí las controversias que suscita desde su vigencia.

Es aconsejable perfeccionar una regla que parece excluir de toda admisión en la quiebra tramitada en la Nación a un acreedor pagadero en el exterior de acuerdo al vínculo que tenga con el fallido, así ocurra que tal fallido no se encuentre en quiebra en el lugar del pago o aun más, no tenga siquiera bienes en ese país. Esta segunda parte del art. 4º ofrece la desventaja de excluir al acreedor por la sola circunstancia de haber optado por cobrar en otra plaza que las sometidas a los tribunales de nuestra República, exclusión que no prestigia el crédito internacional de los súbditos argentinos, y que no se justifica como práctica de convivencia internacional, porque no es la consecuencia de la interdicción y retención de bienes del fallido sino en el lugar de pago de esos créditos —supuesto que justificada una exclusión con fines de retención—.

Se propone una formulación adecuada a la tradición nacional, tanto por su brevedad formal cuanto por su contenido.

En el párr. 1º proyectado se atiende a la situación de pluralidad de concursos lo que no es deseable, pero acontecerá en el orden internacional hasta que el desarrollo de los Tratados de reciprocidad lleve a la unidad de la falencia. Este supuesto fue tradicionalmente considerado por las leyes concursales argentinas, desde la que integró el primer Código Mercantil del Estado de Buenos Aires, luego convertido en Código Nacional. Se dispone, como históricamente fue siempre sin suscitarse objeción, que es la existencia de dos o más concursos lo que provoca la evolución de los acreedores correspondientes al formado en el exterior del trámite abierto en nuestra República.

Se precinde del adverbio “individualmente” empleado por el art. 4º de la ley 19.551, pues ofrece base para creer que cada acreedor debe proceder por sí solo; empero no se ha querido impedir que los verificados en un concurso radicado en el extranjero puedan ser representados colectiva o promiscuamente por su síndico o liquidador, si aquel sistema legal confiere esta atribución al funcionario. Tampoco es excluyente la hipótesis de que la

quiebra extranjera solicite el saldo mediante comunicación de su tribunal, cursada por vía diplomática. La locución 'individualmente' implica, en verdad, que esos acreedores ajenos a la quiebra argentina persigan el saldo sin configuración de un sistema concursal entre ellos mismos. La preferencia de tal saldo se sujeta entonces a la regla de la prioridad según el tiempo (prior in tempore...), Tal noción se expresa con la preceptiva de que aquellos eventuales interesados 'actuarán', verbo que importa la idea de un procedimiento instado por su beneficiario material y que se diferencia así del trámite falencial cuyo urgimiento es oficioso o compete al síndico.

El término 'saldo' es empleado para adecuar la redacción propuesta a la terminología del art. 228 de la ley 19.351. La denominación clásica de los fondos puestas a disposición del acreedor de otro concurso es la de 'remanescente', pero esta voz indica ahora los fondos ulteriores al pago de los capitales verificados, y sujetos aun al procedimiento falencial porque serán aplicados al interés suspendido por efecto de la quiebra. La suma destinada a ser restituida efectivamente al fallido —y por consiguiente liberada de la acción de los acreedores del concurso extranjero—, es el 'saldo'.

Se propone también la inclusión de un nuevo párr. 3º al art. 4º. Tiende a provocar una suerte de retención, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de la apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra Nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite falencial. La regla se inspira en la disposición norteamericana. Se busca 'igualar' al acreedor que obtuvo beneficio propio, con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común. Como no se hace depender esto de cuál sea el lugar de pago, evita esa aventajada conducta, provenga ella tanto de acreedor pagadero en el exterior cuanto de otro pagadero en esta República. La redacción vigente del art. 4º excluye del concurso al acreedor por razón del lugar en que hubiera de haber sido pagado, pero no prevé regla ninguna para evitar que un acreedor, pagadero localmente, fraccione su crédito para emplear una parte del mismo para cobrar en el exterior, y con otra fracción de sus títulos solicite, obtenga y se beneficie de una verificación concedida en el concurso local.

Se precinde de un supuesto excepcional, aun cuando sea imposible asegurar que no exista en todo el mundo. En la situación de los acreedores 'domiciliados' en un país cuya legislación incluya discriminaciones favorables para dichos sujetos y contrarias a los súbditos argentinos. Semejante previsión sería discordante con la legislación concursal, pues requiere el uso del concepto 'domicilio' del acreedor, que no aparece en ninguna otra disposición falencial argentina, y que tampoco se encuentra en el actual art. 4º ni en las reglas del Tratado de derecho comercial terrestre internacional concertado en Montevideo en 1940 y adoptado por nuestra Nación en 1957, referidas al 'lugar de pago' y no al domicilio del beneficiario de la obtención. Por otro lado, la disposición parece más bien contraria a su fin económico, pues si una persona 'domiciliada' en país cuya legislación discrimina desfavorablemente respecto de los acreedores argentinos, emplea su dinero para prestarlo a súbditos de la Nación Argentina, más bien habría que tratar a tal persona de modo acogedor, pues de esta manera los fondos de quien se domicilia en Estado de legislación contraria a la convivencia internacional pasarán a integrar el giro económico nacional".

**TRATADO DE DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL  
DE MONTEVIDEO DE 1940**

**TITULO IV  
DEL CONCURSO CIVIL DE ACREEDORES**

"Art. 16. El concurso civil de acreedores se sigue y tramita por las leyes y ante los jueces del país del domicilio del deudor".

"Art. 17. Si hubiere bienes ubicados en uno o más Estados signatarios, distintos de los del domicilio del deudor, podrá promoverse, a pedido de los acreedores, concursos independientes en cada uno de ellos".

"Art. 18. Declarado el concurso, y sin perjuicio del derecho a que se refiere el artículo anterior, el juez respectivo tomará las medidas preventivas pertinentes respecto de los bienes situados en otros países, y, al efecto, procederá en la forma establecida para esos casos en los artículos anteriores".

"Art. 19. Cumplidas las medidas preventivas, los jueces a quienes se libran los exhortos, harán conocer por edictos publicados durante treinta días, la declaración del concurso, la designación de síndico y de su domicilio, el plazo para presentar los títulos creditorios y las medidas preventivas que se hubieren tomado".

"Art. 20. En el caso del art. 17, los acreedores locales, dentro de los sesenta días subsiguientes a la última publicación prevista en el artículo anterior, podrán promover el concurso del deudor respecto de los bienes ubicados en ese país. Para este caso, como para el de juicio único de concurso, que se siga ante los tribunales y de acuerdo con las leyes del país del domicilio del deudor, los acreedores locales tendrán el derecho de preferencia sobre los bienes ubicados en el territorio en donde sus créditos deben ser satisfechos".

**ANEXO II**

**BIBLIOGRAFIA**

- Alberti, Edoardo M. : "Es aplicable el artículo 4º de la ley 19.551, a todos los concursos, o solamente a las quiebras", LL, 1961-A-748.
- Alfaro, Ramón M. : *Regimen de la quiebra en el orden internacional*, Co-riente, Imprenta y Encuadernación de Teddeo Heinicke, 1909.
- Argüas, Margarita - Larciano, Carlos A. : *Tratado de derecho internacional privado*, Bs. As., El Ateneo, 1958.
- Asser, T. M. C. : *Derecho internacional privado*, Madrid, La España Moderna.
- Berquitz, Ana L. : *La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado*, ED, 43-1109.
- Bidart Campos, Germán J. : *El artículo 4º de la ley de concursos y la Constitución*, ED, 104-1018.
- : *La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior*, ED, 105-543.

- Beggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Bs. As., Depalma, 1978.  
— *Derecho extraterritorial de quiebras*, JA, 32-217.
- Cámara, Héctor, *El crédito con garantía real sobre bienes en el país, pagadero en el extranjero, es desahogado del privilegio especial si el deudor es concursado?*, RDCO, 1983-367.
- Costa, Miguel G. J., *Aplicación del artículo 4º de la ley 19.551*, ED, 105-898.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, Bs. As., Depalma, 1974.  
— *El artículo 4º de la ley 19.551*, ED, 100-853.
- Kaller de Orshansky, Berta, *Régimen de la quiebra extranacional*, LL, 129-1179.  
— *Reflexiones sobre el artículo 4º de la ley de concursos, antes y después de su reforma*, RDCO, 1983-705.
- Lazzano, Carlos, A., *La quiebra internacional y la "International Law Association"*, JA, 1955-II-11, 666, doctrina.  
— *Derecho internacional privado*, La Plata, Platense, 1965.
- Mairal, Héctor A., *El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos*, LL, 1981-C-1190.
- Malibón, Manuel E., *La extraterritorialidad de la quiebra en el caso "Cia. Swift de La Plata SA"*, ED, 54-939.
- Malfassi, Carlos, *El artículo 4º de la ley de concursos 19.551*, LL, 148-797.
- Martínez del Bosque, Manuel, *Reflexiones en torno al artículo 4º de la ley 19.551*, ED, 88-805.
- Mija de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, 1979.
- Nadelmann, Kurt H., *El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros en las leyes de quiebra*, JA, 1974-477.
- Obarrío, Manuel, *Estudio sobre las quiebras*, Bs. As., Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez, 1936.
- Oneto, Claudio A., *Alcances de la preferencia local establecida por el artículo 4º de la ley 19.551*, ED, 75-987.
- Pallasa, Manuel, *Vigencia y significación esencial del artículo 4º de la ley 19.551*, LL, 1983-C-1052.
- Pillet, Antonio, *Principios de derecho internacional privado*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923.
- Provincioni, Benzo, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- Quintana Ferrerrea, Francisco, *Concurso. Ley 19.551 y modificatorias. Comarcado, concordado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1985.
- Ramero del Prado, Víctor N., *Derecho internacional privado*, Córdoba, Asandri, 1983.
- Boullón, Adolfo A. N., *Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, RDCO, 1984-781.
- Sajón, Jaime V., *El acreedor nativo y el extranjero en la ley de quiebras 11.719 y el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1940*, ED, 32-980.
- Sancinetti, Marcelo A., *El artículo 4º de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte*, LL, 1983-D-403.  
— *El artículo 4º de la ley de concursos: historia e historia de una reforma*, RDCO, 1984-139.

- Sánchez de Bustamante y Sirvén, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, 1934.
- Segovia, Lisandro, *El derecho internacional privado y el Congreso Sudamericano de Montevideo*, Bs. As., Mariano Moreno, 1888.
- Smith, Juan C., *El régimen internacional de los concursos en la ley 18.551*, LL, 1980-A-758.
- Trochu, Michel, *Conflicts de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, Paris, Sirey, 1947.
- Vico, Carlos M., *Curso de derecho internacional privado*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- Videla Aranguren, José M., *Aplicación del Tratado de Montevideo (1889) en materia de pluralidad de concursos*, LL, 32-826.
- Weiss, André, *Manuel de derecho internacional privado*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et Arrêts, 1913.
- Wolff, Martín, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch.
- Zuccherina, Ricardo M., *Derecho internacional privado*.

### ANEXO III

#### TREINTA PREGUNTAS BÁSICAS

1. ¿En qué se originan los problemas de la extraterritorialidad de los concursos y cuáles son los tópicos más importantes que generan?
2. ¿En qué sentido se orientaron las primeras soluciones? ¿Qué fundamentos se utilizaban?
3. ¿Cuáles son los sistemas actuales, desde el punto de vista doctrinal? Explique los caracteres de cada uno.
4. Exposición de los fundamentos y de las eventuales críticas a cada uno de las anteriores apreciaciones.
5. Indique algunas apreciaciones intermedias.
6. ¿Cuáles han sido las fuentes del Código de Comercio de 1858-1862? ¿Sus normas perduraron en nuestra legislación?
7. ¿Cuáles eran las reglas y la interpretación doctrinaria hasta la sanción de la ley 18.551?
8. ¿Existieron iniciativas en el ámbito internacional tendientes a considerar y resolver los problemas de la extraterritorialidad de los concursos? Mencione algunos.
9. Realice un breve resumen de las reglas de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.
10. ¿Cómo caracterizaría las situaciones típicas previstas por el Tratado de 1940 respecto de la unidad o pluralidad de los concursos?
11. ¿Qué reglas contuvo la ley 18.551? (enunciado general).
12. ¿Qué debates provocó el párr. 2º del art. 4º de la LCT? En especial sobre el principio de preferencias nacionales.
13. ¿A qué clase de concursos se aplicaba este precepto?

14. ¿Es necesario que existiera concurso en el exterior?
15. ¿Cómo y sobre qué bienes podían actuar los acreedores del exterior excluidos del concurso argentino?

### **ANÁLISIS DE LA REFORMA Y REDACCIÓN ACTUAL DE LOS PRECEPTOS**

16. ¿Cabe otorgar algún alcance extraterritorial a la declaración de concurso en el extranjero? ¿Cuál sería el sentido de él, en su caso?
17. Existiendo concurso en el exterior, ¿qué normas tutelares de los acreedores locales incorpora la ley? ¿A qué clase de concursos se aplica?
18. ¿Qué reforma fundamental se incorporó al art. 4º, párr. 3º de la LC? Indique las críticas.
19. ¿Es ahora necesario que exista concurso en el exterior?
20. ¿A qué clases de concursos en el país se aplica?
21. ¿Qué ocurre en caso de concurso preventivo en el país y existencia de acreedores pagaderos en el exterior?
22. ¿Debe verificarse el acreedor pagadero en el exterior? Diferencias entre si existe o no concurso en el exterior.
23. ¿Cuándo hay que entender que existe "saldo"?
24. ¿Qué significa la regla de la "reciprocidad"?
25. ¿Quiénes deben invocarla y acreditarla?
26. ¿Cómo se acreditaría la reciprocidad?
27. ¿Qué significa la regla de paridad (igualación) de dividendos?
28. ¿En qué concursos se aplica?
29. ¿Cuáles son las condiciones bajo las que se puede declarar en concurso en el país un deudor domiciliado en el extranjero?
30. ¿Qué juez es competente para declarar el concurso a que se refiere la pregunta anterior?

## **ANEXO IV**

### **TRABAJOS DE APLICACIÓN**

1. Elabore un cuadro comparativo de las soluciones de la ley 11.718 (art. 7º); ley 19.351 (arts. 2º, inc. 3º y 4º) y reforma de la ley 22.917 (arts. 3º, inc. 2º, 3º, inc. 5º, y 4º) y el Tratado de Montevideo de 1946.
2. Elabore un cuadro comparativo del Tratado de Montevideo de 1946 y el Código Bustamante.
3. Lectura y crítica de uno de estos autores  
 Alberti, Edgardo M., "Es aplicable el artículo 4º de la ley 19.551, a todos los concursos, o solamente a los quiebras", LL, 1981-A-769.  
 Alsina, Ramón M., Régimen de la quiebra en el orden internacional.  
 Bidart Campos, Germán J., La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior, ED, 105-593.

- Cámara, Héctor, *El crédito con garantía real sobre bienes en el país, pagadero en el extranjero ¿es despojado del privilegio especial si el deudor es concursado?*, RDCO, 1983-367.
- Kaller de Orchanaky, Berta, *Reflexiones sobre el artículo 4º de la ley de concursos, antes y después de su reforma*, RDCO, 1983-768.
- Mairal, Héctor A., *El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la ley de concursos*, LL, 1981-C-1199.
- Nadelfmann, Kurt H., *El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros en las leyes de quiebra*, JA, doctrina 1974-471.
- Rouillón, Adolfo A. N., *Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, RDCO, 1984-781.
- Sancinetti, Marcelo A., *El artículo 4º de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte*, LL, 1983-D-403.
- Segovia, Lisandro, *El derecho internacional privado y el Congreso Sud-Americano de Montevideo*.
- Smith, Juan C., *El régimen internacional de los concursos en la ley 19.551*, LL, 1980-A-758.
4. Lectura "in extenso" y comentario crítico de los fallos
- "Kantner", LL, 1983-B-728.
  - "Vicarie", JA, 1979-I-351.
  - "Lital", ED, 71-384.
  - "Trading Americas", LL, 1984-D-423.
  - "Real c/Casa", JA, 1983-II-445 y fallo de la Corte en LL, 1983-D-493.
  - "Banco Ambrosiano c/Cavifre", LL, 1983-B-127.



## LOS PRINCIPIOS DE IGUAL REMUNERACIÓN POR IGUAL TAREA Y POR TRABAJO DE IGUAL VALOR

JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT

### 1. INTRODUCCIÓN

Entre las garantías que para el trabajador incorpora el art. 14 nuevo de la Const. Nacional se halla el derecho de percibir "igual remuneración por igual tarea". El año anterior nuestro país había ratificado la Convención 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración y, consecuente con esta actitud, por decr. 2739/56 se dispuso equiparar los salarios establecidos para la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor, siempre que la diferencia entre ambos no excediera del diez por ciento y, en caso de que fuere mayor, se incrementaba el salario de la mano de obra femenina en un cincuenta por ciento de la diferencia existente.

Sin embargo, en alguna medida aquella garantía existía ya, aunque implícita, en el texto inicial de la Constitución, en la declaración general de igualdad ante la ley. Ella obraba en todas las Constituciones liberales y, como lo afirma Palomeque López<sup>1</sup>, no sólo opera con relación al Estado, sino también importa asegurar el principio en las relaciones interindividuales, entre ellas, las de trabajo. Después, en este siglo, se afirma en las cláusulas sociales de las diversas Constituciones, tanto con la mención de la igualdad por igual tarea, como por un trabajo de igual valor. Su propósito es eliminar esta forma de discriminación, que particularmente afectaba a las mujeres trabajadoras, y su objetivo

<sup>1</sup> Palomeque López, Manuel C., *El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo*, Madrid, Acari, 1981, p. 17.

final lograr respecto de ellas una igualdad de trato, así como de oportunidades.

Hay que comprender, sin embargo, que las declaraciones enfáticas de igualdad laboral o salarial no vale si, al mismo tiempo, no se promueven condiciones prácticas para que tal principio pueda realizarse, sin engendrar con ello otra injusticia. Particularmente, con relación a la mujer se ha pasado de la mera defensa de sus derechos en el trabajo a la consideración de los problemas suscitados por el empleo de la mano de obra femenina, relacionado con el aumento de sus posibilidades ocupacionales y la preparación necesaria para que así ocurra, con una remuneración igual a la de los demás trabajadores, sin distinción de sexo, y atendiendo sólo a la naturaleza, calidad o valor del trabajo que realiza<sup>2</sup>.

## 2. FORMULACIÓN EN LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES MÁS IMPORTANTES

Para afirmar estos principios cabe recordar la eficaz acción de los organismos internacionales. Desde el momento de su creación en 1919, la OIT indicaba que su propósito era lograr el reconocimiento del principio de un salario igual para un trabajo de igual valor. Este fundamento fue incorporado al texto de su primera Constitución en el art. 41. También se halla implícito en la Declaración de Filadelfia de 1945, que se opone a toda discriminación y pretende para todos los seres humanos, sin distinción de sexo "el derecho de perseguir su bienestar material en igualdad de oportunidades". Esta circunstancia sirve para advertir que aquel principio, esencial en materia remuneratoria, no es sólo propio de la protección de las mujeres, para obviar su discriminación como tales, sino que es válido para enfrentar cualquier otro tipo de discriminación, por raza, color de la piel, creencia religiosa, edad, estado civil, etcétera.

En 1951, la Conferencia Internacional de la OIT aprobó el Convenio 109, completando una gestión iniciada por el Consejo de Administración en 1948. Recuérdese también a este respecto que las Naciones Unidas en 1949, por medio de la Comisión de la Condición jurídica y social de la mujer, ha-

<sup>2</sup> Martínez Vivot, Julio J., Trabajo de menores y mujeres, Bs. As., Depalma, 1964, p. 120.

bía solicitado a la OIT que insistiera en sus estudios sobre la igualdad de remuneración y la posible incorporación del principio de que las tasas de remuneración deben basarse en la clase de trabajo y no en la diferencia de sexo. Aquel Convenio impone el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor, promoviendo la adopción de medidas al efecto. Aquello se completó con la Recomendación 90.

El art. 1º del Convenio, hace dos aclaraciones fundamentales. En primer término, destaca que el concepto de "remuneración" es comprensivo del salario o sueldo ordinario, básico y mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, por el empleo de este último. Después aclara que la expresión "igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor", designa las tasas de remuneración fijadas, sin discriminación en cuanto al sexo. En las disposiciones siguientes se refiere a los medios a que pueden recurrir los Estados ratificantes para lograr este objetivo, que puede ser la legislación, los convenios colectivos o la acción conjunta de estos diversos medios (art. 2º). Propugna la adopción de medidas para promover la evaluación objetiva del empleo y admite que las diferencias que puedan existir y que no importen una discriminación por sexo, "no deberán considerarse contrarias al principio de la igualdad de remuneración entre la mano de obra femenina y la masculina, por un trabajo de igual valor" (art. 3º).

La citada Recomendación 90 del mismo año, indica la conveniencia de que los Estados comiencen por aplicar el principio igualitario a los empleados públicos, o a aquellos en que la remuneración se halle sujeta al control público. Admite la posibilidad de su aplicación progresiva reduciendo, por lo menos, las diferencias de remuneraciones que existan entre el personal masculino y el femenino, cuando ambos realicen un trabajo de igual valor. Simultáneamente sugiere, para facilitar la aplicación del principio, que se adopten medidas para elevar el rendimiento de las trabajadoras, mejorar su formación profesional, así como para llevar a la opinión pública el convencimiento de las razones que imponen la vigencia del principio.

En 1975, con motivo de celebrarse el Año Internacional de la Mujer, la OIT formuló una declaración "sobre la igualdad de oportunidades y trato de las trabajadoras", "preocupada por la persistencia de una discriminación considerable

contra las trabajadoras, incompatible con los intereses de la economía, el bienestar de la familia y la sociedad y de los derechos fundamentales de las mujeres". Sugirió entonces que se adoptaran medidas especiales para garantizar a la mujer una remuneración equitativa en las profesiones en que predominen y para fijar el valor relativo de su trabajo y erradicar las principales causas de la inferioridad de las tasas medias de sus remuneraciones en los casos en "que poseen análogas calificaciones y realizan el mismo trabajo o análoga labor que los hombres".

Las Naciones Unidas procuraron este objetivo de igualdad, como ya dijimos, por medio de la Comisión de la condición jurídica y social de la mujer; pero, además, en 1948, afirmaron el principio de igual remuneración por igual trabajo, sin discriminación, con motivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La reiteración de este principio, pero ya haciendo expresa alusión a las mujeres, se aprecia en 1957, en el texto del proyecto de pacto de derechos económicos, sociales y culturales (art. 7º). A su vez, en 1967 la Asamblea adoptó, por unanimidad, la declaración "sobre la eliminación de toda discriminación respecto de la mujer". La misma en su art. 10, impone la adopción de "todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, casada o no, los mismos derechos que al hombre en la vida económica y social y, en particular, ... b) el derecho de igual remuneración que el hombre y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor". Este principio fue reiterado en 1979, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En su art. 11 se reafirma "el derecho de igual remuneración, inclusive prestaciones, e igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igual trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo" (ap. d).

La Organización de Estados Americanos (OEA) también ha promovido la aceptación del mencionado principio. La Comisión Interamericana de Mujeres, uno de sus organismos especializados y permanentes, ha promovido la aceptación y aplicación del principio.

Finalmente, cabe recordar que el Tratado de Roma, por el que se creó la Comunidad Económica Europea, dispone, en su art. 118, que "cada miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, el principio de igual retribución a idéntico trabajo". Puede advertirse que aquí no se usa la tradicional expresión "trabajo de igual valor", sino

otra, que aparentemente tiene un sentido diferente. Esta posible disparidad fue armonizada por la directiva del Consejo sobre igualdad de retribución (75/117/CEE), aplicable tanto al sector público como al privado. En ella "se define mejor el concepto de trabajo igual o el mismo trabajo, de manera que comprenda el de trabajo al que se atribuye igual valor, reflejando en esto el Convenio OIT 100 y abriendo así la vía a la igualdad en determinados sectores del empleo reservados a un solo sexo; especifica que cuando se utiliza un sistema de clasificación profesional para determinar las retribuciones, ese sistema deberá basarse en criterios comunes a hombres y mujeres y establecerse de manera que excluya las discriminaciones basadas en el sexo"<sup>2</sup>.

### 3. UNIDAD DE OBJETIVO EN LAS DISTINTAS FÓRMULAS. CRITERIOS INTERPRETATIVOS. NUESTRA OPINIÓN

Como puede apreciarse, la aceptación del principio de la igualdad salarial por igual trabajo no ha seguido un criterio invariable. Nos hallamos así ante su formulación en los términos de igual remuneración por igual trabajo, aceptado generalmente en las disposiciones constitucionales, entre ellas la de nuestro país, como la de igual salario por un trabajo de igual valor, propugnada por la OIT y la de igual retribución a idéntico trabajo, que expone el mencionado Tratado de Roma. Cabe preguntarse si las propuestas son similares y meras formas de expresión distinta de un objetivo común, o significan, en alguna medida, una expresión género, en la primera, para ser las otras expresión de la especie. Un informe de las Naciones Unidas dice al respecto que, para lograr la mentada igualdad, se muestran fórmulas variadas y flexibles, vinculadas a los métodos empleados a tal fin. Ninguna de ellas excluye a las otras y, en general, se combinan para lograr con mayor eficacia su objetivo. Agrega que "en cada sociedad nacional hay que plantear y atacar los proble-

<sup>2</sup> Landau, C. E., Igualdad de empleo entre hombres y mujeres en la Comunidad Económica Europea, en "Revista Internacional del Trabajo", vol. 103, n.º 2, abr.-jun. 1984, p. 223. Se destaca que en su legislación nacional los Estados miembros están adelantados en esta materia en relación con las realidades del mundo del trabajo. Afirma que en la práctica subsisten las discriminaciones y no se produce la igualdad de oportunidades, manteniéndose viejos prejuicios.

mas de un modo que esté en consonancia con sus tradiciones, sus ideales y sus métodos de acción"<sup>4</sup>.

La mayor dificultad se encuentra en lograr una definición precisa de las expresiones "trabajo igual" y "trabajo de igual valor". El mencionado informe, siguiendo referencias provenientes de las distintas legislaciones y prácticas nacionales, se pronuncia al respecto dando múltiples variantes. Tales referencias son: a) no establecer distinción entre ellas; b) considerarlo trabajo idéntico, similar o equiparable, sea o no de la misma industria, ocupación o establecimiento; c) como trabajo igual o muy equiparable realizado en el mismo establecimiento y en las mismas condiciones; d) considerar el "valor" del trabajo, cualquiera que sea el sexo de quien lo cumple, en su estimación por el empleador; e) relacionarlo con la cantidad y calidad de él en cada caso; f) vincularlo con el rendimiento o la eficiencia, y g) relacionarlo con la importancia del trabajo para la comunidad que puede influir en las tasas de remuneración.

Sin duda, esto ocurre porque el Convenio OIT 100 no definió la expresión "trabajo de igual valor". Lo cierto es que existe una gran divergencia de opiniones y de prácticas en cuanto a su significado, que pueden provenir de las diferencias nacionales en cuanto a las bases y principios en que se funda el sistema remuneratorio, así como a diferencias de distintos niveles culturales y sociales. En realidad, como lo expresa el citado informe de las Naciones Unidas, estas circunstancias "han creado cierta confusión y han dado lugar a malas interpretaciones con respecto a la igualdad del salario"<sup>5</sup>.

Ahora bien, según resulta de dicho Convenio, lo que se pretende al respecto es que no exista discriminación. Por eso se promueve para el fin propuesto la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del Convenio. A tal fin, agrega el art. 3º, los métodos de evaluación que se adopten podrán ser determinadas por las autoridades competentes, en lo que concierne a las tasas de remuneración, o bien por convenios colectivos o las propias partes contratantes. Añadiendo que las diferencias que

<sup>4</sup> Salario igual por trabajo igual, Nueva York, Naciones Unidas, 1966, p. 5.

<sup>5</sup> Salario igual por trabajo igual, p. 2.

puedan resultar de dicha evaluación objetiva, no importan discriminación. El sentido final que se persigue es que el importe remuneratorio no se vea afectado por una calidad genérica de quien lo cumple, sexo, raza, edad, estado civil, religión, etc., sino por las diferencias objetivas de la tarea e incluso las aptitudes o condiciones personales de quien la realiza.

Como se ve, el problema está en encontrar válidas y no discriminatorias pautas objetivas de medición, por las que se pueda determinar, al menos aproximadamente, la igualdad de remuneración en los empleos, tanto dentro de una misma industria o actividad, como en tareas similares de distintas actividades, profesiones u oficios. Pero, además de las cuestiones de definición y el grado de aplicación del principio, existe también gran interés en la materia, por las consecuencias tanto generales, como económicas y sociales que ha de originar su aplicación<sup>4</sup>.

Tal vez pueda ayudar a la interpretación, nuestro concepto de que el principio de igual remuneración por igual tarea significa al respecto la idea madre, el objetivo global, al que se puede llegar por diversos sistemas, que ante el género constituye la especie, procurando determinar el igual valor del trabajo o estableciendo cuándo un trabajo es idéntico a otro. Oportunamente hicimos una síntesis de las diversas variantes de interpretación en estos términos:

**a) Tasa según el empleo**

Se reduce a la identidad misma de tareas, en cuyo caso el principio implicaría tasas de salarios iguales por cada trabajo preciso y determinado. Este sería el sistema que resulta de la expresión usada en el Tratado de Roma.

**b) Salario igual por resultados iguales o salario igual por trabajo de igual valor para el empleador**

Esta interpretación suscita problemas fáciles de apreciar, con la necesidad de tasas a destajo o por tiempo para los mismos empleos, con la determinación de rendimientos medios, que en muchos casos pueden llegar a ser injustos.

<sup>4</sup> El salario de las mujeres, separata de la "Revista Internacional del Trabajo", Ginebra, OIT, 1960, vol. 56, n.º 2.

e) Concepto amplio de trabajo igual

Según esta tendencia, los empleos difieren entre sí, entre otras cosas, porque requieren diferentes niveles de educación general, formación, experiencia, responsabilidad, etcétera. Teniendo en cuenta estas diferencias, los empleos podrían clasificarse a su vez en una serie de categorías o grupos, y todos los que entren en la misma categoría de empleo, podrán considerarse como los que exigen "trabajo igual". En cada categoría, entonces, quienes los cumplen deben ser remunerados sin discriminación por sexo, raza, color, estado civil, etcétera. Esta interpretación también plantea problemas, pues requeriría, no sólo descripciones de trabajo exactas, sino un sistema de evaluación de tareas generalmente aceptado, para el que no siempre existen elementos<sup>7</sup>.

En la Undécima Conferencia de Estados de América miembros de la OIT (Medellín, 1979) se declaró que para lograr estos resultados se necesitan una cierta instrumentación y organismos que traten de efectivizarlos, con técnicas de trabajo especiales y un prudente período de experimentación. Además, hay que advertir que al análisis de las tareas comprendidas en cada puesto de trabajo hay que añadir el de las responsabilidades que implica y sus requisitos de formación profesional<sup>8</sup>.

En su más reciente libro sobre la remuneración, Julián de Diego, hace la siguiente reflexión sobre estos principios: a) la discriminación remuneratoria consiste en un diverso tratamiento antifuncional y arbitrario, en virtud de pautas cuya referencia repugna al contenido de nuestra Constitución, fundadas en razones de sexo, religión, raza, ideas políticas, filiación gremial, nacionalidad; b) esta discriminación toma como pauta referencial los salarios prescritos en las convenciones colectivas de trabajo, ya que por encima de los montos en ellas contenidos se puede modificar la retribución por mayor eficacia, laboriosidad, contracción al trabajo, sobre el marco del bien común, que opera como fuente inspiradora de aplicación<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Martínez Vivot, Julio J., *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, Bs. As., Astrea, 1981, p. 221 y 232.

<sup>8</sup> Informe III, *Condiciones de trabajo, formación profesional y empleo de las mujeres*, Ginebra, OIT, 1979.

<sup>9</sup> De Diego, Julián, *La remuneración del trabajador*, Bs. As., Depalma, 1984, p. 118.

Como dijo Krotoschin en un ponderado estudio al respecto, "la aplicación del principio se caracteriza no porque tienda a una nivelación absoluta, sino porque excluye el trato desigual arbitrario"<sup>10</sup>. Es que una interpretación rígida del principio "igualitario no tiene en cuenta que el contrato de trabajo reviste, en cuanto a las prestaciones obreras, carácter personal, lo que significa que el trabajador no es un elemento fungible, sino una persona y ninguna persona es perfectamente igual a otra"<sup>11</sup>.

#### 4. LA CUESTIÓN EN NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La reforma constitucional, de 1957 introduce, en el nuevo art. 14, la mención del principio: "igual remuneración por igual tarea". Esta actitud era coherente con la ratificación del Convenio OIT 100 operada el año anterior, aunque se apartaba de su terminología, al no referirse a "un trabajo de igual valor". Ya la propuesta en el sentido de incorporar una mención expresa en este tema se encuentra en el dictamen de la Junta Consultiva Nacional, donde se decía que se "tendrá derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por igual trabajo". Fue la Sub-Comisión de Derechos Sociales y Gremiales de la Convención la que propuso el tema con la redacción aprobada en definitiva, de simplemente expresar "igual remuneración por igual tarea".

Hubo al respecto algunas disidencias, como la del diputado constituyente Rodolfo Ghioldi, con el agregado de la siguiente frase: "sin distinción de edad o de sexo", o la de Horacio Thedy, que proponía el agregado "sin perjuicio de las diferencias que se establezcan para las tareas nocturnas". A su vez, el diputado Rodríguez Pinto proponía este texto:

<sup>10</sup> Krotoschin, Ernesto. *Discriminación e igualdad de trato en el derecho del trabajo*, LT, XIX-365.

<sup>11</sup> Devaldi, Mario L. *Alcance de la interacción ministerial en las consultas colectivas individuales*, DT, 1943-362. En igual sentido Vazquez Vialard dice: "Una igualdad sin tales distinciones nos introduciría en un crudo igualitarismo que no responde a nuestros principios ni a una sana convivencia" (Vazquez Vialard, Antonio, *Igual remuneración por igual tarea*, DT, 1945-132). Cabanellas expresa que: "De lo que se trata al formular el principio, es de evitar la desigualdad de tratamiento de quienes a todos los efectos legales son iguales; es para fijar una fórmula de equidad inspirada en razones de justicia, pero cuya demostración resulta tan difícil como valorar la igualdad en las prestaciones" (Cabanellas, *Contrato de Trabajo. Parte general*, Bs. As. Orbea, 1964, vol. II, p. 326).

"igual salario por igual trabajo, sin ninguna discriminación". En el debate en la Constituyente aparecieron nuevas propuestas. Entre ellas el diputado Riva propuso que se la enunciara en estos términos: "igual remuneración mínima por igual tarea". También allí insistió Thedy en su propuesta recibiendo de la Comisión redactora una respuesta de importancia para determinar el alcance de la norma. En efecto, en nombre de aquélla, el diputado Mariano Gómez dijo "si la tarea es de noche, no es igual a la que se cumple en el día y si la tarea es insalubre, no es igual a la realizada en otras condiciones". Este pensamiento fue ratificado por el miembro informante, diputado Jaureguiberry, al afirmar que pueden existir diferencias cualitativas y cuantitativas en la tarea que, lógicamente, deben proyectarse en la diferencia de retribución<sup>12</sup>.

#### 5. APLICACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL. DISTINTAS INTERPRETACIONES

La falta de reglamentación originó algunas interpretaciones dispares en los casos en que se planteaba. Así, mientras la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires observaba un criterio amplio, que, más allá del respeto a los mínimos salariales, admitía valoraciones vinculadas a las circunstancias de quien lo cumplía, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo adoptaba un criterio rígido, que suscitó severas críticas doctrinarias de Deveali y de Vazquez Vialard. Precisamente, uno de estos casos llegó a la Corte Suprema de Justicia y la interpretación del Alto Tribunal ha sido señera, ya que fijó una pauta de interpretación que ha sido seguida por los tribunales y, aun, por la legislación posterior.

Se trató del *leading case* "Ratto, Sixto y otro c/Productos Stani s/diferencia de salarios"<sup>13</sup>. En él cabe destacar el dictamen del Procurador General, quien afirmó que el principio está vinculado a otro precepto constitucional: el de la retribución justa; que su implementación requerirá necesariamente la determinación del valor que haya de reconocerse

<sup>12</sup> Para mayor información puede consultarse Tissebaum, Mariano R., *La constitucionalización y codificación del derecho del trabajo. Sus fuentes e interpretación*, en Deveali, Mario L. (dir.), "Tratado de derecho de Trabajo", Bs. As., La Ley, 1984, t. I, p. 342-344.

<sup>13</sup> CSJN, 26/8/68, DT. 1968-442.

a la labor desarrollada, único camino para saber si existe conculcación del principio; que el fundamento constitucional es similar al de "igual remuneración por un trabajo de igual valor".

Estos conceptos fueron recogidos por la Corte Suprema en su fallo, al decir que el principio es una expresión de la regla general en materia de remuneración, que debe ser justa. Agrega que no se opone a discriminaciones fundadas en la mayor eficacia, laboriosidad, contracción al trabajo, etcétera. Es una forma de estimular el trabajo y premiar condiciones como eficiencia y lealtad. Decía también, y es importante destacarlo, que el derecho del empleador de premiar los méritos de sus dependientes con una remuneración superior a la establecida en el convenio colectivo, queda librado a su prudente discrecionalidad y, por tanto, no está condicionado a prueba o demostración de que tales méritos existan.

Como dijimos, esta interpretación ha sido pacífica en la jurisprudencia; como muestra mencionamos una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cuya decisión puede sumariarse así: a) El principio constitucional de igual remuneración por igual tarea no impide que pueda asignarse distinta remuneración a quienes realizan tareas similares, siempre que no exista "discriminación arbitraria", no constituyéndose ésta cuando la diferencia responde a causas justificadas, como antigüedad en el cargo o con el empleador o tareas de mayor responsabilidad o título; b) no existe discriminación arbitraria entre quienes realizan tareas similares, percibiendo remuneraciones diferentes cuando ello responde a una causa justificada, como antigüedad en el cargo o con el empleador, o título, u otros conceptos admitidos en los convenios colectivos o asignación de funciones de mayor responsabilidad<sup>14</sup>.

Más recientemente podemos citar una sentencia del mismo tribunal, en la que se declaró que con la reforma introducida a la ley de contrato de trabajo en 1976, al entonces art. 89 (hoy 81), "si no hay identidad de situaciones, no hay posibilidad lógica de un trato desigual", eliminándose las causas objetivas del tratamiento diferenciado unificándose de ese modo las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias, aun emanadas del más Alto Tribunal, que reconocían y reconocen en el empleador la prerrogativa de ad-

<sup>14</sup> CNAT, Sala III, 269/71, 755, 1982-1136.

judicar mejoras a algunos de sus dependientes que revelan méritos suficientes, mediante una actitud librada a su discrecionalidad, no condicionada a la demostración de que existan" (ver CS, 'Ratto c/Productos Stani'; Sala II sent. 49.626, 'Librería c/Resinas Argentinas'. 93/62; Sala VI, 'Dos Santos de López c/Adams SA', 22/9/60, entre otros). Agregando que esta interpretación reclama, como trámite previo ineludible a la vigencia de sus postulados, "el aseguramiento cabal de la inconcurrencia, en los supuestos de operatividad, de discriminación arbitraria o agresiva, esto es, enunciado con otras palabras, la obligatoriedad de aplicar el mismo criterio a todos los casos que por sus condiciones exteriores sean iguales"<sup>15</sup>.

## 6. LEGISLACIÓN POSITIVA

El tema en su aspecto genérico, que es la igualdad de trato, se incorporó concretamente a la legislación positiva en 1974, en el entonces art. 89 de la LCT. Su texto calificaba de arbitrario el trato desigual de carácter discriminatorio que no respondiera a causas objetivas. La reforma del año 1976 suprime esta referencia y menciona las discriminaciones arbitrarias fundadas en el sexo, la religión o la raza, "pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios del bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador", así como "cuando el diferente trato responda a principios del bien común" (art. 81). Como se advierte, esta nueva redacción sigue los conceptos de la Corte Suprema al respecto, en el recordado caso "Ratto c/Productos Stani". Es evidente que "el nuevo texto prefiere explicitar con algo más de detalle cuál es el trato desigual que puede calificarse de arbitrario y cuál es aquel que resulta legítimo"<sup>16</sup>. Todo ello debe vincularse con lo dispuesto en el art. 17 de la misma LCT, que prohíbe cualquier clase de discriminación.

En lo específico hay que hacer referencia a las normas existentes en los capítulos relativos al trabajo de las mujeres

<sup>15</sup> Puede entenderse como bien común "el conjunto de condiciones de vida social que hace posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección" (Encíclica *Gaudium Spes*, n° 26).

<sup>16</sup> Brito Peret, J. - Goldin, A. - Inguerdo, R., *La reforma de la ley de contrato de trabajo. Ley 21.257, Bs. As., Zavalla, 1976*, p. 69.

y de los menores de la ley de contrato de trabajo. Así, el art. 172, párr. 2º, referente a las primeras, menciona el principio de "igual retribución por un trabajo de igual valor", que debe quedar garantizado "en las convenciones colectivas o tarifas de salarios que se elaboren". Es interesante destacar que este principio igualitario estuvo dirigido precisamente a las mujeres, que fueron quienes más habían insistido al respecto en los foros internacionales y obtuvieron las declaraciones conocidas, así como los Convenios OIT 100 y 111, típicamente enunciados como la discriminación contra la mujer que trabaja<sup>17</sup>.

Con relación a los menores, se manifiesta en el art. 187, que "las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán al trabajador menor la igualdad de retribución, cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores". También ha de considerarse esta norma, reglamentaria del principio de no discriminación, enunciado en el citado art. 17, ya que ajusta la igualdad remuneratoria a circunstancias válidas, en el interés de los propios menores.

Sin embargo, hay que destacar que la expresión "realice tareas propias de los trabajadores mayores" no es clara al efecto, como lo destacamos oportunamente, ya que depende de la apreciación subjetiva y requerirá, por tanto, que la reglamentación fije pautas al respecto. Será conveniente que disponga topes mínimos de descuento, con relación al salario mínimo, legal o profesional, como lo hizo en su momento el decr. 32.412/45<sup>18</sup>. En cuanto a la referencia a las jornadas de trabajo, la igualdad salarial se dará, en principio, cuando se trabaje ocho horas, o aun menos si ésa es la jornada normal de los trabajadores de una actividad, en una tarea similar a la que cumplen los menores. Congruente con lo expuesto, el art. 117 de la LCT, sobre salario mínimo, dice que tienen derecho a él los mayores de dieciocho años y, a su vez, el art. 119 admite que se abonen salarios inferiores a menores de esa edad, como consecuencia de la reducción de su jornada<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Para mayor información al respecto de estos instrumentos internacionales consultar Podetti, Humberto A. - Barchi, Irineo E., *Tratado de mujeres*, Bs. As., Hamurabi, 1980, p. 18-22.

<sup>18</sup> Martínez Vivot, *Trabajo de menores y mujeres*, p. 64.

<sup>19</sup> Martínez Vivot, *Los menores y las mujeres en el derecho del trabajo*, p. 201.

## 7. CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas es más fácil enunciar un principio que llevarlo a la práctica. Esto es lo que ha ocurrido, particularmente cuando se pretende su aplicación refiriendo sólo causas objetivas que puedan afirmar la diferencia. Son notorios los esfuerzos internacionales en este tema, procurando obviar discriminaciones. En tal sentido la acción "de Naciones Unidas y OIT para promover la aplicación del principio de la igualdad de remuneración, con el respaldo de organizaciones no gubernamentales, pueden contribuir a que las organizaciones nacionales, mediante procedimientos que se adapten a las condiciones existentes en sus propios países, logren los objetivos que ellas mismas se han fijado"<sup>20</sup>.

La igualdad salarial, particularmente con relación a las mujeres, está afectada por una serie de causas que contribuyen a mantener la desigualdad. En general, ésta se origina en la mejor formación profesional del trabajador varón; su mayor acentuamiento, aun por causas legalizadas, es un factor que no puede dejar de tomarse en cuenta al establecer las remuneraciones reales, por encima de los salarios mínimos legales o profesionales. Ello así, sin contar la incidencia que al respecto tienen las normas protectorias que aún subsisten en la mayor parte de las legislaciones. Pero, hay que agregar todavía que la organización sindical, dirigida prácticamente por trabajadores varones, no se esfuerza demasiado por procurar la mentada igualdad, aun considerándola una justa reivindicación social<sup>21</sup>.

Es evidente que el tema queda desvirtuado si sólo sirve para haber obtenido la equiparación que, en general, se presenta con los salarios mínimos. Será necesario formular propósitos vinculados a la capacitación o formación profesional, a la ampliación de oportunidades y posibilidades y, particularmente, recordar, como dijo la Corte Suprema de Justicia, que el principio de igualdad de remuneración por igual tarea es una forma de concretar el propósito principal en materia remuneratoria, que es llegar al "salario justo". Es que "en política social un criterio rigidamente igualitario sería nocivo"<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Salario igual por trabajo igual, p. 34.

<sup>21</sup> Martínez Vivot, *Los menores y los mujeres en el derecho del trabajo*, p. 222.

<sup>22</sup> Vazquez Vizcarri, *Igual remuneración por igual tarea*, DT, 1965-138.

# **EL DERECHO DE INTEGRACIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO**

**EVE I. RINOLDI DE LADMANN**

## **1. SUMARIO**

Considerada la integración económica desde el enfoque de la teoría de los sistemas, analizamos una de sus variables: "la jurídica", señalando la importancia del derecho como determinante de comportamientos.

Nos referimos al significado del "derecho supranacional y derecho comunitario", para considerar que no son coincidentes, prefiriendo la segunda denominación o la de derecho de la integración, para las normas que vinculan las estructuras regionales.

Después de sostener la relatividad cultural e histórica de los términos Nación y soberanía, tratamos la relación del derecho comunitario y constitucional y los problemas que plantea, trasladando ese análisis a los textos constitucionales latinoamericanos.

## **2. LA FUNCIÓN DEL DERECHO EN EL SISTEMA SOCIAL**

Definiremos, en primer término, el contenido conceptual de las voces "sistema social".

Un sistema es un conjunto de elementos que cumplen una función determinada. Se caracteriza por su complejidad y por la forma en que las partes interactúan, tan intensamente, que un cambio en una de ellas afecta a muchas otras.

Para que un sistema pueda ser considerado como tal, debe poseer ciertas propiedades -p.ej., la estabilidad-, propiedades que no pueden adjudicarse a sus componentes individuales.

Lograr la estabilidad presupone una formulación satisfactoria de objetivos, pero dado que la mayoría de los sistemas tiene múltiples objetivos, a menudo en conflicto unos con otros, esa formulación es muy problemática. El mejor modelo no puede optimizar todos los objetivos (p.ej., que cada uno de los Estados miembros venda a los otros, mayores montos que los que compra), pero, en último término, deberán coincidir con los que señalen los operadores del sistema, porque la etapa final es una evaluación tendiente a determinar cómo funciona el sistema en manos de sus operadores. En el caso de la integración latinoamericana, sus operadores serán quienes tienen capacidad política para tomar decisiones. Dentro de cada subsistema, la toma de decisiones políticas es el resultado del compromiso de las fuerzas y de los grupos de interés que interactúan permanentemente. Se podría aplicar aquí la idea de una jerarquía de sistemas, para lograr un sistema eficiente en orden al objetivo de integración que se pretende. La adaptación dependerá de la capacidad de aprendizaje del sistema para su autotransformación, sin perder identidad y continuidad.

El análisis del proceso de integración desde el enfoque de la teoría de los sistemas, es una ardua tarea, que en su naturaleza y en la de los problemas que aborda, es interdisciplinaria, tratando de descubrir con un planteo multifacético, uniendo técnicas y conocimientos separados, las características internas del proceso. No hay virtualmente ninguna disciplina científica que no pueda ser usada en el diseño de un sistema en gran escala, por lo cual es evidente que nadie, en forma individual, está calificado para su desarrollo, e invariablemente la consideración del sistema implica la participación de un equipo. De ahí que después de señalar cuáles son las variables del sistema de integración, sólo me referiré a la jurídica como elemento integrador.

En el sistema de integración podemos señalar la existencia de los siguientes elementos:

Internos:	$\left\{ \begin{array}{l} \text{Estables} \\ \text{(del espacio} \\ \text{geográfico)} \end{array} \right.$	$\left\{ \begin{array}{l} \text{extensión} \\ \text{posición} \\ \text{estructura física y climática} \end{array} \right.$
Externos:	El contexto, en el cual ubicamos las múltiples relaciones internacionales.	

Entrando en el análisis de la variable jurídica, nos preguntamos cuál es la función del derecho en el sistema social. Si, como dice Ihering, "La realidad es actividad humana que siempre hay que considerar como ordenada en cierto grado", toda convivencia humana es convivencia ordenada, que surge de un obrar consciente, que señale objetivos a alcanzar.

A diferencia de las regularidades sociales meramente de hecho, las ordenaciones sociales en que la regla se presenta además, como exigencia, trasciende el "ser", ya que entre las diversas posibilidades de la realidad, se selecciona una, considerándola como "la que debe ser", pero cuya existencia y vigencia se funda en un querer real.

Sólo se comprende cabalmente la ordenación normativa, si se considera y da por supuesto que "el ser" y "el deber ser" no se encuentran aislados y en una antidualéctica ausencia de relación, sino, por el contrario, en una correlación coordinada por el acto de voluntad que da positividad al derecho (decisión política del operador del sistema)<sup>2</sup>. Todo poder permanente, desde el punto de vista tanto técnico como moral, se manifiesta necesariamente mediante el derecho. La función creadora de poder que el derecho tiene, hállase condicionada por un lado, por su normatividad, y por el otro, por su positividad.

Esa forma jurídica necesita de tanto más precisión y practicabilidad, cuanto más numerosas y complejas sean las relaciones sociales, actuando el derecho como factor de integración imprescindible: una situación cualquiera de poder se convierte en un status político sólo por el derecho; sin él, con sus caracteres normativos y técnicos, faltaría al sistema —en los incesantes cambios de los innumerables procesos de integración—, permanencia y estructura; es decir, dejaría de tener existencia. Por otra parte, la aceptación será mayor y más fuerte el poder del conjunto, en la medida en que se afirme la creencia en la legitimidad del derecho formador de poder.

### 3. DERECHO SUPRANACIONAL Y DERECHO COMUNITARIO

De las relaciones entre los Estados surgen normas que podemos incluir en categorías con diferentes caracteres: el

<sup>2</sup> Ihering, Rudolf von, *El fin en el derecho*, Bs. As., Atalaya, 1948.

<sup>3</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 6ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968.

derecho internacional, el derecho supranacional y el derecho comunitario.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se produce un auge y prestigio del internacionalismo, como un medio de zanjar las diferencias y solucionar los conflictos. La guerra fría, sin embargo, pone a prueba estas instituciones y la positividad del derecho internacional clásico, ante la impunidad que produce su violación.

En la estructura tradicional sólo se da una red de relaciones entre Estados independientes: todo poder deriva del Estado y las instituciones internacionales no ejercen poder real. Se han constituido dentro de un esquema de coordinación y cooperación entre miembros soberanos, que no aceptan ninguna usurpación de su poderío; de ello es ejemplo el art. 2º de la Carta de las Naciones Unidas.

Las relaciones que se desarrollan en tales condiciones, se caracterizan por su debilidad e inestabilidad, no coincidiendo tampoco el concepto jurídico con la realidad de los Estados limitados, por un lado, por los mismos tratados internacionales, y por otro, por los imperativos económicos.

En cuanto al derecho supranacional, preferimos reservar ese nombre para las normas que son impuestas por una potencia hegemónica, en las estructuras internacionales en que la comunidad ha surgido por acoplamiento de espacios geográficos que constituyen un solo espacio económico (p.ej., la Constitución de Canadá, que en su sentido más amplio incluye estatutos del Parlamento del Reino Unido, aun después de su reconocimiento como Estado independiente).

Pero las nuevas necesidades obligan a encontrar estructuras que respondan a las mismas. Nacen así los procesos de integración, para los cuales el derecho elabora marcos jurídicos e institucionales. La característica de este derecho de integración o comunitario, que aún no ha encontrado su locus standi entre las categorías jurídicas establecidas, ni coincidencia doctrinaria en su definición, es la de afectar intereses fuertemente arraigados y, por lo tanto, difíciles de modificar. Sin embargo, la comunidad nace por el reconocimiento de un interés comunitario, que se distingue de la suma de los intereses. Resulta así una asociación de Estados que quieren lograr objetivos comunes, para lo cual se someten voluntariamente a reglas que acuerdan entre sí. Se produce una delegación de ciertas y determinadas competencias para mejorar la situación de cada uno de los países.

Consideramos por eso, que la definición del profesor Pescatore<sup>3</sup> del término "supranacionalidad", corresponde a estos procesos de integración, fuente del derecho comunitario, cuando la define como "una autonomía de poder y de acción colocada al servicio de intereses, o si se quiere, de objetivos comunes a varios Estados. El fundamento de la supranacionalidad es el reconocimiento por varios Estados de intereses económicos, técnicos, políticos, etc., que les son comunes; en otras palabras, el reconocimiento de lo que trasciende el interés puramente nacional, y de la fusión de éste en el interés de una comunidad humana más extensa. A ese elemento material debe agregarse un elemento formal o jurídico, que permita hacer efectiva esa autonomía de voluntad.

La distinción entre el derecho supranacional y el derecho comunitario permite una más clara identificación de los caracteres de este último, así como su ubicación frente al derecho internacional y el interno.

La integración plantea problemas jurídicos, tanto desde el punto de vista estructural, con relación a los órganos e instituciones comunitarias independientes de los Estados miembros y eficaces, a las cuales se les atribuye un poder de decisión, un poder normativo y un poder jurisdiccional y a la jerarquía de los ordenamientos jurídicos comunitario e interno; como desde el punto de vista teleológico, en cuanto a los fines que persigue.

De la experiencia habida hasta el presente, en los procesos comunitarios, especialmente el europeo, surgen ciertos caracteres del derecho de integración, algunos de los cuales trataré de sintetizar:

- a) Debe crear un sistema jurídico cerrado, o sea, que dentro de él se encuentre solución a los conflictos que se presentan. Por lo tanto, las normas establecidas por un tratado multinacional o por una ley, implican también las normas sin las cuales las primeras carecerían de sentido o no permitirían una aplicación razonable y útil de ellas.
- b) Complementación y colaboración de los órganos jurídicos en tareas de interés común, pero con supremacía del orden jurídico comunitario en aquellas materias en que han

<sup>3</sup> Pescatore, Pierre, *Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*, Bs. As., BIDINTAL, 1972.

delegado competencias o hay incompatibilidad entre las atribuciones de la comunidad y los Estados miembros.

c) Solución al problema de la descentralización en la aplicación de las normas, para evitar conflictos por la existencia de dos órdenes jurídicos, primario y secundario de la comunidad y de los Estados miembros, que parecerían recuperar sus competencias en cuanto a la aplicación de las normas primarias. Requiere una acción concertada entre el nivel legislativo primario y el nacional, que se acompañen constantemente, en una dinámica permanente, hacia un proceso de simbiosis en aspectos funcionales y materiales comunes.

d) La admisión del efecto directo de las normas comunitarias, una vez aprobado el tratado-marco, y su operatividad. Las normas sancionadas por los órganos de la comunidad tienen inmediata aplicación, pudiendo incluso ser invocadas por los ciudadanos de cualquier Estado miembro, aun contra disposiciones del Estado al cual pertenecen. Se reconoce en esa forma la responsabilidad del Estado miembro frente a los otros Estados, a la comunidad y a los particulares, haciéndosela en último término efectiva por el poder judicial.

e) La culminación del sistema supone la creación de una jurisdicción comunitaria, que decida las divergencias, asegurando la primacía y eficacia del derecho comunitario que tiene su fuente autónoma en el tratado firmado voluntariamente por los Estados miembros. El recurso a disposiciones del orden jurídico nacional atenta contra la unidad, poniendo en discusión la base jurídica de la comunidad.

América latina se encuentra aún lejos de haber alcanzado esta etapa de desarrollo de la integración, debiendo ajustar las instituciones a las necesidades, teniendo en cuenta que no son idénticos los objetivos de la integración europea y de la integración latinoamericana, pareciendo esta última más bien dirigida a lograr una rápida industrialización de sus Estados miembros y la solución de problemas económicos inmediatos.

#### 4. LA SOBERANÍA ESTATAL EN EL PROCESO DE INTEGRACION

Nos referiremos al tema de la soberanía para señalar la relatividad del problema, tanto como para considerar el con-

cepto clásico en sí mismo y ubicarlo en el contexto de la integración.

a) *La relatividad del problema*

La civilización industrial que sustituyó a la civilización agrícola, y que comienza a desarrollarse a partir del cambio de mentalidad, de forma de pensar y conocer, que se produjo en la segunda mitad del siglo xvii, tiene características que Toffler señala acertadamente: uniformización, especialización, sincronización, concentración, maximización y centralización<sup>4</sup>. Respondiendo a esas necesidades, el poder político se estructura en forma diferente: antes del advenimiento de esa segunda civilización, la mayor parte de las regiones del mundo no estaban consolidadas como naciones, sino, que el poder político estaba fraccionado (tribus, clanes, estados feudales, ciudades estados); no encontramos fronteras definidas, sino retazos de pequeñas comunidades. No había un control eficaz en el ejercicio del poder político, ya que las comunicaciones y el sistema de información eran primitivos.

En cambio, la nueva civilización industrial necesitaba una unidad política que estuviese a la altura del desarrollo que ella requería. "Las nuevas y costosas tecnologías sólo podían ser amortizadas si producían bienes para mercados de extensión superior a la meramente local. Pero, ¿cómo podían los hombres de negocio comprar y vender a lo largo de un amplio territorio si, fuera de sus propias comunidades, se extraviaban en un laberinto de tasas, impuestos, normas laborales y monedas diferentes? Para que las nuevas tecnologías resultaran rentables, las economías locales debían ser consolidadas en una única economía nacional. Esto significaba una división nacional del trabajo y un mercado nacional de bienes y capital. Todo esto a su vez, requería también una consolidación política nacional. Había que despejar y racionalizar la confusa, contradictoria y caótica diversidad de costumbres, leyes y prácticas locales que prevalecía durante la civilización agrícola"<sup>5</sup>. Se delimitan las fronteras en el siglo xviii. Anteriormente, como existían grandes regiones despobladas, no era necesaria la precisión. Al aumentar la población que se concentra, incrementarse

<sup>4</sup> Toffler, Alvin, *La tercera ola*, España, Plaza & Janés, 1981.

<sup>5</sup> Toffler, *La tercera ola*.

el comercio y empezar a surgir las fábricas, muchos gobiernos comenzaron a delinear con claridad las zonas aduaneras. Propiedades públicas y privadas fueron cuidadosamente definidas y registradas. "Los mapas se hicieron más detallados y completos"<sup>6</sup>.

La comprensión de la civilización industrial permite entender el significado y la necesidad del Estado moderno: la existencia de un único marco jurídico que permita ejercer la autoridad política para hacer posible el nuevo sistema económico-industrial, llevando al mundo a la división en unidades-Estados separadas, sobre las que se ejerza un control real, por la celeridad y expansión de los medios de comunicación e información.

Desde el punto de vista fáctico, ese Estado se considera autosuficiente, procurando en su trato con los demás, afirmar su individualidad e indestructibilidad. "El contacto interestatal no tiende a la fusión, sino al intercambio provechoso". Es una relación circunstancial<sup>7</sup>. Axiológicamente, el valor en juego es la utilidad, el interés y el poderío de ese Estado nacional. Normativamente, el Estado se obliga con los demás, por un expreso acto de voluntad (pacto, tratado).

Queremos demostrar con esta síntesis parcial de la evolución histórica del concepto de Estado-Nación, su relatividad, y en consecuencia, la relatividad del concepto de soberanía. La concepción de Estado-Nación no existió durante la mayor parte de la historia y durante mucho tiempo no fue ni siquiera aceptado como un ideal.

Si coincidimos con quienes sostienen el nacimiento de una civilización posindustrial, a partir de la década del 50 en este siglo, cabrá también aceptar la necesidad de un cambio de las estructuras políticas, económicas, culturales y sociales, como, por ejemplo, las comunidades económicas. Corresponde entonces una revisión de los conceptos de soberanía que surgieron con aquella civilización industrial, para adecuar el ejercicio del poder político a estos nuevos procesos que van configurándose en las relaciones internacionales, institucionales e individuales, encontrando el derecho su apropiado encuadre jurídico. No quiere ello decir que

<sup>6</sup> Toffler, *La tercera ola*.

<sup>7</sup> Sagüés, Néstor P., *El derecho constitucional argentino y la integración*, ponencia en "Segundo encuentro de profesores de derecho constitucional", Bs. As., Universidad de Belgrano, 1974.

esté perimida la estructura del Estado-Nación, pero la aceleración de los tiempos históricos – pensemos en las posibilidades de la ciencia y la técnica de poner ciudades satélites en el espacio –, obligará a repensar esos conceptos a los cuales tanto se aferran quienes sostienen la total independencia de los Estados.

#### b) El concepto clásico de soberanía

Este término ha sido definido de diferentes maneras por la teoría política, pero podemos aceptar que, en el contexto de las relaciones internacionales, la soberanía es la independencia de un Estado de todo control externo. Las cualidades de suprema y absoluta que se adjudica<sup>4</sup>, simplifican y oscurecen al mismo tiempo su sentido, tanto con relación a su localización (el pueblo, el rey, el parlamento), como a sus diversos aspectos (interna, externa, política, económica, etcétera). Sin intentar repasar las ideas elaboradas por Jean Bodin, Rousseau, Hobbes, Austin y tantos otros teóricos del conocimiento político, y que trasciende el límite de este trabajo, queremos hacer presente el criterio de Loewenstein<sup>5</sup>, para quien el término es la expresión jurídica del ejercicio del poder político. Si se le adjudica el atributo de supremo, no sujeto a otro superior, es porque se parte de la igualdad entre los Estados. En las relaciones con los demás Estados, la igualdad se afirma como primera condición, aunque en los hechos sea ello una ficción, pues no tiene como fuente la realidad, sino la ley, que los presupone iguales. Pero, en ausencia de un poder soberano que la aplique, la misma ley internacional se convierte en ficción.

Es a partir de la creación de cuerpos internacionales, a cuya jurisdicción se someten voluntariamente los Estados miembros – aunque en casos limitados y restringidos –, como se afirma el principio de igualdad, paradójicamente, admitiendo limitaciones a la libertad de acción, es decir, a la soberanía. Se plantea, por tanto, después de 1945, la necesidad de una revisión de los contenidos del concepto de soberanía, sobre los cuales el derecho internacional y el constitucional creían haber llegado a una coincidencia de criterios, al admitir como atributo de ella, su ejercicio unívoco en un territorio dado.

<sup>4</sup> Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Barcelona, Ariel, 1934.

<sup>5</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1972.

## c) El concepto en el contexto de la integración

La intangibilidad de la soberanía, admitida como principio absoluto a priori, es incompatible con las necesidades que plantea el mundo actual. En cambio, la posibilidad de un ordenamiento fraccionado de ella, permite variantes estructurales y relacionales diversificadas, que en definitiva tienden a asegurar la existencia misma de los Estados.

Es explicable la defensa del concepto absoluto de soberanía en la historia de las relaciones con los grandes Estados, pero la creación de un sistema de equilibrio abre una perspectiva distinta en esas relaciones: la existencia de instituciones independientes que no se identifiquen con la personalidad o los intereses de sus miembros, y el poder de una comunidad autónoma, puesta al servicio de los objetivos comunes.

Por supuesto que no existe coincidencia doctrinaria al respecto. Así, Rosenberg<sup>10</sup> niega la noción de comunidad y aun de supranacionalidad al calificar la soberanía de absoluta, indivisible, superior al derecho, intransmisible, inalienable, para llegar a una apología sin reservas del interés y de lo arbitrario del Estado-Nación. Otros intentan llegar a la justificación mediante el desdoblamiento de las nociones de soberanía y competencia, como sostiene Bindschedler<sup>11</sup>, para quien la adhesión a organismos internacionales daría lugar a una transferencia de competencias, dejando intactas las soberanías, o bien reduciendo la integración a la creación en el transcurso del tiempo, de procesos colectivos de decisión<sup>12</sup>.

La Mesa Redonda reunida en Bogotá en 1967, patrocinada por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, expresa en el párr. 2º de sus Conclusiones, que la atribución de competencias, "en condiciones de igualdad y de reciprocidad, lejos de menoscabar o afectar en modo alguno la soberanía nacional, que todas las Constitu-

<sup>10</sup> Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Barcelona, Ariel, 1954.

<sup>11</sup> Lorenzstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1972.

<sup>12</sup> Rosenberg, J., *Los principios de la supranacionalidad*, París, 1962, citado por Pescatore, en "Derecho de la integración".

<sup>13</sup> Bindschedler, *Kochfragen der europäischen Integration*, Basel, 1964, citado por Pescatore, en "Derecho de la integración".

<sup>14</sup> Lindberg, León, *Political integration as a multidimensional phenomenon*, en "International organization", vol. XXIV, 1970.

ciones latinoamericanas proclaman, configura, por sí misma, un acto típicamente soberano, propio del ejercicio coincidente de la soberanía de varios Estados, para beneficio común de los pueblos".

Las teorías son tranquilizadoras, aunque quizás eufemísticas. Expusimos al principio la necesidad que tiene el sistema de plantear claramente sus objetivos, para lograr su supervivencia. La integración regional o subregional ofrece una estrategia viable para el desarrollo. Es una decisión existencial coherente y compatible con otros valores, porque permitirá lo que en definitiva debe ser el telos de todo el sistema social: lograr el bienestar espiritual y material del ser humano.

Abandonando el criterio de autosuficiencia, el Estado toma conciencia de que su progreso y supervivencia dependen de la subsistencia y desarrollo de los demás. La unidad podrá lograrse mediante la cooperación en un número cada vez mayor en esferas de decisión autónomas, manteniendo la frecuencia e intensidad de los conflictos por debajo del nivel peligroso para todo el sistema.

Recordamos a Ortega y Gasset<sup>12</sup>, para quien "la integración histórica no es la dilatación de un núcleo inicial, sino más bien la organización de muchas unidades sociales preexistentes en una nueva estructura".

La fundamentación axiológica será así la solidaridad interregional, para lograr el bien público comunitario. Pero no hay estratagemas sutiles que induzcan a los hombres a comportarse según exige la conveniencia comunitaria, si ellos no están íntimamente convencidos de la bondad social de tal cooperación.

## 5. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En la relación entre el derecho comunitario o de la integración y el derecho constitucional, se plantea una serie de problemas vinculados a temas tales como: a) el ejercicio del poder constituyente; b) las atribuciones legislativas; c) las atribuciones jurisdiccionales; d) la estructura de Estado federal. Trataremos por separado cada uno de ellos.

<sup>12</sup> Ortega y Gasset, José, *La España inabundante*, en "Obras completas". España, Revista de Occidente, 1953, t. III.

### a) El ejercicio del poder constituyente

La integración se concreta normativamente mediante la celebración de un tratado-marco, que crea la organización comunitaria, cuyas instituciones, a su vez, elaborarán normas jurídicas, las que según hemos dicho, tendrán vigencia inmediata, aun sin expresa aprobación del Estado miembro, o más aún, sin que éste pueda oponerse a su vigencia. Nace así un derecho comunitario o de la integración.

Las Constituciones que fueron sancionadas en el siglo pasado no podían contemplar estas estructuras, que difieren de los antiguos pactos, ligas, uniones aduaneras o confederaciones, por lo cual nos encontramos con lo que la teoría denomina una laguna constitucional.

Frente a ella, caben dos posiciones: 1) la interpretación analógica del texto constitucional —en un proceso de mutación constitucional—, considerando que la atribución de firmar tratados que se reconoce al gobierno, con acuerdo del Congreso, incluye la de obligarse mediante los tratados-marco; 2) reformar la Constitución, ya que la integración regional, como afirmamos anteriormente, afecta más profundamente los conceptos clásicos de soberanía y Nación, y crea estructuras jurídicas, económicas y políticas, que son distintas en sus objetivos de las ya existentes. Por eso compartimos el criterio de la doctrina en este sentido. Esta posición se funda en tres razones:

1) Si bien de hecho la integración se ha desarrollado sin que se hayan reformado las Constituciones que no la prevían (como, p.ej., la de la República Argentina), tratándose de una decisión política constitucional, que afecta al ejercicio del poder constituyente, su inclusión en el texto constitucional implica una voluntad efectiva de integrarse, que en definitiva favorecerá el proceso, logrando su estabilidad y permanencia en el tiempo.

2) El poder constituyente, es el poder político que se juridiza al normarse<sup>14</sup>, creando el plexo de normas que organizan al Estado. Para que sea legítimo, de acuerdo con las teorías del constitucionalismo democrático<sup>15</sup>, debe intervenir el electorado, que es en definitiva el detentador del mismo, por sí, o por sus representantes.

<sup>14</sup> Spota, Alberto, *El poder constituyente*, Bs. As., Plus Ultra, 1977.

<sup>15</sup> Friederich, Karl, *El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política*, Madrid, Guadarrama, 1965.

La Constitución es una resultante de las fuerzas políticas actuantes en un lugar y época dados. La inclusión de un texto expreso obligará a un análisis de los objetivos que se persiguen con la integración, planteados claramente, obteniéndose así, en el lenguaje de Loewenstein, el compromiso de todos los detentadores del poder (oficiales: gobierno, Parlamento, electorado; y no oficiales: grupos de interés, partidos y fuerzas políticas), comprendiendo que el bien común que se pretende alcanzar para la región, favorecerá en última instancia el interés de cada uno de los Estados miembros. Se crea así, por propia voluntad, un condicionamiento externo, salvando en esa forma las objeciones que puedan plantearse al menoscabo de la soberanía en su concepción clásica.

3) La seguridad jurídica se favorece con la inclusión de un texto constitucional, que defina con amplitud el proceso, autorice la delegación de competencias y determine la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados miembros, precisando formal y materialmente el alcance de las normas del primero, tanto las del tratado-marco como las que emanen de los órganos comunitarios y la capacidad de los Estados miembros de denunciar en ciertas condiciones el tratado-marco (asimilable al derecho de secesión en la Confederación).

La validez del ordenamiento jurídico de la comunidad no provendría, pues, de una instancia superior, sino del poder constituyente del propio Estado, que continúa residiendo en la comunidad de origen.

#### b) Las atribuciones legislativas

Reiteramos aquí, para mayor claridad, algunos conceptos ya expuestos. Hemos señalado la existencia de dos ordenamientos jurídicos: el comunitario y el interno de cada Estado miembro, cuya sanción corresponde a órganos diferentes: los de la comunidad en el primer caso; el Congreso en los regímenes políticos formales de tipo presidencialista previstos en las Constituciones de los países latinoamericanos, en el segundo caso.

Las relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos pueden ser:

1) De supremacía del primero. A la cual nos referimos al hablar de las características que debe reunir el derecho comunitario y al exponer el ejercicio del poder constituyente,

apoyando la posición de incluir un texto expreso en la Constitución.

2) De complementariedad y coordinación. Las normas internas de los Estados miembros deberán adecuarse a las sanciones por los órganos comunitarios, modificando o derogando aquellas que contradigan las obligaciones asumidas y adoptando las necesarias para que las decisiones comunitarias tengan operatividad.

3) De supletoriedad. En los aspectos no previstos por el derecho comunitario, se acudirá a los textos legales internos, mediante una interpretación analógica que no desvirtúe los objetivos del primero.

Las relaciones de complementariedad afectan especialmente las atribuciones de la función legislativa en dos aspectos: a) inhibe el ejercicio de las competencias delegadas en los órganos comunitarios; b) obliga a desterrar la diversidad originaria y a impedir o evitar la diversidad futura.

La compatibilización de las legislaciones también contribuye a la seguridad jurídica —como señala Félix Peña<sup>10</sup>—, ya que los inversores que operarán dentro de un sistema normativo necesitan la garantía de los derechos adquiridos, en función de los cuales pueden decidir con la predictibilidad necesaria los cursos de acción.

La inestabilidad interna de los países latinoamericanos conspira contra la radicación de capitales o "la transformación de las estructuras de producción de cada uno de los participantes en el marco del espacio económico ampliado"<sup>11</sup>.

De ahí la necesidad de una acción concertada entre el nivel legislativo comunitario y el nacional, que se acompañarán constantemente.

Al analizar los ordenamientos constitucionales, volveremos sobre el tema de las atribuciones legislativas.

### c) Las atribuciones judiciales

No hemos intentado encarar todos los problemas que plantean las interrelaciones de los ordenamientos jurídicos

<sup>10</sup> Peña, Félix, *Interdependencia regional, proyectos conjuntos y derecho internacional*, en "Revista de Integración Latinoamericana", Bs. As., BID-INTAL, 1981, n° 64.

<sup>11</sup> Peña, *Interdependencia regional*, en "Revista de Integración Latinoamericana", n° 64.

comunitario e interno de los Estados miembros, sino señalar algunos aspectos de ellos, refiriéndonos brevemente a la delegación de las atribuciones judiciales en este punto y en el siguiente, a la estructura del Estado federal y dejando para el final el estudio de las disposiciones vigentes en las Constituciones latinoamericanas.

El concepto de seguridad jurídica incluye la exigencia de una certidumbre de ejecución, asegurada por la coacción organizada. En la teoría clásica del constitucionalismo, sólo el Estado tiene el monopolio de la coacción para hacer cumplir las leyes.

En último término, las ideologías legitimadoras a las que se reconoce validez en una sociedad determinada, son las que deciden qué autoridad está llamada a establecer, aplicar y ejecutar los preceptos jurídicos positivos. A esta autoridad tiene que habersele reconocido el poder para llevar a cabo el aseguramiento del derecho; poder de declararlo, ponerlo en práctica y ejecutarlo. Sólo lo tendrá en la medida en que los grupos que ejercen influencia decisiva estén convencidos de que esa autoridad está dispuesta a asegurar el derecho. Si no hay certidumbre de ejecución, si ésta se torna problemática, el derecho es técnicamente imperfecto. En el Estado se alcanza la seguridad jurídica, porque dispone de un cuerpo diferenciado desde el punto de vista jurídico, integrado por órganos dedicados al establecimiento, aplicación y ejecución del derecho positivo. Para ello, la teoría constitucional supone que la garantía está dada por esa unidad suprema de decisión y acción que es el Estado, que le permite mantener perfectamente organizadas, vías de derecho y de reclamación. La eficacia de este sistema de control jurídico está condicionada por el monopolio estatal de la coacción física legal, o sea, la inadmisibilidad de un derecho legal de resistencia contra las disposiciones del poder.

La existencia del derecho comunitario o de la integración conmueve esta estructura organizada y su relación con el derecho interno plantea diversos problemas:

1) El control jurisdiccional en el derecho comunitario. Hace a la legalidad de los órganos comunitarios, para evitar desvíos o abusos del poder. Está previsto por los arts. 17 y 23 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, firmado el 28 de mayo de 1979.

2) Relación jerárquica entre ambos ordenamientos jurídicos. Reconocimiento de un rango jurídico superior a las

normas comunitarias, que se incorporan de esa manera al ordenamiento jurídico interno.

Considerando al Estado la única unidad de poder político supremo, la teoría clásica otorga también a su ordenamiento jurídico de base, la Constitución, el carácter de ley suprema, y para asegurar esa supremacía, crea un control del poder jurisdiccional, sobre leyes y tratados, que deben ajustarse a los principios reconocidos en la primera.

Las constituciones latinoamericanas inspiradas en la de Estados Unidos ponen a cargo del Poder Judicial, el control de constitucionalidad; otras, como la de Ecuador, atribuyen esa competencia al Congreso para su interpretación.

Frente a la ausencia de una norma constitucional expresa que decida la relación jerárquica y en caso de no guardar congruencia el derecho comunitario con la Constitución, ¿se resignaría la supremacía de ésta? ¿Cabe admitir la revisión del derecho comunitario por los tribunales de cada Estado miembro y su desconocimiento por considerar que vulnera los principios reconocidos por la Constitución?

Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma del derecho comunitario impedirá su aplicación o cumplimiento en el caso planteado, con lo cual se debilita o frustra la integración, perturbando y perjudicando a los demás Estados miembros, originando inclusive, responsabilidades internacionales.

La inclusión de un texto expreso en la Constitución, estableciendo el orden de prelación de las normas, evitará interpretaciones dispares y dará fuerza al derecho comunitario, toda vez que, reiteramos, implicará un compromiso de las fuerzas políticas actuantes en la sociedad.

Como sostiene Bidart Campos<sup>18</sup>, este aspecto es insoslayable sin una reforma de la Constitución, que sustraiga del conocimiento y decisión de los tribunales, las causas que versen sobre puntos regidos por el tratado-marco, en cuanto al control de constitucionalidad.

3) El poder coactivo de la comunidad. Dejando a la filosofía del derecho resolver el problema de la diferencia entre "sanción y coacción", transcribimos al respecto lo que

<sup>18</sup> Bidart Campos, Germán J., *La posible integración de Argentina en una comunidad representativa a la luz de nuestra Constitución*, ED. 38-1019.

dice Ajá Espil<sup>19</sup>: "Ante un conflicto en que está en juego la efectividad de una norma, sólo es factible mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, si existe un órgano que sancione y otro que sea capaz de coaccionar en caso necesario. La sanción tiene por objeto restituir licitud a una situación violada por el entuerto, mientras que la coacción es el procedimiento de fuerza necesario para restablecer en la realidad aquella situación. La sanción está contenida en la decisión administrativa o judicial, mientras la coacción es la ejecución forzosa de aquélla".

Para asegurar la uniformidad del derecho comunitario evitando su dispersión y asegurando su efectiva vigencia, deben sancionarse las transgresiones a sus normas. Claro está que la existencia de una Corte de Justicia de la comunidad depende del grado de interrelaciones que hayan comprometido los Estados miembros: simple zona de preferencias; accionar común en ciertas áreas; programa de complementación industrial o proceso de integración que se concrete en un mercado común.

Un paso adelante para que los países latinoamericanos admitan la obligatoriedad erga omnes de decisiones de tribunales supranacionales, ha sido dado por la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, suscripto el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978).

Crea esta Convención una Corte Interamericana, que conoce los casos que le someten los Estados-parte, previa declaración de éstos, reconociendo como obligatoria de pleno derecho la competencia de dicha Corte para la interpretación y aplicación de la Convención (art. 52). La sentencia que dicte, de aplicación inmediata en el Estado-parte, decide si hubo violación de los derechos protegidos; dispone que se repare la situación, y se pague una justa indemnización a la parte lesionada (art. 63). Los Estados-parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte, admitiendo la posibilidad de ejecución en el país respectivo, por el procedimiento interno vigente en él, para ejecución de sentencias (art. 68).

Creemos que esta Corte tiene trascendencia institucional, por haber sido ratificada la Convención por veinte países americanos. En igual sentido representa un avance,

<sup>19</sup> Ajá Espil, Jorge, *Discurso de ingreso a la Academia colombiana de jurisprudencia* (separata, Bogotá, 1978).

aunque en un área geográfica más restringida, pero específicamente con relación a la integración económica, la creación del Tribunal del Acuerdo de Cartagena, por el tratado suscripto el 28 de mayo de 1979.

Sin embargo, aun admitiendo la posibilidad de aplicar sanciones por parte de órganos jurisdiccionales comunitarios, en su ejecución forzosa, la administración de justicia de cada Estado retiene el poder de coacción.

#### d) La estructura de Estado federal

Este ha sido el más importante aporte de la Constitución de Estados Unidos a la teoría y práctica del Estado moderno. La estructura de Estado federal supone el enfrentamiento de dos ordenamientos jurídicos que atribuyen a dos esferas del poder político, capacidad de dictar y aplicar leyes en un territorio dado, y su armonización. La existencia de fronteras estatales limita el poder del Estado central sobre los Estados miembros y viceversa. La unidad nacional se busca a través de la diversidad regional, debido a causas históricas y geopolíticas, tratando de respetar las diferencias culturales.

Nada hay más delicado en la técnica constitucional que la asignación originaria de las tareas estatales. Existe un mínimo irreductible de competencias federales indispensables, que atañen a los siguientes campos: asuntos exteriores, defensa nacional; sistema monetario, de pesas y medidas; nacionalidad; comercio y comunicaciones y medios financieros para llevar a cabo estas tareas. Su demarcación se efectúa en la Constitución, sea enumerando las que corresponden a los Estados miembros o las de la federación, creando una zona intermedia de competencias concurrentes y asignando las residuales, bien al Estado central, bien a los Estados miembros. Su distribución marca la intensidad de las interrelaciones, poniendo énfasis en el primero o en los segundos.

En los Estados organizados federativamente, las relaciones del derecho interno y el comunitario se complican por las competencias reservadas por los Estados miembros de la federación y la posibilidad del derecho de la integración de legislar materias que les correspondan.

Un argumento más en favor de la reforma de la Constitución, para incluir la expresión clara de la voluntad del poder constituyente de alcanzar el objetivo de la integración económica.

## 6. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Los países latinoamericanos han adoptado Constituciones escritas y rígidas, de conformidad con los preceptos del constitucionalismo democrático, al cual se adhirieron formalmente. Sin embargo, al estudiar la normatividad y la realidad nos encontramos con un divorcio entre ambas. Las Constituciones pertenecen, o bien al tipo de nominales o bien son semánticas, en la terminología de Loewenstein<sup>24</sup>. En el primer caso, la Constitución no se aplica porque no se dan las condiciones socioculturales que permitan su vigencia; en el segundo, porque no existe voluntad política de quien detenta el poder, y la Constitución es sólo disfraz de una realidad autocrática. Se dan algunas excepciones.

Esa falta de adecuación se manifiesta también en las relaciones de cada país con el contexto. La intensidad y complejidad de las relaciones institucionales entre los países latinoamericanos se ha concretado en muchos casos, a contrapelo de sus disposiciones constitucionales, impulsada fácticamente. Creemos que no se puede fundamentar la validez de la integración en criterios de "efectividad". El derecho no puede quedar al margen de esos procesos; el deber ser tiene que adecuarse al ser, para mantener su vigencia, y aún más, en esa relación recíproca el deber ser determinará comportamientos futuros.

Planteadas la validez del derecho comunitario en su relación con el derecho constitucional, encontramos distintas situaciones de admisión o tolerancia. Señalaremos en primer término las disposiciones comunes a las Constituciones que implican un conflicto entre los ordenamientos jurídicos comunitario y constitucional. Todas consagran el principio de soberanía: haciéndolo residir en la Nación (siguiendo a Suárez), o en el pueblo (de acuerdo a Rousseau). Ya lo hemos analizado, así como también la necesidad de su adecuada interpretación. Pero algunas introducen un concepto nuevo, que la teoría constitucional no ha tratado: "la soberanía económica" (Bolivia, art. 133; Venezuela, art. 95) o atribuyendo al Estado facultades de intervención en la economía que entran en conflictos con un eficaz sistema de inte-

<sup>24</sup> Loewenstein, *Teoría de la Constitución*.

gración, afectando la seguridad que deben ofrecer a los empresarios para tomar decisiones de inversión en otros países del área o en el propio, con miras a una expansión del mercado. Así, por ejemplo, el Estado asume el rol de empresario (Ecuador, arts. 45 y 46; Perú, arts. 111, 113); racionaliza los recursos; orienta y planifica con carácter obligatorio diversos sectores; regula la distribución, circulación y consumo de riqueza; fija los programas a que debe someterse el fomento de las economías nacionales (Bolivia, arts. 135, 141, 144; Brasil, arts. 89, 163; Colombia, art. 32; Ecuador, arts. 45, 46, 89; El Salvador, art. 101; Honduras, arts. 329, 332, 333, 336; México, arts. 3<sup>o</sup>, 27; Panamá, arts. 277, 279, 281; Paraguay, arts. 94, 149; Perú, art. 111; Venezuela, arts. 98 y 126) se reserva sectores económicos para su explotación; interviene para hacer efectiva la justicia social (Panamá, art. 279).

El conflicto que puede producirse en la interpretación del derecho comunitario y el derecho constitucional, sólo puede salvarse para este caso, si la Constitución consagra la supremacía del primero, otorgando así la garantía de la plena vigencia de los tratados o acuerdos que se firmen.

#### a) Las atribuciones del Presidente y del Congreso

El régimen político presidencialista bajo el cual se han organizado los países latinoamericanos, supone una integración de gobierno y Congreso por cooperación, es decir, la necesidad de concurrir ambas voluntades para tomar la decisión política, por ejemplo, en la conducción de las relaciones exteriores. Sin embargo, a diferencia del modelo norteamericano, donde sólo se exige la aprobación del Senado, las Constituciones latinoamericanas consagran la intervención de ambas Cámaras, que constituyen cuerpos deliberativos numerosos, lo cual produce demora y debilidad en las decisiones de política exterior, que es función ejecutiva, dinámica.

La cooperación entre el Presidente y el Congreso supone varias etapas, que son similares en las Constituciones que analizamos, refiriéndonos para su descripción, a las normas de la argentina:

1) Negociación y firma del tratado-marco por el Presidente, mediante sus plenipotenciarios (art. 86, inc. 14). Como todo poder constituido, tiene límites que son los que establece la propia Constitución (art. 27). Lo que no puede modificarse por ley, no puede hacerse por la concertación de un tratado.

2) El Congreso aprueba o desecha por ley (art. 67, inc. 19). Puede plantearse el problema de su aprobación total o parcial, observando el trámite establecido por los arts. 68 a 73 (De la formación y sanción de las leyes). Si bien el art. 67, inc. 19, no determina el procedimiento para aprobar los tratados, por convención constitucional se adopta la forma de ley, no requiriendo mayorías calificadas. Doctrinariamente, no hay coincidencia sobre el tema<sup>11</sup>.

3) El Presidente promulga la ley que aprueba el tratado, mediante decreto, que se publica en el Boletín Oficial.

En cuanto a la publicación, la dificultad reside en que no existe una rutina única; así, los tratados firmados por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se publican en su totalidad, existiendo una oficina específica que se ocupa de ello; en cambio, los firmados por otros Ministerios, muchas veces no se publican en su totalidad, resintiéndose así la seguridad jurídica y la certeza. También afecta ambos valores la confusión sobre la fecha de entrada en vigencia del tratado: a) la de su promulgación y publicación en el Boletín Oficial; b) la del depósito de la ratificación; c) en el caso de los acuerdos multilaterales, que no entran en vigencia hasta haber sido ratificados por un número mínimo de Estados, el momento en que se alcanza ese número. Hay disparidad doctrinaria al respecto<sup>12</sup>.

4) El Presidente ratifica el tratado, pero como es facultad discrecional, aún podría abstenerse de hacerlo.

5) La conducción de las relaciones exteriores de un Estado ha dado origen a otros instrumentos jurídicos, además de los tratados, "los acuerdos en forma simplificada" o "acuerdos ejecutivos", para los cuales se ha discutido la necesidad de su aprobación por el Congreso. Firmados por el Presidente, o en algunos casos por funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, en su representación, permitirían la concertación dentro de las normas del tratado-marco, concluyendo la negociación con el acto de la firma. Podría cuestionarse que al no cumplirse los recaudos constitucionales, no se convierten en "ley suprema de la Nación", como los demás tratados (art. 31).

<sup>11</sup> Sánchez Viámonte, Carlos, *El tratado Antártico y el derecho público argentino*, Bs. As., 1961.

<sup>12</sup> Vannoni, Jorge R., *Régimen constitucional de los tratados*, Bs. As., El Coloso, 1969.

La Constitución de Chile, en su art. 50, permite al Presidente adoptar medidas o celebrar acuerdos para el cumplimiento de un tratado en vigor, sin requerir nueva aprobación del Congreso, a no ser que se trate de materias propias de una ley. Este puede asimismo aprobar un tratado y delegar en el Presidente el tomar las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento.

La norma elaborada por la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas (Convención de Viena, arts. 43 a 45), de 1968, sostiene el principio de que el Estado no puede alegar como vicio del consentimiento la violación de las disposiciones de su derecho interno, concernientes a la competencia para celebrar tratados, a menos que la violación sea manifiesta y afecte normas de importancia fundamental, objetivamente evidentes. En caso de existir un órgano jurisdiccional de la comunidad, podría resolver las cuestiones derivadas de la impugnación por irregularidad del trámite. Siempre quedaría a salvo el principio de responsabilidad internacional del Estado, aunque pudieran desconocerse los efectos internos del tratado.

6) La complementación de voluntades del Ejecutivo y del Congreso, en la firma y aprobación de tratados, se ve alterada por el acceso al poder de los gobiernos de facto. Encontramos antecedentes en Argentina, en 1943, cuando el Estado se adhirió al Acta final de la Conferencia Panamericana de México y declara el estado de guerra con Japón y Alemania, así como el decr. 21.195/43, por el que se ratifica la Carta de las Naciones Unidas, haciendo expresa salvedad de someterla al Congreso nacional, una vez instalado.

La Corte Suprema, por su parte, ha ido modificando su jurisprudencia: a) sólo admite el ejercicio de atribuciones legislativas por el gobierno de facto, en caso de urgencia y necesidad ineludibles para mantener el funcionamiento del Estado (Fallos, 201:249-1945); b) los decretos leyes no requieren ulterior confirmación legislativa y sólo son derogados por otras leyes, no pudiendo ser revisada judicialmente la extensión u oportunidad del ejercicio de la facultad legislativa por el gobierno de facto. No obstante esta jurisprudencia, se dictaron en repetidas ocasiones "leyes ómnibus", confirmando numerosas normas de facto, en forma conjunta; c) la actual Corte Suprema, por res. 88/84, del 14 de febrero, ha resuelto "que la restitución del ordenamiento constitucional en el país requiere que los poderes del Estado nacional o los de las provincias en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del gobierno de facto".

7) En caso de ser imprescindible la complementación del tratado por ley o reglamento del Congreso o del Ejecutivo, estos dictarán las normas que permitan su operatividad. La Corte Suprema argentina ha decidido que "la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación de la ley cuya operatividad no ofrece dudas" (Fallos, 382:468). Se supone que el Congreso al aprobar el tratado, asume la obligación de adecuar la legislación a los principios establecidos en él (conf. Fallos, 186: 258; 252:258)<sup>22</sup>. En la realidad resulta a veces difícil determinar si un tratado puede tener inmediata vigencia, o requiere disposiciones que lo complementen en el derecho interno.

#### b) Supremacía de la Constitución respecto de los tratados

Su afirmación, y el corolario necesario, su interpretación y control de constitucionalidad, poniendo a la Constitución en la pirámide del ordenamiento jurídico de cada Estado, es un principio que recogen todas las Constituciones latinoamericanas. Los tratados son válidos en cuanto se ajusten a ella (Argentina, art. 31; Bolivia, arts. 238, 127, inc. 5º; Brasil, arts. 119, III; Chile, arts. 6º, 80 a 82).

Pero la interpretación del orden de prelación de los tratados respecto de la ley no ha sido siempre unívoca. La Corte Suprema de Argentina los coloca en un pie de igualdad con las leyes internas (Fallos, 257:99) al sostener que ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución, atribuyen prelación a los tratados respecto de las leyes, siendo ambos calificados como "ley suprema de la nación", en un rango igual, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico de la república (opinión disidente del juez doctor Tomás Casares).

En ese caso, podrían inclusive ser modificados por una ley posterior que deroga una anterior (la que aprueba el tratado o lo hace operativo). Importa la tesis de que el Estado puede sustraerse a los compromisos internacionales, por un acto de su exclusiva voluntad.

En contra de esta posición están autores como Goldschmidt<sup>23</sup> y Bidart Campos<sup>24</sup>, para quienes el tratado es siempre

<sup>22</sup> Varosi, Régimen constitucional de los tratados.

<sup>23</sup> Goldschmidt, Werner, De nuevo: Derecho internacional y derecho interno argentino, ED. 23-423.

<sup>24</sup> Bidart Campos, Germán J., El derecho constitucional del poder, Bs. As. 1977, t. II.

superior a la ley, careciendo el Estado de competencia para modificarlo por normas internas posteriores.

Cualquiera que sea la interpretación en el orden interno, el Estado se encontrará siempre ante la vigencia del principio de responsabilidad internacional emergente de su firma y ratificación por el órgano encargado de las relaciones internacionales previsto por su Constitución (*pacta sunt servanda*).

Dos Constituciones innovan en la materia, al sancionar preceptos que otorgan a los Tratados aprobados por el Congreso, antes de su ratificación —y que, por lo tanto, no contienen disposiciones contrarias a la Constitución—, prevalencia sobre el derecho interno en caso de conflicto con la ley (El Salvador, arts. 144 y 145; Perú, arts. 101 a 103). Más aún, la Constitución del Perú incluye la supremacía de los tratados de integración, no sólo sobre la ley, sino también sobre los demás tratados multilaterales entre las mismas partes (Perú, art. 106), coincidiendo con lo que la teoría señala como la solución adecuada.

En los demás casos, pueden sistematizarse así las disposiciones constitucionales sobre la materia:

1) Corresponde al Congreso la interpretación de los preceptos constitucionales, con carácter obligatorio *ergo omnes* (Ecuador, arts. 139, 59, c; Uruguay, art. 85, inc. 20).

2) Control de constitucionalidad de leyes y tratados o acuerdos internacionales, las primeras antes de su sanción y los segundos antes de su ratificación, ejercido por el tribunal Constitucional (Chile, arts. 81 y 82; Colombia, art. 214; ejecutividad de los proyectos de ley objetados como inconstitucionales).

3) Control de constitucionalidad de leyes y tratados y declaración de inaplicabilidad de sus disposiciones, a cargo del Tribunal Supremo, por vía de acción o de excepción en cualquier instancia, con efecto para el caso particular (Argentina, art. 31; Bolivia, arts. 228, 127, inc. 5º; Brasil, art. 119, III; Chile, arts. 6º, 80 a 82).

### c) Federalismo

En las cuatro estructuras de Estado federal de los países latinoamericanos (Argentina, Brasil, México y Venezuela), los problemas se plantean entre el derecho comunitario y el constitucional; entre éste y el derecho estadual, en la ejecu-

ción de las normas, si violan algunas de las competencias reservadas a los Estados miembros. La compatibilidad normativa y de ejecución es un tema importante, sobre todo si se tiene en cuenta la influencia decisiva que los cuatro países tienen en el proceso de integración. La teoría nos señala que la estructura federal supone un doble orden jurídico y de poderes, que la hacen compleja, pero en la cual, si bien los Estados miembros aparecen como tales frente a sus ciudadanos, están subordinados al Estado central, que se vincula directamente, con ellos. Si las relaciones internacionales son materia del Estado central, los Estados locales no pueden alterarla (principio de lealtad federal)<sup>26</sup>. Deben respetar los tratados firmados por la federación en el ejercicio de sus competencias diplomáticas (Argentina, arts. 67, inc. 19, 86, inc. 14; Brasil, arts. 8º I, 44 I, IX, X; México, arts. 76 I, 89, X, 117 I; Venezuela, arts. 136, inc. 1º, 128, 190, inc. 5º).

Cuando se reconoce a los Estados miembros la capacidad de firmar tratados parciales con fines de administración de justicia, intereses económicos o trabajos de utilidad común, como la Constitución de Argentina (arts. 107 y 108), se interpreta que las facultades se refieren a las relaciones interprovinciales<sup>27</sup>, ya que la aprobación de tratados sobre cuestiones propias de las relaciones internacionales, corresponde al Congreso nacional (art. 67, incs. 3º, 6º, 10, 12 y 19). Las normas vinculadas a la integración económica se refieren, en general, a atribuciones que corresponden al poder central: establecimiento de aduanas exteriores y prohibición de crear internas; libre circulación de productos, personas y medios de transporte; prohibición a los Estados miembros de celebrar tratados políticos o expedir leyes sobre comercio y navegación; la regulación del comercio con naciones extranjeras y de los Estados miembros entre sí, así como los derechos de importación y exportación; normas de derecho financiero, control de recursos energéticos, normas de derecho civil, comercial y laboral (Argentina, arts. 9º, 10 a 12, 67, incs. 1º, 3º, 6º, 7º, 9º a 11, 108; Brasil, arts. 19 II, 21 I, II, 8 IX, XV, XVII, 43, 65; México, arts. 73 IX, XXIX, 117 IV a VI; Venezuela, arts. 18, incs. 1º a 4º, 136, incs. 1º, 7º, 8º, 9º, 12, 20 y 24).

<sup>26</sup> Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, *Mano Redonda de Bogotá*, 1967. Orrego Vicuña, Fr., cita el "principio de lealtad federal" con relación al caso de Baja Sajonia en la República Federal Alemana.

<sup>27</sup> González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Bs. As., 1897; Folias, 3:181.

Al considerarse en las Naciones Unidas la cuestión de los Estados federales con relación a la firma del Convenio sobre Derechos Humanos, se incluyó en los pactos mediante los cuales se lo implementó, una cláusula que dispone: "Las disposiciones del presente pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna".

La aparente incompatibilidad entre las normas del derecho comunitario y el constitucional, no sería tal, pues éstas están concebidas en función de la distribución y equilibrio interno. Por otra parte, hubo un proceso de concentración de atribuciones en el Estado central y de imposición de las decisiones federales, interviniéndose a los Estados miembros en muchos casos de no acatamiento, que desvanece en la realidad esa federación, que desde su nacimiento y por razones históricas, fue más débil que su modelo norteamericano (Argentina, arts. 6º a 110; Brasil, arts. 10, 11; México, arts. 40, 120; Venezuela, arts. 21, 23, inc. 1º, 118, 128).

Podemos agrupar las Constituciones latinoamericanas en cuatro clases:

1) Las que por razones cronológicas no incluyen referencia alguna. Por ejemplo, la de Argentina (la más antigua de las latinoamericanas vigentes: 1853). Cabe analizar si en ausencia de normas expresas son compatibles o no los ordenamientos comunitarios y constitucional, cubriendo los poderes constituidos, las lagunas del derecho interno que exige la dinámica política. No ha habido obstáculos insuperables para celebrar tratados de integración económica, pero en algunos aspectos es necesaria una interpretación muy laxa de las disposiciones, fundadas en la protección afectiva de los intereses fundamentales de la Nación, para admitir el ejercicio de las atribuciones comunitarias.

2) Las de los países centroamericanos, que postulan su integración económica y aun la política, que ya tuvieron entre 1821 y 1839, cuando independientes de España y tras un corto periodo de anexión a México, se constituyen en una federación.

Las Constituciones de Costa Rica, después de su reforma de 1968; El Salvador, aprobada por referéndum del 16/12/1983; Guatemala de 1965; Honduras de 1982 y Nicaragua de 1974, contienen una cláusula común, que reconoce la necesidad primordial de volver a la unión con uno o más Estados de la antigua federación, facilitando la reforma de la

Constitución a esos efectos, o permitiendo al Congreso, por mayoría calificada, aprobar los tratados, acuerdos o arreglos internacionales a ese fin<sup>28</sup>. La de Costa Rica diferencia el tratado-marco de los protocolos de menor rango, exigiendo para la aprobación del primero la mayoría de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea legislativa, no requiriendo los segundos la intervención de ella.

3) Las sanciones con posterioridad al proceso de integración, que no han incorporado a su texto ninguna referencia a él: Bolivia (1967); Brasil (1967 y actos institucionales y acta complementaria) y la de Chile (1981), no obstante lo cual, esos países han integrado estructuras económicas y jurídicas comunitarias. En el caso de Chile, y durante la vigencia de la Constitución de 1925, el presidente E. Frei, propuso en 1965 una reforma para incluir la aprobación de tratados por mayoría de diputados y senadores en ejercicio, en caso de que asignasen —en condiciones de reciprocidad—, competencias a instituciones supranacionales destinadas a promover y consolidar la integración de América latina. La enmienda no fue aprobada, por creérla prematura. Sin embargo, cuando se suscribió el Acuerdo de Cartagena, en 1969, se consideró que el Presidente tenía facultades para firmarlo, fundadas en el art. 72, inc. 16 (en la actual Constitución, el art. 50, ya comentado).

En cuanto a Brasil, consideramos que la teoría de la seguridad nacional que inspira la sección V del capítulo VIII (arts. 86 a 89), que crea el Consejo de Seguridad Nacional, como órgano del más alto nivel en el asesoramiento del Presidente, y al que le compete establecer los objetivos nacionales permanentes, puede representar una valla al desarrollo de una verdadera y efectiva estructura de integración, al restringir las áreas en que el Presidente o el Congreso pueden obligarse.

<sup>28</sup> La Constitución de Guatemala ha sido reemplazada por un Estatuto fundamental, anunciándose la convocatoria para el mes de julio de 1984 de una Asamblea Constituyente. La Constitución de Nicaragua también ha sido reemplazada por un Estatuto fundamental, que nada dispone sobre integración. La de Panamá sólo se refiere al acatamiento de las normas del derecho internacional.

Las citas constitucionales han sido tomadas de los textos de las Constituciones facilitadas por las respectivas embajadas y por el señor director de la biblioteca de la Cancillería argentina, consejero Carlos T. de Pereira Lahitte, a quienes agradezco la colaboración.

4) Las constituciones sancionadas o modificadas con posterioridad al proceso de integración, que han incluido expresamente entre sus fines la cooperación entre las naciones hermanas del continente y el convencimiento de impulsar la integración (Preámbulo de las Constituciones de Venezuela, 1961, y Perú, 1979).

Sin embargo, la referencia es sólo general: Colombia (de 1886 reformada en 1968, art. 76, inc. 18); Paraguay (1968, arts. 9º y 103); Ecuador (1979, art. 3º); Uruguay (plebiscitada el 27 de noviembre de 1966, art. 6º); Venezuela (art. 108), sin resolver las cuestiones que plantea la teoría de la integración, excepto la de Perú en algunos aspectos (arts. 101 a 107), a los cuales ya hemos hecho referencia.

Queda, pues, un camino por recorrer en la elaboración de la estructura jurídica adecuada. Los hechos preceden al derecho, pero éste no puede quedar al margen del proceso. La madurez de los Estados miembros permitirá cumplir con las exigencias del tiempo por venir, aceptando una comunidad de valores a los cuales estén dispuestos a subordinar sus intereses nacionales. Los gobernantes tomarán las decisiones políticas, pero corresponde al derecho aportar los medios jurídicos para alcanzar ese fin.

# EL CAPITAL EXTRANJERO EN LA ECONOMÍA NACIONAL. SU NATURALEZA Y SU INCIDENCIA ENTRE 1880 y 1940

CARLOS A. FERNÁNDEZ PARDO

## I. EL MECANISMO DE LA EXPORTACIÓN DE CAPITALES A FINES DEL SIGLO XIX

La interpretación del crecimiento económico argentino, por lo menos hasta poco después de la gran depresión de la década del treinta, incluye el desempeño del capital extranjero como un dato fuera de discusión. El capital extranjero revista en el modelo agroexportador como uno de sus factores estratégicos. En los medios de prensa, en la esfera de los intereses comerciales, en los círculos bancarios y entre los terratenientes, el capital extranjero era un socio en los días de bonanza. Pero, también, un recurso inevitable en los momentos de crisis.

El proyecto de la generación del ochenta había formulado en sus días una serie de orientaciones acerca del desarrollo social argentino. Se consideraba entonces, que el país se hallaba atrapado en unas condiciones de atraso económico, que imponían la necesidad perentoria de su apertura a la dinámica mundial, moderna y expansiva. Entre otros aspectos, preocupaba el aislamiento y, con el aislamiento el peso de la escasa población y la baja capitalización de su estructura productiva. La libertad económica se entendía, además, como el énfasis vital que debía presidir las iniciativas, instituciones y vínculos con el exterior; con la producción, el comercio y la nueva red de intercambios que la libertad económica haría posible. Sin duda, el cuadro de atraso material y social, impactó fuertemente a los hombres de la generación del ochenta.

Por cierto, que los afanes por modernizar el país, resultaban también de asimilar un "efecto de demostración" que tenía origen en la civilización capitalista que desplegaba sus mayores energías desde la Revolución Industrial. Nadie imaginaba que un país como la Argentina habría de entrar a formar parte de la economía mundial por un acto voluntario de sus clases dirigentes. En realidad, era necesario poner antes en marcha el potencial productivo, en este caso agropecuario, y orientarlo a través de un corredor de exportaciones. En esta perspectiva, la libertad económica haría lo suyo, al ofrecer un marco institucional adecuado para garantizar el rol de ciertos factores necesarios de los cuales carecíamos. Uno de aquellos factores era el capital extranjero.

En sentido estricto, no se lo consideraba como una categoría económica. Más bien era la representación de un deseo de beneficio privado, una prueba de confianza en la riqueza potencial del país y, finalmente, un vínculo crucial, que a lo largo daría la pauta de cuán amplio o estrecho sería el corredor de exportaciones de la economía argentina. Por otra parte, tampoco debe ignorarse que un sector social con relativo poder de la decisión en la élite dirigente, que podría caracterizarse como "burguesía financiera", actuaba desde temprano en el proceso de apertura de la economía. Desde posiciones claves en el apartado estatal, la prensa y el comercio importador canalizaban la mayor parte de los recursos externos y se articulaban con los mercados de capitales en calidad de asesores, comisionistas o representantes jurídicos de ellos. Aquella burguesía financiera, sin relacionarse necesariamente con la producción agropecuaria, compartía con los terratenientes una función asociada en muchas operaciones de crédito. Empero, se proyectaba fundamentalmente sobre el Estado como institución que, a fin de cuentas, estaba en condiciones de garantizar con su patrimonio en rentas o tierras, las grandes operaciones del capital extranjero. Un norteamericano perspicaz, Mac Gann, comenta a propósito de esta relación: "Para los hombres del ochenta, la prolongación de la prosperidad dependía del crédito de la República Argentina y paradójicamente, este crédito dependía, no sólo de la riqueza de la tierra y cantidad de importaciones, sino de la constante afluencia de divisas extranjeras"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mac Gann, T., *Argentina, Estados Unidos y el sistema interamericano*, Bs. As., Eudeba, 1966.

## 2. FACTORES QUE DETERMINAN LA SALIDA DEL CAPITAL

Sin embargo, la disposición de los sectores dirigentes y su objetiva colaboración con el capital extranjero, no podían constituir, *prima facie*, la única condición para que aquél actuara en el país. Si la economía argentina, sus vastos territorios de clima templado y el marco receptivo existente resultaban atractivos para inversión externa, ello no era todo. La importancia de la metrópoli británica y las condiciones allí vigentes eran decisivas. En Londres, los movimientos de capital hacia las regiones periféricas (llamadas también de "colonización reciente"), respondían a diversas ponderaciones. Beneficios, retorno de utilidades, garantías de rentabilidad, etcétera.

El capital extranjero evaluaba, asimismo, la marcha del comercio exterior argentino; sus precios de exportación, que determinaban, de hecho, el nivel de acumulación de capital que se estaba procesando en la pampa húmeda. En realidad, de ello dependía la capacidad de endeudamiento de la economía.

Pero también tenía en cuenta la posibilidad de beneficios que en la propia economía británica, su capital financiero podía obtener, seguramente con menos riesgo y con mejor conocimiento del mercado.

Ciertas condiciones atraían, según dijimos, al capital extranjero a países como el nuestro. Pero también existían condiciones para la salida del mismo, desde su país de origen. Si bien, resta todavía un motivo de controversia al respecto, Gran Bretaña, principal metrópoli financiera mundial, se encontraba ante dos alternativas a propósito de la exportación de capitales. La saturación de inversiones (*over-saving*, así designado como exceso de ahorro), en los sectores más dinámicos, determinaba un excedente que sólo podía canalizarse fuera del país. Ésta era una alternativa que llevó a explicar la expansión imperialista misma, como una consecuencia necesaria, o mejor aún estructural, de la "madurez" del capitalismo.

Otra alternativa, fue que la exportación de capitales expresara una masa financiera, no vinculada a la industria británica, ni a sus beneficios, sino más bien, a la captación de ellos, para operaciones puramente "financieras" en los nuevos países. Pero no en inversiones directas, sino en la compra de títulos y valores en cartera, con un fuerte signo especu-

lativo. Ambas alternativas parecen haberse dado en esta época, aunque al menos hasta 1880 prevaleció la primera de ellas. Por cierto, se articulaban de distinto modo según el grado de desarrollo relativo de las economías donde se implantaban tales capitales.

Para nuestro país, el entrelazamiento del comercio exterior, el balance de pagos y el libre movimiento de capitales, derivó en una completa estructura superpuesta a una importante plataforma agropecuaria. "La entrada de capital, se fundaba sobre los movimientos de la balanza de pagos: si el país lograba vender suficientemente al exterior para cubrir el servicio de las inversiones extranjeras, directas o no, y satisfacer sus necesidades de importación, surgían excedentes comerciales que permitían la acumulación de reservas: la solvencia del país se veía asegurada y su crédito al exterior resultaba excelente; ese signo no dejaba lugar a equívoca-ción. La entrada de capital podía seguir, pero aparte de fortalecer la competitividad de la economía nacional, que fue lo que justificó oficialmente las políticas favorables a esa llegada de capital, aumentaba simultáneamente la cantidad de capital a remanerar"<sup>3</sup>.

El Cuadro I, nos permite apreciar durante más de dos décadas la incidencia que los servicios al capital extranjero tuvieron respecto del valor de las exportaciones. La demanda externa determinaba aquel valor y ella tenía su origen en pocos mercados compradores y se refería a un renglón reducido de productos, cereales, carnes y, eventualmente, lanas. Cuando nuestro país se abrió a las posibilidades del mercado mundial, y principalmente británico, había inmejorables condiciones de precio. Por consiguiente, las inversiones extranjeras hallaron excelentes oportunidades de beneficios. Las áreas de inversión se relacionaban con los requerimientos de infraestructura de las mismas exportaciones: puertos, ferrocarriles, frigoríficos, bancos y comercio mayorista. Pero también tierras y, naturalmente, títulos públicos. En 1880, más de la mitad del capital extranjero estaba invertido en títulos públicos, según investigaciones de J. F. Rippey. Aunque una década después predominan ya las inversiones extranjeras en actividades privadas.

El mecanismo de exportación de capitales constituía una característica inevitable de la expansión capitalista y en

<sup>3</sup> Arnaud, Pascal, *Estado y capitalismo en América latina, México, Siglo XXI, 1981, p. 221 y siguientes.*

tal sentido fue la real comprobación de la ley de declinación de la tasa de beneficios. Por doquier, no solamente en el caso argentino, los inversores buscaban financieristas y éstos, oportunidades de colocación. El fenómeno tuvo alcances mundiales. El permanente flujo de recursos de capital hacia las colonias o economías periféricas, cualquiera que hubiera sido su relación con la metrópoli imperial, era observado con particular atención en algunos medios británicos. En el caso argentino, aunque probablemente en otros contextos también, las inversiones asumían el rango de verdaderos monopolios. Un puñado de consorcios financieros, dos o tres grandes bancos y media docena de empresas, tenían en Argentina una plaza de significativa importancia. Cuando se produjo la crisis de 1890, muchos intentaron en nuestro país acudir a otros mercados de capitales a fin de sacudir la hegemonía británica y abrir nuevos márgenes de negociación. Ferns, señala al respecto: "La tentativa de cambiar el apoyo financiero británico por el americano fracasó. Se necesita investigar mucho más para descubrir la verdad al respecto"<sup>2</sup>.

De más está decir, que para Gran Bretaña, la posición que ocupaba el mecanismo de exportación de capitales era central, ya que le permitía una doble regulación: a) la inversión doméstica y la tasa de interés allí vigente, y b) la propia balanza de pagos británica arrojaba en fuerte déficit, que sin embargo, era compensado con el ingreso de los servicios financieros generados por sus inversiones en ultramar.

De acuerdo con las estimaciones de Nurske<sup>3</sup>, entre 1880 y 1914, Gran Bretaña asignó un 4 % de su renta nacional a los préstamos externos. Entre 1907 y 1914 la proporción alcanzaba ya al 7 %. Con anterioridad a su establecimiento en nuestro país, desde 1815 y hasta 1880 se estima que los británicos habían acumulado 187 millones de libras en créditos fuera de su país. Ahora bien, menos de una sexta parte del monto total estimado respondía a colocaciones dentro del Imperio.

<sup>2</sup> Ferns, H. S., *La crisis de Baring (1890-1893)*, (mimeo), Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 1968. Esta referencia de Ferns es por completo aceptable y señala claramente la presencia monopolica de los capitales británicos.

<sup>3</sup> Nurske, Ragnar, *La inserción internacional actual a la luz de la experiencia del siglo XIX*, en "Financiación internacional", Madrid, Tecnos, 1974, p. 309.

Cuadro I

SERVICIOS FINANCIEROS DEL CAPITAL EXTRANJERO  
COMO PORCENTAJE DEL VALOR  
DE LAS EXPORTACIONES (1918-1939)

Años	Deuda pública	Financieras privadas	Servicios totales
1918	6,5	12,5	19,0
1919	4,9	12,4	17,3
1920	3,6	9,2	12,8
1921	6,5	12,6	19,1
1922	6,6	12,6	19,2
1923	6,8	14,0	20,8
1924	5,8	12,3	18,1
1925	5,8	12,4	18,2
1926	6,0	16,0	22,0
1927	5,3	13,6	18,9
1928	5,5	13,8	19,3
1929	6,2	16,1	22,3
1930	11,2	21,9	33,1
1931	13,8	18,9	32,7
1932	14,5	20,7	35,2
1933	15,6	22,2	37,8
1934	13,1	16,7	29,8
1935	11,2	16,1	27,3
1936	9,9	15,4	25,3
1937	6,5	12,1	18,6
1938	6,3	18,4	24,7
1939	9,0	18,4	27,4

Fuente: Banco Central de la República Argentina. "La evolución del balance de pagos". Bs. As., 1952.

En sus perspectivas era fundamental la influencia ejercida por el rendimiento alternativo. De ahí que, por lo común, una estructura económica que encontraba su principal factor dinámico en el capital extranjero, rara vez escapaba a la férrea lógica del desplazamiento del mismo entre países y mercados diferentes. Debía, pues, verse obligada a reforzar, de múltiples maneras, el marco de atracción y recepción de él.

Las remesas de utilidades enviadas al exterior a los tenedores de títulos de la deuda o a las casas matrices de las firmas extranjeras, sugieren una consecuencia histórica inevitable. Como veremos, los servicios del capital extranjero sobrepasan con creces la tasa de incremento de la productividad impulsada por esa vía.

Pero hay que tener en cuenta también que la misma estructura económica argentina condicionaba, a su vez, el mo-

do y las consecuencias operativas de las inversiones extranjeras. Frente a ellas se ejerció un débil poder de negociación. Ciertamente que el ritmo de expansión de las inversiones británicas no quedaba limitado al marco imperial. Su dinamismo industrial, concomitante con el flujo de inversiones, dependía en sumo grado de los mercados que adquirirían aquella producción manufacturera. Sin embargo, visto el proceso de exportación de capitales desde la metrópoli, muchos temían allí, un descenso de la inversión dentro de Gran Bretaña y una caída de los salarios. Pero ello pudo ser compensado con importaciones baratas de materias primas y alimentos. En la década del ochenta, los británicos podían verificar en qué medida la exportación de sus capitales hacia los países de ultramar, terminaba creando en ellos un poder de compra por encima del que efectivamente permitían los ingresos de sus exportaciones primarias.

Se instalaba, de aquel modo, una secuencia objetiva de endeudamiento financiero, que al menor síntoma de crisis, se desplazaba hacia el comercio exportador y, a veces, comprometía severamente sus ingresos con los servicios de la deuda. Por otra parte, una tesis clásica al respecto advertía que la tasa de ganancias vigente en Gran Bretaña, no se habría incrementado si el capital "excedente" dejaba de exportarse. En cuanto a la economía británica se refiere, era claro que sus principales áreas de inversión estaban saturadas al promediar la década del noventa. Aquella tesis fue popularizada por J. Hobson, quien señalaba la necesidad de que el propio sistema invirtiera buena parte de sus ahorros fuera del país. Más aún, explicaba el imperialismo, como resultante de los intereses vinculados con aquel fenómeno. En otro sentido, Dobb reconocía un sesgo colonial en las inversiones británicas. Estaba en lo correcto. No hay razones que confirmen su desempeño en condiciones competitivas, principalmente en el caso argentino, respecto de flujos de inversión procedentes de otros países, que no fueran Gran Bretaña. Además, se trataba de capitales que no asumían riesgo alguno de inversión (los más importantes eran los ferrocarriles, con un interés garantizado del 7 %).

Contaban también con ventajas diferenciales, preferencias cambiarias y monopolios de hecho. Su proyección social en la vida argentina, fue así inevitable en términos de poder e influencia. Un publicista radical, Ortiz Pereyra, se lamentaba de este hecho: "Los hombres de negocios, los directores y propietarios de las grandes compañías comerciales e industriales, los exportadores y los importadores, los

dueños de las empresas de transporte, los capitalistas que trafican con nuestra producción, los que gobiernan y mandan en las diversas actividades económicas del país, no son argentinos, y esto no necesita demostrarse. ¿Será indispensable esperar el transcurso de otro siglo, como el de 1816 a 1916, para que el pueblo de la República Argentina logre su tercera emancipación?<sup>3</sup>

### CUADRO II

GRANDES ÁREAS DE INVERSIÓN EXTRANJERA PRIVADA  
EN ARGENTINA ENTRE 1900-1949 EN PORCENTAJES  
DEL TOTAL INVERTIDO

Años seleccionados	Sector público	Ferrocarriles	Industria y otras
1900	31,5	41,2	27,3
1909	30,7	35,7	33,6
1913	29,8	33,1	46,1
1917	19,6	32,8	47,6
1923	18,1	38,7	43,2
1927	21,4	34,2	44,4
1931	19,3	39,5	41,2
1934	22,6	35,7	41,7
1940	16,0	40,8	43,2
1945	11,7	43,2	45,1
1949	1,4	—	96,6

Es necesario advertir también que las operaciones del capital extranjero se realizaban en forma de préstamos a gobiernos y municipalidades, lo cual implicaba generalmente una subordinación de las políticas comerciales y cambiarias. Para el país receptor directo de tales préstamos, se imponía la obligatoriedad de compra de los bienes en los países acreedores. Señalaba Ernest Mandel, a propósito de lo dicho, que la "figura estilística" que asumía la exportación de capital, de manera más frecuente, la de un préstamo, tomado en Londres, que se convertía en un ingreso indirecto en favor de las industrias que vendían a los prestatarios de otros países endeudados. Sin duda, el mecanismo de exportación de capitales se convirtió así en un soporte de la coyuntura industrial entre 1873 y 1913, y en un animador del gasto público en los años de la gran depresión de 1929.

<sup>3</sup> Ortiz Pereyra, Manuel, *La tercera emancipación*, Bs. As., Lajouane, 1926. Asimismo Debb, Maurice, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Bs. As., Siglo XXI, 1974, p. 368.

La pauta de especialización vigente en la economía mundial, que, como es sabido, reproducía la división del trabajo, tuvo efectos asimétricos sobre los distintos sistemas económicos. Efectos de naturaleza e impacto desigual que los involucraban. En realidad, fue la capacidad productiva británica la que usufructuaba la especialización primaria exportadora, a la que contribuyeron harto significativamente sus colocaciones de capitales en el exterior. "Así, pues, mediante la especialización en la producción para los mercados mundiales, que fue fomentada por la exportación de capital y trabajo desde el principio de la época colonial hasta la guerra mundial de 1914 y por una política de libertad comercial (Inglaterra) ha sido capaz de concentrar capital en una superficie pequeña, en industrias de rendimientos crecientes, y de comprar los productos de industrias extranjeras de 'costo creciente'"<sup>4</sup>.

### 3. LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL CRECIMIENTO AGROEXPORTADOR

La República Argentina contaba con ventajas comparativas notables en la producción de alimentos de clima templado, aunque su emplazamiento productivo estuviera comprendido en una sola región ecológica: la pampa húmeda. Esto, de por sí, nos coloca frente al fenómeno de tener que analizar de qué manera, las regiones interiores del país, se vieron favorecidas merced a mecanismos multiplicadores, con los ingresos generados en el crecimiento exportador pampeano. En principio, asistimos a una desigual concentración del ingreso a nivel regional y a los menores efectos de eslabonamientos. El contraste merece un tratamiento mucho más extenso y seguramente complejo del que podemos realizar aquí. Sin embargo, al no existir decisión oficial, ni un proyecto concreto destinado a "interiorizar" el crecimiento pampeano, el país en su conjunto progresó económicamente, en forma menos que proporcional a como crecía la región pampeana. El desarrollo económico argentino mostraba notables contrastes, cualesquiera que sean los indicadores seleccionados. Fue un desarrollo desigual, fun-

<sup>4</sup> Williams, John. Crítica de la teoría clásica del comercio internacional, en "Ensayos sobre la teoría del comercio internacional", México, Fondo de Cultura Económica, p. 325.

dado solamente en un centro dinámico exportador. Cuando éste entró en crisis, inevitablemente terminó afectando menos a las regiones interiores que a la región pampeana. ¿Cómo se desempeñan las inversiones extranjeras en este sistema desigual? Sencillamente, lo cristalizan. El potencial exportador pampeano debe mucho a tales inversiones. Las regiones interiores del país también. Pero como el lector podrá imaginar, esta deuda es de signo inverso. En realidad, el capital extranjero, se canalizaba en función de las exportaciones primarias; acompañaba su nivel histórico de rentabilidad apuntalando la especialización primaria.

Pero no la ponía al amparo de las fluctuaciones de precios, ni a buen resguardo de su vulnerabilidad esencial en ese sentido. Debido al peso de su renta, sobre los ingresos normales del comercio agroexportador, el capital extranjero bloqueaba objetivamente la capitalización del país. Por parte del Estado, no existía actividad alguna de planificación o programación, siquiera aproximada de las inversiones. Tampoco el sector público avanzó en forma "asociada", en áreas de infraestructura o en la promoción de productos y mercados regionales, a fin de poder compensar un crecimiento desequilibrado que tendrá profundas consecuencias en el futuro. Los Cuadros II, III, permiten inferir, para el caso de los ferrocarriles, el nivel de beneficios obtenidos en relación a las rentas generales de la Nación. Si, como señala Di Tella, el proceso del capitalismo argentino estuvo sostenido en verdaderas "cuasirentas", también éstas fueron evidentes en lo relativo a las inversiones extranjeras. Sus ganancias eran superiores a la ganancia normal.

Esto último ha sido probado hasta el cansancio en el caso de los ferrocarriles (que cesan de invertir en 1920), frigoríficos (que en 1930 muestran un gran estado de atraso tecnológico), y bancos (Cuadro IV).

Esta fue la trilogía de nuestra dependencia económica: el capital extranjero, su base y al mismo tiempo su cúspide. Tanto los frigoríficos, como los ferrocarriles y bancos, miraban "hacia afuera", porque constituían sectores de apoyo del sistema exportador.

#### 4. LA PERCEPCIÓN ARGENTINA DEL PROBLEMA: UN ANÁLISIS DE SU RELEVANCIA A PROPÓSITO DEL COMERCIO EXTERIOR

La continuidad del esquema agroexportador, comenzó a depender de su capacidad de atracción constante de un flujo

de capital extranjero. Pero, si esto ya constituía una vulnerabilidad evidente, como se verá en el análisis a la década del treinta, tenía efectos distorsivos. Como el crecimiento se orientaba "hacia afuera", debido al alto coeficiente de exportaciones e importaciones en el producto nacional, también se orientaba desde fuera. Esto significa que nuestro país no estaba en condiciones (en gran parte por su poca diversificación "exportadora") de eludir por rodeo los impactos que cualquier depresión en los mercados externos descargaban sobre su economía.

Por lo tanto, Argentina no permaneció al margen de importantes crisis financieras originadas en la metrópoli y que la sacudieron once veces entre 1870 y 1898.

### CUADRO III

INGRESOS BRUTOS DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS  
COMO PORCENTAJES DE LAS RENTAS GENERALES DE LA NACIÓN

Año	Ingreso	Año	Ingreso
1890	89,3	1920	95,4
1901	67,4	1921	97,8
1912	85,8	1922	102,2
1914	92,7	1923	97,0
1915	111,2	1924	105,1
1916	115,4	1925	86,0
1917	105,8	1926	93,0
1918	115,8	1927	95,7
1919	108,1	1928	90,7
		1929	81,3

Fuente: Scialabini Ortiz, Raúl, *Historia de los ferrocarriles argentinos*, Plus Ultra.

Un sistema económico abierto, propenso a recibir los impactos de aquellas crisis, como era el nuestro, registraba inmediatamente aquellas alteraciones en dos variables críticas: el precio de las importaciones y el valor de las exportaciones por un lado, y la tasa de interés del capital extranjero por otro.

La economía argentina, no nacionalizó el proceso de inversión (hasta la década del cuarenta, por lo menos). Por consiguiente, el nivel de crecimiento estuvo en una dependencia excesiva de un factor fuera de control.

Nuestra balanza comercial, reproducía además, una dependencia importadora notoriamente elevada. Entre 1864 y 1890 verificó veintidós años con saldos desfavorables y solamente en dos años, 1876 y 1877, las transacciones externas

no arrojaron déficit. Tras la gran crisis financiera de 1890, esta situación se modificó merced al ingreso de capital extranjero, que de algún modo venía a compensar los saldos desfavorables. En efecto, si consideramos el período 1891 a 1914, encontramos veintidós años con saldos favorables, y únicamente dos años, 1893 y 1911 con déficit en nuestro comercio exterior. Sólo en el quinquenio 1915 a 1920 se produjeron saldos favorables en la balanza comercial.

CUADRO IV  
DIVIDENDOS DEL SISTEMA BANCARIO

Bancos	Dividendos declarados			Promedio
	1913	1914	1915	
Alemán Transatlántico	9	8	—	7,5
Angloamericano	12	10	8	10
Británico de América del Sur	17	12	12	13,98
Comercial de Azul	12	—	10	11
Comercial de Tandil	10	10	10	10
Comercial Italiano	9	7	6,5	7,5
Español del Río de la Plata	12	11	4	9
Germano de América del Sur	5	5	—	5
Italia y Río de la Plata	12	7	5	8
Londres y Brasil	20	15	18	17
Londres y Río de la Plata	20	15	15	16,6
Nuevo Italiano	22	20	19	17
Popular Argentino	12	12	9	11,5
Provincia de Buenos Aires	10	7	9	8,6

Fuente: Bianco, José. La crisis. Nacionalización del capital extranjero. Bs. As., 1916.

Al mismo tiempo disminuían los ingresos de capital extranjero. Finalmente, en el período transcurrido entre 1921 y 1926, solamente en el año 1924 nuestro país obtuvo un saldo comercial favorable.

No era ésta una tendencia que el Estado tratara de corregir mediante el expediente usual de reformar la tarifa aduanera, o poner controles a los importadores. Al margen de una orientación precisa, nuestro comercio exterior manifestó otro sector vulnerable, que preocupaba con singular persistencia a mediados de la década del veinte. "Bien puede decirse—escribía Bunge— que todos los países civilizados tienen una política económico-internacional propia que, tratando de coordinarla, oponen a los demás países; nosotros, en cambio, tenemos una política económico-internacional que nos imponen los demás países".

<sup>2</sup> La referencia de Alejandro Bunge, en Faig, Carlos H., Economía argentina. Bs. As., Lelong, 1926.

Bunge señalaba, además, dos circunstancias gravosas para nuestro comercio exterior. En la actualidad, pocas personas pondrían en duda que las tales circunstancias constituyen indicadores objetivos de una condición semicolonial. Una de tales circunstancias, decía Bunge, era la persistente "falta de hábito para apreciar la realidad económica del país". La otra consistía en que los sectores claves del comercio importador y exportador se hallaban en poder del extranjero. En efecto, la subordinación colonial del comercio exterior argentino en los términos expresados por Bunge, no podía resultar más evidente. El poder de compra del oro, durante la Primera Guerra Mundial (1914 a 1918) se había reducido a tal punto, que con 100 libras esterlinas se adquiría lo mismo que antes de la guerra, con sólo 30 libras.

CUADRO V  
EXISTENCIAS DE CAPITAL EXTRANJERO  
EN ARGENTINA (1900-1927)  
(en millones de dólares corrientes)<sup>2</sup>

I. Países	1900	1909	1917	1923	1927
Gran Bretaña	812	1.423	1.869	1.906	2.002
Estados Unidos		19	39	193	487
Otros		733	1.237	989	594
Total	1.120	2.175	3.136	3.088	3.473
II. Sectores (porcentajes del total de inserciones)					
Ferrocarriles		35,6	33,9	36,7	34,1
Títulos públicos		30,6			
Comercio (empresas)		8,8			
Tierras y préstamos hipotecarios		6,7			
Compañías inmobiliarias		6,6			
Tranvías		4,0			
Gas, electricidad, agua		2,5			
Bancos		1,8			
Puertos		0,9			
Plantas emvasadoras de carne		0,3			
Otros sectores		1,8			
III. Porcentaje de las existencias de capital fijo de propiedad extranjera sobre el total					
	32	44	48	37	34

Fuente: Díaz Alejandro, C. F., *Ensayos*, op. cit., nota 4.

<sup>2</sup> Díaz, Alejandro C. F., *Ensayos sobre la historia económica argentina*. Bs. As., Amorrortu, 1973, p. 41 y siguientes.

De esta relación se deduce que las importaciones argentinas se habían encarecido un 200 %. Sin embargo, el precio que se pagaba por nuestras exportaciones no experimentó variaciones. La producción argentina se realizaba en los mercados externos con marcada diferencia en los términos de intercambio.

Un estudio ya clásico de A. G. Ford sobre el sector externo argentino, nos muestra cifras elocuentes. El servicio de la deuda externa, representaba en 1886 el 38,5% y en 1888, el 50% del valor de las exportaciones. Esta proporción se elevó en 1890 al 59%.

Cuando Pellegrini fundamentó su proyecto de unificación de la deuda en 1901, describió un cuadro de servidumbre financiera, que conmovió a sus contemporáneos. "Hoy la Nación, no sólo tiene afectada su deuda externa al servicio de la renta de Aduana, sino que tiene dadas en prenda todas sus propiedades, no puede disponer libremente, ni de sus ferrocarriles, ni de sus cloacas, ni de sus aguas corrientes, ni de la tierra de su puerto, ni del puerto mismo, porque todo está afectado a los acreedores extranjeros. Algo más, los treinta millones en títulos que hoy posee la Nación, están dados en prenda en Londres y podrían ser vendidos en remate público en aquella plaza, cualquier día, si llegáramos a demorar el pago de la deuda que garantizan"<sup>3</sup>.

##### 5. COMPOSICIÓN Y ESTRUCTURA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Como hemos señalado anteriormente, la recepción del capital extranjero bajo la forma de inversiones directas o en cartera, tuvo una incidencia notoria sobre la producción agroexportadora. También resolvió un déficit básico en servicios de transporte y comercialización. Tanto el sector público como el privado fueron receptores de capital extranjero, principalmente el primero hasta 1914. La dinámica de la inversión dependía de la rentabilidad de las exportaciones, según se vio, y era lógico suponer que cuando ésta manifestara una tendencia declinante, aquélla se vería afectada. Y esto ocurrió cuando los rendimientos decrecientes se anunciaron, disipándose la imagen de un crecimiento "extensivo".

<sup>3</sup> Pellegrini, Carlos, Obras completas, Bs. As., Kraß, 1957, vol. IV, p. 148.

Sobrevino un grado cada vez más visible de obsolescencia del capital fijo, menor número de reposiciones en equipamiento y maquinarias, un carácter letárgico en las áreas tradicionales de inversión.

Pero se intentó mantener un nivel de rentabilidad del capital, cada vez más alejado de su aplicación productiva. En lo referente a los bancos extranjeros, ha sido una característica del país su ausencia de cualquier proyecto que llevase a diversificar la economía, y a diferencia de otros países, el sistema bancario argentino fue regresivo en este aspecto hasta que la década del cuarenta presencié la creación del crédito industrial.

Generalmente vinculados al comercio importador y exportador y a los negocios del oligopolio cerealero, la red bancaria privada extranjera se retrajo del crédito agrícola. Cuando se produjo la crisis de 1890, salió a la superficie su verdadera naturaleza. Un observador atento y de sólida formación económica, como era Vicente Fidel López, declaraba en enero de 1891 ante el Congreso Nacional: "Estos bancos particulares que pretenden haber hecho grandes servicios al país, no han descontado hasta ahora, que yo sepa, un solo peso en las campañas, ni en las provincias; ellos distribuyen su dinero entre lo que llaman buenas cuentas, y llaman ellos buenas cuentas a las que poseen en sus manos grandes depósitos y que por medio de cheques están moviéndose con triple representación y triple provecho. Pero que vaya un comerciante mediocre, un principiante, un hombre de la campaña, un agricultor que necesita fomentar su industria, que vaya a pedir un crédito a cualquiera de estos bancos, el de Londres, el de Carabassa, el Anglo-Argentino, etcétera. Estoy seguro que le pondrían puertas afuera con marcada descortesía".

La inversión en la propiedad de la tierra, tuvo un rasgo especulativo relevante. Sobre 600 millones de pesos invertidos en cédulas hipotecarias, poco menos de la mitad de esa suma se hallaba en el exterior. En el año 1916 se emitieron 93 millones de pesos en cédulas: un tercio de ellas fue adquirido por consorcios y particulares residentes en el exterior. Se debieron cancelar 18 millones de pesos en concepto de intereses devengados. Como se ha señalado con acierto, había una preferencia oficial hacia los tenedores de acciones ferroviarias, títulos públicos y cédulas hipotecarias. En el año 1917, el 18,5 % del ingreso nacional representaba la proporción que alcanzaron los dividendos y beneficios originados en aquel concepto.

En relación al régimen jurídico entonces vigente, hay que señalar que las operaciones del capital extranjero, en una época de plena vigencia del multilateralismo, la convertibilidad y el patrón oro no padecía interferencias o mayores controles. Era usual que las transacciones realizadas por el capital extranjero así como también su ingreso al país o el giro de sus beneficios, fuesen asimilados al intercambio de mercancías.

La permisividad del régimen jurídico tenía un efecto derivado: la dificultad de seguir las registraciones contables del capital extranjero. "Es muy difícil establecer el monto real de los capitales extranjeros en la República Argentina. Existen numerosas empresas que aparentemente son nacionales, pero que en realidad pertenecen a capitales procedentes del exterior. Los títulos representativos de sus respectivos capitales fueron emitidos en moneda argentina, pero sus adquirentes son personas o sindicatos radicados en el exterior"<sup>10</sup>.

Sin embargo, diversas estimaciones, parecen haber llegado a cifras muy aproximadas a la realidad. Hacia 1911, Bianco registraba un monto de inversiones extranjeras que ascendía a los 2800 millones de pesos oro (6366 millones m/n) lo cual rendía un dividendo neto del 8%. Concluta Bianco que el 95% de la deuda hipotecaria argentina se hallaba en manos extranjeras<sup>11</sup>. Otras fuentes resultan de interés y arrojan cifras realistas. Hasta el año 1910, Guillermo Schwenke calculaba el capital extranjero con un valor de 5128 millones de pesos, distribuido sectorialmente en tierras (15%), ferrocarriles (66%) y empréstitos (19%). Estanislao Zeballos, en una memorable intervención en el Congreso en agosto de 1915, pedía el inmediato rescate de la deuda hipotecaria por el Banco de la Nación.

Dos años después, en 1917, Alberto Martínez estimaba que las inversiones extranjeras alcanzaban la cifra de 8823 millones de pesos.

<sup>10</sup> De Greffier, Mauricio, *La acción del capital extranjero en el desarrollo económico de América Latina*, Bs. As., Losada, 1946, p. 82.

<sup>11</sup> Bianco, José, *Estadística inmobiliaria, 1903-1914. Notas y observaciones*, Bs. As., 1916. Este autor publicó otro sugestivo ensayo donde sostiene: "Nuestro déficit en la balanza económica dimana de las importaciones que se apellidan invisibles. El capital extranjero, entre otros factores, al actuar en el país resalta al mismo la renta líquida que produce" *La crisis. Nacionalización del capital extranjero*, Bs. As., 1916, p. 204.

Por su parte, Alejandro Bunge, a fines del veinte, registró una suma de 7035 millones de pesos. En el año 1928, Carlos García Mata consignó solamente 3021 millones, mientras que un resumen exhaustivo elaborado por la Cámara de Diputados de la Nación en 1941 reconocía que las inversiones extranjeras totalizaban los 9056 millones de pesos<sup>12</sup> (Cuadros V, VI, VII).

Con la crisis de 1929, la salida de capital extranjero, introdujo nuevas variantes en la estructura y composición de las inversiones. Pero sobre todo un cambio de titularidad, puesto que los capitales norteamericanos comienzan a localizar inversiones de magnitud en algunos sectores.

A los efectos del cálculo de la formación de capital fijo, que debió resultar importante, si consideramos el monto de las inversiones extranjeras, los problemas de medición resultan dudosos. Corrigiendo dichas estimaciones en pesos corrientes de 1935, Alejandro Díaz, estimaba que entre 1900 y 1930 la formación de capital representaba como promedio el 18 % del PBI, hasta comienzos de la Primera Guerra Mundial.

Desde entonces, esta proporción quedó situada entre el 12 y el 15 %. Las inversiones extranjeras, en ningún momento representaron menos del 32 % del capital fijo del país. El nivel alcanzado por los beneficios, fue elevado. Para el caso argentino, entre 1900 y 1930, las transferencias de ganancias, utilidades y regalías diversas representaron como promedio cerca del 8 % del producto. Su efecto de drenaje en lo que a la capitalización de la economía se refiere es algo obvio. Pero, este efecto, resultaba particularmente severo en las fases descendentes, cuando declinaban los precios de nuestras exportaciones, o cuando se encarecía el crédito externo<sup>13</sup>.

En la década del cuarenta concluye un gran ciclo de endeudamiento externo. Las circunstancias de la posguerra, la política económica de nacionalización de los servicios y repatriación de la deuda, terminaron por restar incidencia al capital extranjero. En el año 1900 éste aplicaba el 31,5% de sus inversiones al sector público; en el año 1931 sólo el 19 % y en 1949, apenas el 1,4 %. En cuanto a las inversiones en otros sectores (ferrocarriles, comercio y bancos, industrias), desde mediados de la década del veinte las inversiones

<sup>12</sup> Fischer, Peter, *El capital extranjero en el desarrollo económico argentino. 1889-1964*, Santiago de Chile, ILDES, 1973, p. 126.

orientadas al mercado interno repuntan notoriamente frente a los sectores receptores tradicionales. Cuando se inicia la década del cuarenta ya en plena guerra mundial, en setiembre de 1941, un informe elevado por la Cámara de Diputados nos ofrece el cuadro definitivo de la inversión extranjera, su monto, sectores de aplicación y países de origen.

En su fase terminal, que se inicia con la crisis del treinta y se prolonga durante la Segunda Guerra Mundial, el problema de las inversiones extranjeras no se agota. Pero experimenta un cambio de signo radical, ya se trate de las áreas de inversión, la titularidad de los capitales, su régimen legal o el modo de influencia que ejercerá sobre el sistema de poder.

Como puede verse en los Cuadros VI y VII, a comienzos de la década del cuarenta, las inversiones extranjeras en la Argentina totalizan los 2262,9 millones de dólares (9056,5 millones de pesos m/n). Las inversiones directas representaban el 80,1 % y las de cartera el 19,9 %, correspondiendo a registros de 1941. En cuanto a la importancia de los países de origen, las inversiones directas responden a una clara hegemonía británica (62,7 %), seguidas por las de Estados Unidos (14,5 %) y en forma relevante, por el sector en que se concentran, las de Bélgica (13,5 %). Pero, hay que señalar que en el caso de las inversiones norteamericanas, se encuentran localizadas en nuevas actividades dinámicas orientadas al mercado interno. Al igual que las mencionadas de Bélgica.

Este último país es origen de un fuerte monopolio de la electricidad, donde colocan la totalidad de sus inversiones en la Argentina. Con un compacto grupo empresario, los capitales franceses invertidos en ferrocarriles captan el 83,5 % de sus inversiones directas en el país, aunque en el total no alcanzan más que al 5,6 %.

Las inversiones en cartera son compartidas solamente por dos países, Gran Bretaña y Estados Unidos, con el 49,3 % y 40 %, respectivamente. Pero se destaca Suiza, con el 5,6 % del total de esta clase de inversión, debido a que se caracteriza por operaciones financieras y bancarias con títulos públicos. Un sector tradicional: los ferrocarriles, sostienen el 78 % de las inversiones directas británicas en el país, lo cual acusa un neto retroceso (no obstante los valores reales, sumamente elevados, de la inversión) frente a sectores modernos. Estados Unidos, con el 14 % de las inversiones directas, se instala con firmeza en sectores como la industria, energía y agua corriente y comunicaciones.

CUADRO VI  
 ESTRUCTURA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS  
 POR PAIS Y TIPO DE INVERSION  
 (en miles de dólares)

País	Valor de las inversiones	% del total	Tipo de inversiones			
			Directa	(%)	Cartera	(%)
Gran Bretaña	1.359.373	60,0	1.136.920	82,7	221.353	49,3
Estados Unidos	442.269	19,5	282.179	64,3	179.110	49,9
Bélgica	292.354	11,1	245.948	84,5	7.506	1,5
Francia	130.365	5,8	119.769	91,8	496	0,1
Suiza	31.778	1,4	2.230	1,7	29.468	8,4
Italia	19.771	0,9	19.354	1,9	467	0,1
Holanda	10.344	0,4	5.098	0,3	5.236	1,1
Alemania	8.887	0,4	8.887	0,5	—	—
Otros	17.739	0,8	12.192	0,7	5.447	1,2
<b>Total</b>	<b>2.268.990</b>	<b>100,0</b>	<b>1.914.317</b>	<b>84,0</b>	<b>448.769</b>	<b>19,9</b>
% por tipo de inversión		100,0		80,2		19,8

Fuente: Cámara de Diputados de la Nación. Resumen publicado el 5 de setiembre de 1941. Se han ordenado los Cuadros VI y VII, en la versión del informe: Economía Nacional de la Argentina, jul.-ago. 1942. Unión Panamericana. Washington D.C. vol. XV, n.º 7 y 8, p. 239. Los cuadros exponen el valor de las inversiones extranjeras en 1941 en miles de dólares. El tipo de cambio preferente oficial "A" era de 3,73 pesos por dólar y el tipo ordinario oficial de 4,23 pesos. Las cifras consignadas, en los cuadros arriba señalados, deben referirse a un tipo de cambio promedio de 4,00 pesos.

CUADRO VII  
 COMPOSICIÓN DE LAS INVERSIONES DIRECTAS POR SECTORES ECONÓMICOS  
 (en porcentajes del total en cada país)

País	Valor de las inversiones directas	FF.CC.	Gas. electricidad agua	Polignos, coches, otros, otras políticas	Banca	Seguros	Consumo	Industrial	Consumo de carne	Agricultura y colonización	Total
Gran Bretaña	1.138.530	76,3	2,6	0,5	0,2	0,8	4,6	6,4	2,3	2,6	100
Estados Unidos	863.179	3,8	18,7	33,1	0,8	0,1	6,9	24,5	13,8	—	100
Belgica	243.048	—	97,8	—	0,4	—	0,2	0,7	—	0,5	100
Francia	119.786	83,5	—	9,5	4,5	0,3	0,5	1,5	—	0,1	100
Suecia	2.230	—	—	—	—	5,8	40,0	54,0	—	—	100
Italia	19.394	—	—	40,8	58,2	—	0,8	—	—	—	100
Holanda	5.088	—	—	0,2	23,2	—	13,7	56,6	—	—	100
Alemania	8.887	—	—	—	45,8	2,7	30,1	19,2	—	—	100
Otros	12.162	82,0	—	—	—	0,7	17,2	—	—	—	100

## **LA CONFORMIDAD MATERNA DEL ARTÍCULO 254 Y LA AUTORIDAD DE LOS ABUELOS**

**OSVALDO F. PITRAU  
GUSTAVO O. LÓPEZ FUSTER**

### **1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE ESTADO (ARTÍCULO 254)**

El art. 254 del Cód. Civil, después de la reforma introducida por la ley 23.264, establece que el hijo es el titular de la acción de reclamación de filiación matrimonial, siendo sus padres los legitimados pasivos de ella en litisconsorcio necesario.

En el supuesto de reclamación de filiación extramatrimonial, los hijos también son los legitimados para accionar contra el presunto padre o madre (art. 254, párr. 3º).

Si el hijo es menor de edad, la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial puede ser ejercida por su representante legal, sea su madre, padre, tutor o los tutores abuelos del art. 264 bis, parte, 2ª, según los casos. En cambio, no puede ejercer esta acción, directamente, el Ministerio Público de Menores.

### **2. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL ARTÍCULO 255**

Esta disposición no se encontraba en el proyecto de los senadores Menem y Sánchez, así como tampoco en el anteproyecto de Belluscio. La innovación emerge de las observaciones que hiciera sobre los citados proyectos la doctora Cecilia Grosman. La norma amplía las facultades del Ministerio de Menores, en el supuesto de menores inscriptos

como hijos de padres desconocidos. Al respecto, sostenía la doctora Grosman que, "el principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera de matrimonio, sólo puede ser asegurado si se facilita y apoya la determinación de la filiación extramatrimonial"<sup>1</sup>. Para lograr esta pretensión se faculta al Ministerio a citar a los interesados para procurar el reconocimiento del hijo, y en su defecto promover la acción judicial.

El proyecto que aprobara la comisión senatorial, en su art. 255, quedó redactado de la siguiente manera: "En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien citará a la madre a fin de procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente"<sup>2</sup>.

Esta redacción mereció las observaciones críticas de los senadores Martiarena y De la Rúa, que sostuvieron que en dicha norma se producía una injerencia en el ámbito íntimo de las personas, pudiendo derivarse en abusos y situaciones molestas. Por otro lado, al tratarse de circunstancias personales muy delicadas, se podría correr el riesgo de iniciar acciones que la madre no tiene intención de promover. Por todo lo cual se incluyó, a solicitud del senador Martiarena, la exigencia de conformidad expresa de la madre. Con este agregado se respeta el espíritu de la redacción original, aunque se haya limitado el accionar del Ministerio de Menores.

Analizado en revisión en la Cámara de Diputados, el art. 255 quedó redactado tal como fue después promulgado, desapareciendo la exigencia de citación de la madre, argumentándose que dicho requerimiento podría ser contrario a la libertad de la madre y ésta podría verse, en cierta forma, obligada a denunciar el nombre del padre.

La Cámara de Senadores, finalmente, aceptó esta supresión y el texto definitivo y vigente es el siguiente: "En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promo-

<sup>1</sup> Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2294.

<sup>2</sup> Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2253.

ver la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo".

#### a) Legitimación activa

Se trata de una hipótesis de reclamación de estado filial extramatrimonial. En todos los casos en que aparece un menor inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil es el encargado de comunicar el hecho al Ministerio Público, estando éste obligado a procurar la determinación de la paternidad, y establecida la identidad del padre, a obtener el reconocimiento. Sin embargo, sin la colaboración de la madre, proporcionando datos sobre la persona del padre, es muy difícil que el Ministerio pueda cumplir su cometido. A pesar de ello, pensamos que la madre puede o no comparecer, ante la citación del Ministerio, de manera que no está obligada a presentarse, y en caso de hacerlo podrá o no dar los datos sobre el presunto padre<sup>3</sup>.

Si el Ministerio de Menores no logra individualizar al padre del hijo no reconocido, deberá archivar las actuaciones. En el caso de obtener la determinación de la identidad paterna, procurará concretar el reconocimiento del menor. De resultar infructuosa esta gestión, el Ministerio está habilitado para iniciar la acción de filiación, siempre y cuando la madre manifieste expresa conformidad para proceder judicialmente.

De manera que la legitimación activa de esta acción, en el supuesto del art. 255, en principio la tiene el hijo, después la madre, como representante legal (o en su caso el tutor o los tutores abuelos del art. 264 bis), y finalmente el Ministerio Público de Menores, que representará al menor, iniciando el juicio de filiación, después de haber superado el trámite extrajudicial y de haber obtenido el correspondiente asentimiento de la madre.

#### b) Titularidad de la acción y conformidad materna

La conformidad de la madre es un presupuesto de la acción que ha de entablar el Ministerio Pupilar. Es un requisito esencial para iniciar la demanda; por lo tanto, queda configurado un litisconsorcio necesario impropio, entre el

<sup>3</sup> Bozzari, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad, Bs. As., Astres, 1983, p. 145.

Ministerio y la madre, ya que a pesar de que aquél sea aparentemente el titular del accionar judicial, el mantenimiento de la conformidad materna durante todo el proceso será un elemento indispensable para llevar adelante el juicio de filiación, en el cual la madre será parte actora junto al Ministerio Pupilar<sup>4</sup>.

#### c) Litisconsorcio activo necesario y desistimiento materno

En el apartado anterior afirmamos que en este caso hay un litisconsorcio necesario activo entre el Ministerio y la madre. Consecuencia de ello es que ante el desistimiento del proceso por parte de la madre, faltará ese requisito indispensable de la conformidad materna, y el Ministerio no podrá seguir adelante con el juicio filiatorio.

Este tema del desistimiento materno fue objeto de discusión en las jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, que tuvieron lugar en octubre de 1988. En tal oportunidad en la Comisión de Filiación y Patria Potestad no se logró un despacho unánime; en aquel momento sostuvimos que el Ministerio "no está legitimado para proseguir la acción, si la madre desiste del proceso con posterioridad"<sup>5</sup>.

### 3. LA CONFORMIDAD MATERNA DEL ARTÍCULO 255

#### a) Antecedentes y fundamentos

En la crítica que hizo el senador De la Rúa a la redacción originaria del art. 255, se decía que la invasión "en forma indebida a la esfera de intimidad, se presta a que se ejerzan

<sup>4</sup> Bossert - Zannoni, Régimen legal, p. 146.

<sup>5</sup> Al no lograrse un despacho unánime, se redactaron tres despatches de Comisión.

Despacho n° 1: "Es obligatorio para el Ministerio Público promover la acción que prevé el art. 255 cuando la madre presta su conformidad expresa. No obstante su desistimiento posterior, el Ministerio Público debe continuarla" (sostuvieron este despacho los doctores Carraro, Velasco, Oldano, Levy, Wagmeister, Illigo, Talliengo de Filippo, Arribas, García de Ghigino, Bisaro y el Instituto de Derecho Civil de Junín).

Despacho n° 2: "El Ministerio Público que debe iniciar la acción que prevé el art. 255 del Código Civil sólo mediante conformidad expresa de la madre, no está legitimado para proseguirla si esta desiste del proceso con posterioridad" (sostuvieron este despacho los doctores Medina de Flores, Pitrau, Zannoni, Lloveras, Morello de Ramirez, Alliney y Vivaz de Saait).

Despacho n° 3: "Adhiere al despacho n° 1 con la salvedad de que el Ministerio Público puede o no continuar la acción en el caso" (sostuvo este

presiones y que los males que cause sean mayores que el bien que se persigue"<sup>1</sup>. Seguía diciendo el senador De la Rúa que "hay que respetar el derecho de la madre a reservar el nombre del progenitor del hijo. Quizá lo haga respetando la existencia de un hogar constituido o de una relación que se quiere olvidar o reservar. Estamos en el sagrado recinto de las acciones privadas del art. 18 de la Const. Nacional"<sup>2</sup>. Y tenemos que estar de acuerdo en que la madre puede verse violentada y forzada a tomar una determinación que posiblemente deseaba evitar. Afirmaba el senador De la Rúa: "Imaginemos no el ambiente un poco anónimo de la Capital Federal y pensemos en cambio en el más pequeño, más íntimo de una ciudad o pueblo del interior"<sup>3</sup>. Podría ocurrir que la madre no quisiera iniciar la acción y el Ministerio se hubiese lanzado a la búsqueda del padre, obteniendo su determinación; aun en este caso la madre podrá negarse a prestar su colaboración y asentimiento. "En la redacción originaria, el Ministerio podía, no obstante la voluntad contraria de la madre, promover la acción, a pesar de que dicha negativa podía tener fundadas razones, como, por ejemplo, la duda sobre la identidad del padre, supuesto bastante frecuente (*exceptio plurium concubentium*) con lo cual se corre el riesgo de atribuir paternidad a personas ajenas.

Teniendo en cuenta estos peligros y razonamientos, De la Rúa promovía la lisa y llana supresión del art. 255; el senador Martiarena, se sumó a los conceptos del senador De la Rúa, pero propuso que se mantuviera la norma con el agregado de la conformidad materna. De esta manera quedan sin efecto las críticas del senador De la Rúa, ya que nadie es más indicado que la madre para determinar la oportunidad de la interposición de una demanda de filiación en favor de su hijo.

#### b) El sentido de la conformidad materna

Hemos visto cómo la venia materna es requisito esencial para que el Ministerio Pupilar sea representante judicial del menor, en el supuesto del art. 255.

despacho del doctor Abel Floras Ortiz de Rosas). Conf. Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, octubre 1996). Conclusiones Finales de la Comisión n° 1 de Educación y Patria Potestad, presidida por el doctor Zannoni.

<sup>1</sup> Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2244.

<sup>2</sup> Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2244.

<sup>3</sup> Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 1984-2244.

El sentido de este asentimiento puede ser limitar o restringir el accionar del Ministerio, resguardando la esfera íntima del ámbito familiar. Sin embargo, hay un significado mucho más importante que asignar a esta conformidad, y es el de convertir a la madre en protagonista y legítima administradora de la pretensión filiatoria de su hijo.

Por supuesto que la actuación del Ministerio es loable y beneficiosa para el menor, ya que posee mayores medios que la madre para localizar al padre y lograr su reconocimiento. Pero aun en su situación de desamparo y soledad, esa madre soltera —que quizá tuvo una actitud valiente al tener a su hijo— sigue siendo la figura central en este difícil trance que sobrelleva junto a su vástago, y por tanto, será la encargada de dar el juicio de oportunidad respecto de la determinación de la paternidad y del reconocimiento filiatorio. Hubiera sido muy injusto dejar de lado a esa madre, autorizando el libre accionar del Ministerio.

Con la inclusión de la conformidad del art. 255, esa madre se hace presente y junto al Ministerio con su colaboración inestimable, van en busca del bienestar del menor.

c) La venta del artículo 255, en principio está limitada a la madre

La principal razón de este aserto está dada por el propio texto legal, que no habla de "representante legal", sino exclusivamente de "la madre". Por otra parte, es justo que así sea, ya que nadie más que ella es concedora de las circunstancias que rodean su maternidad —durante la concepción y nacimiento—, así como de las actitudes del padre.

¿Podría otra persona dar esta conformidad? En principio deberíamos responder que no; ya que se trata de una circunstancia muy especial, situada en lo más íntimo del ámbito familiar.

Toda la argumentación que sostiene la exigencia de asentimiento materno como limitación a las facultades del Ministerio, se derrumba si en vez de la madre colocamos al tutor dando conformidad. No habría una diferencia cualitativa prevalectante entre el criterio del tutor y el del Ministerio Pupilar, ya que ambos son terceros, ajenos a los hechos, y aunque pueden conocer acabadamente el ámbito familiar de la madre soltera, es muy probable que no hayan tenido contacto directo y relación íntima con los acontecimientos.

Por eso la ley ha colocado únicamente a la madre como titular de la conformidad, y aquí se podría argumentar que el

tutor puede en ciertos casos, quizás en la mayoría de ellos, ser pariente de la madre; puede ser uno de los abuelos del niño, puede haber tenido contacto con el nacimiento, puede ser una persona ligada sanguíneamente al menor y a su madre; todo esto es cierto, pero también hay que considerar que el tutor puede también ser una persona que no reúna todas esas características; puede ser un extraño a la familia, y en este caso podría correrse el riesgo de que una persona que ejerce la tutela del menor, pero que no es pariente de él, pueda hacer valer su criterio en forma prevaleciente frente a otro tercero, como el Ministerio de Menores.

Ante una situación jurídica como ésta, la ley puede tomar una solución amplia, legitimando a todos los representantes del menor para dar la venia del art. 255, y estudiar después en cada caso particular si se trata de un tutor pariente, de un tutor abuelo o de un tutor tercero, para decidir el juez quiénes estarían legitimados. Nuestra ley de reformas ha optado por otra solución, restringiendo el asentimiento a la madre, ya que su criterio prevalece cualitativamente frente al Ministerio de Menores; en cambio, el del tutor puede o no prevalecer según los casos. Precisamente para evitar la posibilidad de una solución disvaliosa, se cierra esa alternativa y se impide al tutor ser titular de la conformidad del art. 255.

Sin embargo, si estudiásemos a fondo la reforma, encontráremos un nuevo personaje, que comparte muchas de las características de la madre y podría a nuestro entender ser titular alternativo o supletorio del asentimiento materno: el tutor abuelo del art. 264 bis, parte 2<sup>a</sup>.

El peligro que el legislador quiere evitar al restringir el asentimiento a la madre y excluir al tutor, no existe con referencia a los tutores abuelos del art. 264 bis, parte 2<sup>a</sup>. En este caso hay un requisito básico: ser abuelo, lo cual asegura vínculo sanguíneo y estrecha relación. Por otro lado, el instituto del tutor abuelo del art. 264 bis tiene como ámbito de aplicación el de los padres menores de edad, supuesto en el cual la figura de los abuelos se agiganta, más aún en el caso que nos ocupa, el de la madre soltera, si ésta fuera menor de edad.

De manera que tratáremos de establecer si en esta especial situación de la madre soltera menor de edad, los abuelos maternos en ejercicio de la autoridad que les concede el art. 264 bis, pueden dar o negar el asentimiento del art. 255 del Cód. Civil.

#### 4. ESPECIAL SITUACIÓN DE LA MADRE SOLTERA MENOR DE EDAD

En este caso la posición de la madre abandonada por el padre, se hace mucho más difícil, ya que a todos los problemas antes descriptos la madre tiene que sumarle su propia incapacidad, pues el hecho de haber sido madre no la emancipa, y continúa bajo la patria potestad de sus padres.

El problema de la madre soltera menor de edad en nuestro país se ha agravado y se ha generalizado tanto en ambientes rurales como urbanos. Ante esta realidad social insoslayable, ha reaccionado el legislador y el art. 264 bis, parte 2<sup>a</sup>, ha incluido el instituto de la autoridad de los abuelos para amparar a los descendientes de la hija-madre menor de edad.

Los abuelos del art. 264 bis tienen un doble ejercicio de la patria potestad, sobre su hija y sobre su nieto, ya que es un hecho generalizado que la madre soltera menor de edad, busque refugio en casa de sus padres, donde también halla protección su pequeño hijo.

#### 5. LA MADRE SOLTERA MENOR DE EDAD Y LA CONFORMIDAD DEL ARTICULO 255

La madre menor de edad, a pesar de su incapacidad para obrar, tiene la titularidad de la patria potestad<sup>3</sup>.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad, los padres menores de edad, en principio, son incapaces de obrar (arts. 54, inc. 2<sup>a</sup> y 55, Cód. Civil), por lo cual no podrán ejercer la autoridad de los padres.

Corresponde diferenciar la posición en que se encuentran los menores adultos, respecto de los menores impúberes.

Los menores adultos tienen la tenencia de sus hijos; en cuanto a la representación extrajudicial son incapaces de suscribir negocios jurídicos; sin embargo, parte de la doctrina ha considerado que hay una excepción al principio de incapacidad, por aplicación de la norma del art. 1897 del Cód. Civil, que permite al menor adulto el ejercicio de la representación voluntaria y la posibilidad de aplicar supleto-

<sup>3</sup> Méndez Costa, María J., *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, LL, 1989-A-1023.

riamente el régimen del mandato a la representación paterna (art. 1870, inc. 1º, Cód. Civil), compatibles con la singularidad y especial reglamentación del derecho de familia<sup>10</sup>. En lo referente a la actuación judicial, algunos autores sostienen que se aplica el mismo razonamiento que para la actuación extrajudicial, y por tanto, los padres menores de edad podrán actuar en juicio representando a sus hijos sin ningún recaudo especial<sup>11</sup>. Otros doctrinarios afirman que el padre menor de edad adulto requiere autorización de su propio padre<sup>12</sup> o del juez<sup>13</sup>. La jurisprudencia no es uniforme, habiendo fallos en uno y en otro sentido<sup>14</sup>.

Los padres menores impúberes, en cambio, tienen una incapacidad absoluta para obrar, de manera que a pesar de ser titulares de la patria potestad<sup>15</sup>, sólo pueden exteriorizar dicha condición mediante actos voluntarios ilícitos que pueden ejercer, tienen vedado todo acto jurídico judicial o extrajudicial. La falta de madurez de estos menores, que determina su incapacidad, no desaparece por ser padres.

Por lo tanto, la madre soltera menor de edad adulta tendrá una incapacidad relativa; en cambio, la madre soltera menor impúber será incapaz absoluta para ejercer los actos de autoridad paterna.

Situados ante la facultad de conformidad materna del art. 255 por parte de una madre menor de edad adulta o impúber, podemos imaginar varias posibilidades:

a) Que la madre, por ser menor de edad, no pueda dar el asentimiento del art. 255 y que no haya otro legitimado para hacerlo. De manera que ante la falta de venia por incapaci-

<sup>10</sup> Méndez Costa, *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, LL, 1980-A-1021; Buzan, Eduardo A., *Código Civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1944, comentario al art. 232, n° 4.

<sup>11</sup> Méndez Costa, *Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad*, LL, 1988-A-1032.

<sup>12</sup> Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil argentino. Parte personal*, Bs. As., Depalma, 1947-1958, t. I, p. 121, nota 238. Afirma que el menor puede ser autorizado por el padre o por el juez, dando al menor en este caso un tutor especial.

<sup>13</sup> Buzan, *Código Civil anotado*, comentario al art. 234, n° 51. Este autor estima exigible la autorización judicial prevista en el art. 235 original del Código relativo a los emancipados.

<sup>14</sup> Se admitió la actuación judicial de la madre menor con autorización judicial en CCiv2º Cap. 20º/1037, LL, 8-403. Se admitió la actuación del padre de la madre menor en CNCiv, Sala D, 17/11-60, LL, 100-671.

<sup>15</sup> D'Antonio, Daniel H., *Patria potestad*, Bs. As., Astrea, 1978, p. 67.

dad, podemos inferir que el Ministerio podrá actuar libremente, o por el contrario, que se verá imposibilitado en su accionar hasta que la madre menor tenga plena capacidad. Pensamos que de derivarse el libre accionar del Ministerio, cabrían todas las críticas ya apuntadas, y de impedirse el actuar del Ministerio hasta la capacidad materna, se podría llegar a perder la posibilidad de determinar quién es el padre, ya que el paso del tiempo conspiraría en contra de la obtención del reconocimiento paterno. Ninguna de estas consecuencias parece haber sido querida por el legislador.

b) Que la madre, aun siendo menor de edad, pueda realizar la expresión válida del asentimiento como acto excepcional. Este supuesto es poco probable, ya que en principio los menores no tienen, como vimos, el ejercicio de la patria potestad, de modo que no podrían realizar un acto propio e inherente a dicho conjunto de derechos y obligaciones. Cabe hacer la salvedad respecto de los menores adultos; en este supuesto sería posible sostener la tesis del acto excepcional, en virtud del art. 55, o por aplicación de las normas del mandato. Cabría en este caso establecer si la madre menor adulta podría actuar sin recaudo alguno, o si requeriría la autorización de sus padres, del juez o de ambos. Con referencia a los menores impúberes la posibilidad del acto excepcional es prácticamente imposible. Finalmente, tanto en el caso de la madre menor adulta, como de la madre menor impúber, el hecho de que puedan dar el asentimiento choca con una objeción inevitable: es posible que la madre menor no pueda, debido a su incapacidad jurídica, comprender correctamente la situación que vive, pudiendo perjudicar a su hijo y a ella misma con una decisión equivocada.

c) Que la conformidad sea dada directamente por el tutor abuelo del art. 264 bis, parte 2ª. En este supuesto se trata de los abuelos maternos, que tienen la patria potestad de la madre soltera. Más adelante ampliaremos las especiales características de este instituto, pero podemos afirmar, que si bien es un tercero en la relación paterno-filial, no lo es tanto, en la práctica; muchas veces está más cerca del nieto, que la propia madre, lo cual lo habilita legítimamente a dar la conformidad del art. 255 ya que sabe cuál puede ser el bien o el perjuicio para su nieto.

El tutor abuelo daría la conformidad en su carácter de representante del menor, aunque tenemos que reconocer que el texto del art. 255 no lo incluye, por lo que más adelante fundamentaremos esta apreciación.

d) Que la conformidad sea dada por la madre menor de edad y por el tutor abuelo conjuntamente; a esta posición se le pueden hacer las mismas críticas que a las dificultades que tienen los menores de edad para ejercer la patria potestad sobre sus hijos. Pensamos que en este supuesto la decisión de hecho la tendría el tutor abuelo, que tiene la autoridad paterna sobre la madre menor; por lo tanto, consideramos más viable y práctica la solución del apartado anterior.

#### 6. LA CONFORMIDAD MATERNA DEL ARTÍCULO 255 PUEDE SER DADA POR LOS ABUELOS MATERNOS DEL ARTÍCULO 264 "BIS", PARTE 2ª

Si la reforma ha contemplado la figura de los tutores abuelos, como instituto de amparo ante la situación de la madre soltera menor de edad, fue para que ejercieran la patria potestad sobre su hija y sobre los hijos de ella, constituyendo una especie de patria potestad subsidiaria, o desde otro punto de vista, una extensión del ejercicio de la patria potestad. Así es como la incapacidad de la hija quedará suplida por sus padres, los abuelos del niño, que podrán dar o negar la venia del art. 255.

#### 7. LA AUTORIDAD O TUTELA DE LOS ABUELOS DEL ARTÍCULO 264 "BIS"

##### a) Denominación

Por su semejanza con el instituto de la patria potestad, debería llamársela "autoridad de los abuelos", en vez de "tutela de los abuelos"; más adelante veremos las numerosas diferencias que tienen estos abuelos con el tutor. Nosotros hemos utilizado ambas denominaciones, teniendo en cuenta especialmente que el texto legal habla de "tutela".

##### b) Requisitos

Para configurar este supuesto tienen que existir dos presupuestos: que se trate de padres de una madre o padre menor de edad que se encuentre bajo su patria potestad, y que este padre o madre menor posea la tenencia del nieto.

##### c) Antecedentes y redacción final de la norma

El antecedente de la norma vigente se hallaba en el proyecto de los senadores Saadi y Amoedo, que proponía que se

agregase al art. 264 un párrafo que dispusiera que "si los padres del hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, su incapacidad será suplida de pleno derecho por el padre o la madre de ellos en ejercicio de la patria potestad, o bien por el tutor del progenitor que en forma habitual tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, no obstante que el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad". Como puede observarse, de este texto parece inferirse la idea de un doble ejercicio de la patria potestad por parte de los abuelos.

La redacción final de la norma es la siguiente: "Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad".

#### d) Naturaleza jurídica del tutor abuelo

En rigor, no se trata de un supuesto de tutela, sino que es una especie de ejercicio extensivo de la patria potestad, ubicándose en un status intermedio, entre el régimen de autoridad paterna y el de autoridad tutelar, aunque mucho más cerca del de la patria potestad.

Hay cuatro hechos de diversa índole que confirman esta especial naturaleza jurídica del tutor abuelo:

1) El natural está dado por el nexo biológico que une a abuelos y nietos. Aquí podemos señalar varios elementos: comunidad de sangre, lazos afectivos, así como el comprobado vínculo psicológico que se entabla con los descendientes de los hijos.

2) El social de las madres solteras, anteriormente mencionado y que lleva a los abuelos a criar a sus hijos y sus nietos conjuntamente.

3) El filosófico-jurídico, que impone a los abuelos un uniforme imperativo de conducta respecto de todos los que se hallan bajo su égida.

Lo cual implica que no hay diferencias en el conjunto de derechos y deberes que tiene como padre y abuelo, no obstante tratarse de sujetos pasivos cualitativamente distintos, aunque semejantes.

4) El jurídico-positivo consiste en la situación legal privilegiada en que se encuentran los abuelos del art. 264 bis,

respecto de otros representantes (tutores), ya que se los incluye en el capítulo de la patria potestad y no en el de la tutela.

#### **8. DIFERENCIAS ENTRE EL TUTOR Y LOS TUTORES ABUELOS DEL ARTÍCULO 264 "BIS"**

Son muchas las diferencias entre ambos institutos; trataremos de enumerar algunas de ellas a modo de ejemplo.

##### **a) Metodología**

La ley 23.264 ha ubicado al instituto del tutor abuelo en el título III "De la autoridad de los padres", sin hacer referencia alguna a él en el título denominado "De la tutela", aunque la reforma modificó varias normas de este capítulo. Ello es punto de partida para observar la voluntad del legislador orientada a diferenciar al tutor de los arts. 377 a 467 del Cód. Civil, de la autoridad de los abuelos, que se ejerce de acuerdo con lo regulado por el art. 264 bis, parte 2°.

##### **b) Naturaleza jurídica**

Se trata de dos institutos que tienen idéntica finalidad, pero diferente origen, contenido y alcance. De las características de la autoridad de los abuelos anteriormente señaladas surge claramente que pueden no ser patrimonio de la tutela.

Los tutores abuelos ejercen una suerte de patria potestad subsidiaria, en virtud de la cual, aunque el otro progenitor alcance la mayoría de edad, mantiene su virtualidad, circunstancia ésta imposible de vislumbrar si del tutor u otro representante legal se trata.

En rigor, no hay razón suficiente para diferenciar el ejercicio de los derechos-deberes que la patria potestad importa y que surten eficacia con relación a los hijos, de aquellos que emanan de la autoridad de los abuelos. Esto es así porque los abuelos, por naturaleza, son doblemente padres, más aún si sus hijos son menores de edad.

No hay distinción en el trato que debe dar a sus descendientes inmediatos, del que debe brindar a los descendientes de sus hijos. A los nietos, de ordinario se los contempla de distinta manera, pero se los ama igual o más que a los propios hijos.

El perfil del tutor abuelo que el legislador ideó, no puede estar alejado de lo que la propia naturaleza humana nos indica. Sus atribuciones y obligaciones son las del padre, pues su figura es la de éste. Los abuelos del art. 261 bis, parte 2ª, son más padres que tutores, aunque biológicamente no lo sean y aunque a los abuelos se los pueda designar en alguna oportunidad tutores.

#### c) Unipersonalidad y bipersonalidad

La tutela es siempre de ejercicio unipersonal. Ella "debe servirse por una sola persona, y está prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos" (cfr. art. 386, Cód. Civil). Esta norma no modificada por la ley 23.264, nos hace presumir que el supuesto de los tutores abuelos no es un caso de tutela, sino que se asemeja al ejercicio dual de la patria potestad.

Viviendo los dos abuelos, no es dable hacer preferencia alguna entre ellos, ya que la norma se refiere a quien "ejerce la patria potestad", sobre aquel de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, siendo ambos los titulares de dicha facultad, especialmente después de la ley 23.264, que instituyó la patria potestad compartida en su ejercicio.

#### d) Condiciones de idoneidad

En el articulado derogado del régimen de tutela, el Código establecía una preferencia en favor de los abuelos para su designación como tutores. Este privilegio no excluía el estudio de las condiciones de idoneidad. Reemplazada dicha escala preferencial, sigue vigente el examen de idoneidad del posible tutor (art. 390). Esta exigencia es lógica; sin embargo, en el caso de los tutores abuelos del art. 264 bis, este requisito no debe ser requerido en razón de una comprensible presunción legal de idoneidad, ya que estos abuelos ejercen la patria potestad de sus propios hijos y por tanto demuestran aptitud suficiente para hacer lo mismo con sus nietos.

#### e) Remuneración

Si se estudia detenidamente el derecho comparado, se observan distintos sistemas en materia de retribución de la

tutela. Así, el de la gratuidad, seguido en Francia y erigido en principio general en Códigos como el alemán y el italiano. Un segundo sistema, estructurado en el derecho suizo, establece una retribución fijada por el juez. Otros ordenamientos han dispuesto que la remuneración del tutor sea fijada entre un máximo y un mínimo determinados por la ley, como el Código español, el anteproyecto de 1854; o bien establecen sólo un máximo, como el Código de Brasil. Por último, Códigos como el chileno o el nuestro (art. 451) disponen una retribución fija que alcanza el diez por ciento de los frutos líquidos de los bienes del menor. De lo expuesto se infiere que el principio de la onerosidad, si bien no es de la esencia del instituto, fue el que claramente adoptó Vélez Sársfield en 1871.

Ahora bien, creemos que la décima del art. 451, no es aplicable al caso de los tutores abuelos del art. 264 bis, ya que no hay que distinguir ni diferenciar la función que cumplen los abuelos en el supuesto de la parte 2ª del art. 264 bis, de la desempeñada por aquéllos respecto de sus hijos; si en este caso no tienen derecho a la décima, sería hasta inhumano sostener lo contrario en el otro supuesto, pues la analogía de situaciones es a todas luces palmaria.

#### f) Usufructo

Los abuelos del art. 264 bis, deben proveer todo lo conducente para el sostenimiento de sus hijos y nietos; es justo, pues, que reciban como compensación el usufructo de los bienes de sus hijos y de sus nietos. De esta manera, el abuelo no tendrá que sufrir la incómoda situación de tener que rendir cuentas a su propio nieto. Por otro lado, que los abuelos tengan el usufructo coadyuva a que no se presente el cuadro de un nieto rico, poseedor de fortuna, y un abuelo pobre, que aun así tiene que mantenerlo. De manera que aquí encontramos una diferencia más entre ambos institutos, si la comparamos con la obligación de rendir cuentas que tiene el tutor y con su retribución fija de la décima.

#### g) El artículo 440 del Código Civil

Este artículo establece que los bienes muebles serán prontamente vendidos por el tutor, exceptuándose los de oro, plata o joyas preciosas. Este deber que tienen los tutores, pensamos, no lo tienen los tutores abuelos del art. 264 bis, ya que ¿cuál sería el motivo lógico que indujera a los abuelos a vender los muebles de sus nietos y no así los de

sus propios hijos? Creemos que aquí hay una nueva diferencia entre ambos institutos, ya que los tutores abuelos no podrían llevar adelante una obligación como ésta, que forma parte de los típicos deberes del tutor.

#### **h) Discernimiento y prueba**

En torno a este tema surgen fundamentales diferencias. Por un lado, al tutor común le debe ser discernido el cargo (art. 399) para ejercer la autoridad tutelar. En el caso de los tutores abuelos pensamos que ese discernimiento no es necesario, ya que éstos ejercen la autoridad del art. 264 bis a partir del nacimiento mismo del nieto, pues desde ese momento quedan constituidos los presupuestos de la citada norma: madre-hija menor de edad y tenencia del hijo-nieto por parte de ella.

De esta distinción se derivan dos aspectos: a) origen procesal del instituto de la autoridad de los abuelos. El juicio de tutela lleva al discernimiento del cargo de tutor, tras de diversas etapas procesales relacionadas con el tipo de tutela de que se trate. En el caso de los abuelos, éstos no deben iniciar el juicio de tutela, pues ya vimos que su llamamiento legal no es como tutor, sino como padre-abuelo. Por otro lado, examinando la difícil situación cultural y socioeconómica que muchas veces vive la madre soltera menor de edad, veremos que ella no se condice con un oneroso juicio de tutela. Finalmente, este proceso judicial implica una serie de etapas que atañen al análisis de los posibles tutores y una elección consecuente, nada de lo cual es necesario en el caso de los abuelos tutores; b) prueba del ejercicio de la autoridad del art. 264 bis. Este es el otro problema que se plantea, ya que el tutor probará su status con el testimonio del discernimiento; en cambio los abuelos no son discernidos.

Para resolver los anteriores interrogantes podemos dar varias respuestas:

1) Que los abuelos inicien el juicio de tutela y su trámite sea simplificado y modificado para facilitar su discernimiento, que sería declarativo y retroactivo al nacimiento del nieto. Esta solución nos parece impropia de este instituto, aunque facilitaría la prueba con el testimonio de la resolución judicial de discernimiento.

2) Que los abuelos inicien una información sumaria, para establecer sus condiciones de vínculo sanguíneo-familiar, que los acredite como abuelos y el carácter de madre

menor de edad de su hija, así como la tenencia, por parte de esta, del niño. Podría probarse también la convivencia con los abuelos. De adoptar esta solución, la prueba se vería facilitada, ya que bastaría el testimonio de la sentencia.

3) Que los abuelos no inicien ningún trámite judicial y ejerzan la autoridad del art. 264 bis de hecho y de derecho. En este caso se plantea la dificultad de la prueba del status de los abuelos. Habría que presentar partidas de nacimiento de la hija y del nieto, más la partida de matrimonio de los abuelos, y debería constatarse el no reconocimiento del padre, así como la tenencia del niño por parte de la madre, todo lo cual haría muy engorroso el ejercicio de esta autoridad de los abuelos.

Creemos que es preferible y más adecuado al instituto, optar por el supuesto 2) que nos parece el más conveniente.

## ii) Cesación

En este punto se presentan importantes diferencias entre tutor común y tutor abuelo. El tutor común puede cesar por excusación (arts. 455, inc. 1<sup>o</sup>, y 379) y por remoción (art. 455, inc. 1<sup>o</sup>), así como por muerte del menor o del tutor, por restitución de la patria potestad, o por mayoría de edad del pupilo. En cambio, la autoridad de los abuelos no puede cesar nunca por excusación o remoción. Quizá la causa de cesación más común para el tutor abuelo sea la emancipación de su hija, que en ese caso asume plenamente el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, concluyendo la tutela de los abuelos.

### 9. LA LEGITIMACIÓN DE LOS ABUELOS MATERNOS PARA LA CONFORMIDAD DEL ARTÍCULO 255 PERFECCIONA EL ALCANCE, CONTENIDO Y FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA

La posibilidad de conformidad del art. 255 por parte de los abuelos maternos, respecto del caso de madre soltera menor de edad, perfecciona aún más el funcionamiento de esta norma, ya que los abuelos suplen la falta de juicio de oportunidad de la madre menor y, por otro lado, restringen el accionar del Ministerio, protegiendo la esfera íntima familiar.

## 10. TUTOR ABUELO Y ABUELO TUTOR

El tutor abuelo es el que ejerce la autoridad del art. 264 bis, parte 2ª; en cambio, el abuelo tutor, será aquel que fuera designado como tutor por las normas de la tutela. El instituto del tutor abuelo se limita a un supuesto muy específico de los padres menores de edad; en cambio, el instituto de la tutela común se aplica con mayor generalidad. Un abuelo podrá ser tutor de su nieto, si fallecen sus padres, si éstos son privados de la patria potestad, si están ausentes, o han sido suspendidos en el ejercicio de la autoridad paterna. En todos estos casos el abuelo será tutor común. En cambio en el caso de que los padres del nieto sean menores de edad y no tengan el ejercicio de la patria potestad, los abuelos ejercerán la autoridad que deriva del art. 264 bis, parte 2ª. En ambos supuestos, la figura es la misma: los abuelos ¿por qué estructurar pues dos institutos diferentes? Porque, aun siendo abuelos en ambos casos, la situación es diferente y la ley quiso proteger especialmente el difícil trance de los padres menores de edad y de sus hijos, dándoles a éstos una patria potestad supletoria.

Por lo tanto, depende de la configuración de uno u otro caso, que el abuelo sea llamado a ejercer la tutela o la autoridad del art. 264 bis, parte 2ª.

## 11. CONCLUSIONES

a) La norma del art. 255 establece una acción cuyo titular es, en principio, el hijo, pero que ejercerá en su representación el Ministerio Público de Menores con la conformidad materna.

b) La conformidad materna es esencial al accionar judicial, por lo cual la madre constituye, junto al Ministerio Público, un litisconsorcio necesario impropio, de manera que en caso de desistir la madre de la acción, el Ministerio no podrá seguir adelante con el proceso.

c) La conformidad del art. 255, en principio está limitada a la madre, excluyendo al tutor.

d) El tutor abuelo del art. 264 bis, parte 2ª, está legitimado para expresar la conformidad prevista en el art. 255, en el supuesto de que la madre sea menor de edad.

e) Dicha legitimación tiene el principal fundamento en la especial naturaleza jurídica de los tutores abuelos del art. 264 bis, que guarda estrechas semejanzas con la autoridad paterna y se diferencia en una amplia gama de aspectos de la figura del tutor del art. 386 del Cód. Civil.

f) La intención de la reforma ha sido crear una nueva figura jurídica de amparo y representación para los menores de edad, de origen, contenido y alcance distintos de los de la tutela común, ya que su inserción se produce en un espacio metodológico diferente y en una situación de comunidad sanguínea-familiar no siempre presente en el caso de tutela.

g) La limitación al loable y benéfico accionar del Ministerio Pupilar, sólo puede ser dada por la conformidad materna, y en su defecto, por la venia de los abuelos maternos que ejercen una suerte de patria potestad subsidiaria, o desde otro punto de vista estamos ante un ejercicio extensivo de la patria potestad.

h) La finalidad del art. 255 se ve cumplida y perfeccionada, si en el caso de madre soltera menor de edad, son los abuelos maternos los que deciden asentir o disentir con la pretensión del Ministerio Público de Menores.



## **LOS PROFESIONALES EN LA SOCIEDAD ARGENTINA**

**JUAN CARLOS AGULLA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El funcionamiento de la Universidad argentina, en los últimos años, hay que verlo desde la situación en que se encuentran los universitarios en la estructura ocupacional. Esta perspectiva mostrará los "resultados" de la enseñanza universitaria (y terciaria no universitaria) y la integración de los profesionales en la sociedad nacional. En la presente oportunidad analizaremos los datos del último Censo Nacional (1980), haciendo la salvedad de que se los presenta a nivel general de todo el país. Esto es una perspectiva falsa para analizar el nivel de desarrollo alcanzado por la sociedad argentina, ya que es perfectamente clara la diferenciación regional, en cuanto a su nivel de desarrollo social, de la sociedad nacional. Los datos, por eso, sólo permiten tener una imagen de la situación media del país, pero, sobre todo, permiten percibir, objetivamente, la tendencia de su desarrollo.

### **2. EL CENSO NACIONAL DE 1980**

Destaca, en lo que nos ocupa, el nivel educativo alcanzado por la población argentina. Para nuestros objetivos, es especialmente significativo el nivel terciario (universitario y no universitario). Aproximadamente el 13% de la población argentina mayor de diecisiete años asiste o asistió (completa o incompletamente) a la enseñanza terciaria. Sobre un total de 18.517.214 personas mayores de diecisiete años, tenemos 418.099 que asisten actualmente (1980) al ni-

vel terciario, 363.511 que han asistido a este nivel sin haberlo completado, y 660.958 que han terminado los estudios de este nivel educativo. La simple presentación de estos datos nos dice que 660.958 personas pertenecen –por lo menos– a un estrato medio superior (o a un estrato alto), ya que contar con este nivel educativo implica, de alguna manera, una ubicación social de “profesional” y, por lo tanto, de un cierto nivel de “status ocupacional”, sea dependiente o independiente. Sin embargo, algunas de estas personas pueden pertenecer a un estrato social alto, pero la pertenencia a él está fundada –por lo común– en otra fuente de poder (el nombre, el dinero, etc.); pero algunas, por cierto, pueden encontrarse en un estrato alto a consecuencia de un ascenso social logrado –por lo general– con los años en un canal institucionalizado de movilidad vertical ascendente. Esto hace suponer –con bastante lógica– que se daría entre los profesionales de las generaciones “madura” y “mayor”.

Los datos también nos dicen que 363.511 personas pertenecen por lo menos a un estrato medio inferior, ya que este nivel educativo implica, de alguna manera, una ubicación social fundada en el status ocupacional del “empleado” (la burocracia estatal o privada). Algunas personas de este nivel educativo pueden tener una actividad independiente, ya como comerciantes o industriales, ya –aunque en menor proporción– como empresarios. Esto implicaría que podrían encontrarse en un estrato más alto (medio superior o alto), pero en la medida en que en su ocupación hayan tenido un “éxito económico” o dispongan de “capital” obtenido por herencia. Entre los que asisten actualmente (1960) al nivel terciario (universitario y no universitario), en el futuro podrán pertenecer al nivel medio inferior o superior –con las variantes de que hablamos anteriormente–, en la medida en que no terminen o terminen sus estudios en este nivel educativo.

Conviene destacar que aproximadamente el 14% de la población comprendida entre los diecinueve y los veintinueve años asiste a la Universidad o a la enseñanza terciaria no universitaria (1960) en la Argentina. Este porcentaje destaca el “potencial” humano que se ubicará, en un futuro próximo y en general, en un nivel de status ocupacional medio superior o inferior y, por excepción, en un nivel alto, mostrando con ello una fuerza evidente de desarrollo de la sociedad argentina en la medida en que la estratificación social de “status ocupacionales”, paulatinamente, tiende a suplantarse a la estratificación social de “clases”, que está fun-

dada en un principio económico (capital, renta o salario). Este es un hecho que hay que tener en cuenta, porque acusa una tendencia que moviliza la expansión de la cultura científica y tecnológica y el desarrollo de la sociedad tecnocrática.

De las 363.511 personas que han dejado de asistir al nivel terciario, 212.966 son varones y 150.545 son mujeres. Estos datos nos dicen que el sistema del nivel terciario retiene más a las mujeres que a los varones. Esta composición diferencial por sexo de la deserción del nivel terciario, afecta a la estructura ocupacional y, por cierto, le da características peculiares. Es muy posible que los desertores varones se incorporen antes que las mujeres a la estructura ocupacional, por una parte, en el nivel de status ocupacional correspondiente a los "empleados" (medio inferior), esperando hacer en la burocracia (estatal o privada) su carrera profesional, y por la otra, que los desertores varones tengan mejores oportunidades que las mujeres para incorporarse a la estructura ocupacional como "independientes" (comerciantes, industriales, etc.) de nivel medio superior. Esto implica, evidentemente, que las mujeres necesitan una mayor capacitación formal que los hombres para incorporarse a la estructura ocupacional de nivel medio inferior o superior; y, por cierto, de nivel alto.

De cualquier manera, la paulatina incorporación de la mujer en la estructura ocupacional con capacitación terciaria va a transformar (y evidentemente está transformando) la estructura ocupacional como mecanismo de distribución de niveles de status ocupacionales, ya que, hasta el momento, la ubicación de la población ha dependido fundamentalmente del nivel de status ocupacional del varón. Pareciera también que la mujer tiende a desertar menos del nivel terciario que el varón porque entiende que es una forma de continuar la escolarización mientras se espera el matrimonio, ya que éste es la causa fundamental de la deserción de la mujer en el sistema escolar; o mientras espera una mejor oportunidad para incorporarse a la estructura ocupacional con más chance. Por otra parte, la mujer está menos forzada a incorporarse necesariamente a la estructura ocupacional, especialmente cuando alcanza determinado nivel social. También puede entenderse la mayor permanencia de la mujer en el nivel terciario, y como forma de continuar la escolarización, debido a la paulatina postergación de acceso al matrimonio; es decir, la mujer se casa en la Argentina cada vez de mayor

edad, y especialmente entre las mujeres que viven en centros urbanos, especialmente en los más grandes. Por otra parte, también hay que tener en cuenta que el nivel terciario —especialmente el no universitario—, en una gran proporción, prepara o capacita para la docencia (primaria, secundaria, preescolar, etc.); esta actividad ocupacional está altamente representada por mujeres, ya que no sólo responde ella a "condiciones personales", sino —fundamentalmente— a una mejor distribución del tiempo entre el trabajo y las actividades del hogar, especialmente en lo que se refiere a la crianza de los hijos pequeños.

La "generación joven" (es decir, la que tiene entre veinte y treinta y cuatro años —1980—), es la de mayor deserción. Esto, por cierto, es lógico. Las cifras nos hablan de 204.515 personas. A ellas se suman 9463 pertenecientes a la "generación adolescente". Esto implica casi el 60% de los 363.511 desertores del nivel terciario. Estas personas son las que se incorporan a la estructura ocupacional, como dependientes, en el nivel medio inferior y como independientes —según sus posibilidades— en ese o en otro nivel superior, pero siempre que se asiente en otra escala de prestigio y poder (capital, éxito económico, renta, nombre, etcétera). Todo esto acusa una temprana incorporación a la estructura ocupacional de los desertores del nivel terciario, recargando la población económicamente activa en forma no funcional.

### 3. DISCRIMINACIÓN POR EDAD Y SEXO DE LA POBLACIÓN CON TÍTULO UNIVERSITARIO O SUPERIOR

Los datos muestran con toda claridad la disminución paulatina de personas con título universitario o superior a medida que se aumenta de edad. Lo cual quiere decir que cada día hay más gente con título universitario o superior. Haciendo una discriminación generacional (de quince años), tenemos que la "generación joven" de profesionales (es decir, los nacidos entre 1941 y 1955 con referencia al Censo de 1980) está compuesta de 352.196 personas; que la "generación madura" de profesionales (es decir, los nacidos entre 1926 y 1940) está compuesta de 156.065 personas; y que la "generación mayor" de profesionales (es decir, los nacidos con anterioridad a 1925) lo está por 104.546 personas. Esta discriminación generacional entre los profesionales destaca la misma tendencia, pero con la característica de que la "ge-

neración joven" está compuesta por casi el doble de la suma de las otras generaciones, ya que éstas sumadas llegan a 260.611 personas.

Todos estos datos nos dicen que la estructura ocupacional de los "profesionales" es sumamente joven y con una tendencia a hacerse más joven. Por cierto que este problema hay que vincularlo al desarrollo del sistema educativo universitario y no universitario. En efecto, el aumento masivo de la matrícula universitaria y del nivel terciario se produce a mediados de la década del cincuenta. Esto implica que la "generación joven" y la cohorte más joven de la "generación madura" (a 1980) de profesionales son el resultado de la expansión de la matrícula del nivel terciario (universitario y no universitario).

Este fenómeno de expansión de la matrícula conviene vincularlo, a su vez, a la discriminación por sexo. Y así tenemos que en la "generación joven" las mujeres son: 185.555 y los hombres 166.641; que en la "generación madura" las mujeres son 61.120 y los hombres 95.945; y que en la "generación mayor" las mujeres son 33.949 y los hombres 70.597. El total de mujeres con título terciario (universitario y no universitario) alcanza a 318.396 y el de hombres a 344.562. Estos datos indican que si bien en el momento presente (1980) los hombres con título terciario (universitario y no universitario) son más que las mujeres, la discriminación generacional permite prever, a corto plazo, una inversión de la proporción por el peso de las mujeres en la actual "generación joven". Aquí es donde aparece un dato significativo: el aumento de la matrícula universitaria en forma masiva y violenta se debe, entre otras razones, a la presencia de la mujer en el nivel terciario de enseñanza a partir de la década del cincuenta. A este hecho —por cierto bastante obvio— hay que agregar la paulatina estabilización de las promociones de hombres en la "generación joven" sin igual fenómeno en las mujeres de esa misma "generación joven", ya que ésta es la que aumenta con cada promoción y en porcentajes bastante significativos, pues de contar con el 45,2 % de mujeres con respecto a los hombres de la cohorte nacida entre 1941 y 1945, se pasa al 60 % de mujeres con respecto a los hombres en la cohorte nacida entre 1951 y 1955; y por cierto sin contar la gran diferencia que existe en la proporción entre las personas nacidas entre 1956 y 1960, que llegan al 76,4% de mujeres con respecto a los hombres. Esto indicaría que las mujeres terminan sus estudios antes que los hombres o lo hacen más jóvenes. En este porcentaje puede influir mucho el título

terciario no universitario, que normalmente implica estudios de menor duración y, evidentemente, con mayor concentración de mujeres.

La cantidad de mujeres "profesionales" —estén o no incorporadas a la estructura ocupacional— va a tener en el futuro una importancia muy significativa en el aumento de la matrícula universitaria, ya que sobre ella recae fundamentalmente —según los estudios realizados— el proceso de formación de las aspiraciones educativas de los hijos, sobre todo, porque la mujer "profesional" valora grandemente la educación terciaria (universitaria o no universitaria), quizás como una forma de afirmar el valor de la capacitación ocupacional para adquirir un determinado status ocupacional; en última instancia se trata de una valoración de la posición social que "puede adquirir" la mujer por sus propios medios. Y esto es de tener en cuenta.

#### 4. CONCLUSIONES

Este planteo hecho sobre los niveles de status ocupacionales en función de las personas que en la Argentina, en el momento actual (1980), han alcanzado un nivel educativo terciario (universitario y no universitario), nos indica la emergencia de una nueva estructura de dominación que se asienta en una estratificación social de niveles de status ocupacionales; una estructura de dominación que cada vez se hace más evidente. Esta estructura de dominación, asentada en un sistema de estratificación social de niveles de status ocupacionales, todavía es conflictiva con una estructura de dominación asentada en un sistema de estratificación social de clases sociales, pero muestra su tendencia a imponerse, sobre todo, si se encara el problema en función generacional y de las nuevas posiciones que tiene la mujer en la estructura ocupacional. Pero, además destaca la función decisiva que tiene la Universidad como mecanismo de capacitación, selección y distribución de la población en algunos estratos sociales de este sistema de estratificación social. La Universidad distribuye (y selecciona) a los universitarios, por lo menos, en dos estratos sociales: si terminan los estudios, en un nivel medio superior (por lo menos) y si no terminan los estudios (desertores), en un nivel medio inferior (por lo menos). Esta función de la Universidad —en todo el mundo— es la respuesta a las exigencias de la expansión de la

cultura científica y tecnológica y al desarrollo de la sociedad tecnocrática. La Universidad, también, puede distribuir personas en los niveles altos de la estratificación; de ahí la necesidad del nivel cuaternario que las Universidades de las sociedades altamente desarrolladas tanto promueven y que la Universidad argentina sólo tímidamente incentiva, sin saber cómo ni para qué.

Sin embargo, algo debe quedar en claro: la expansión de la cultura científica y tecnológica y el desarrollo de la sociedad tecnocrática, si bien reclaman —al menos para algunos de los niveles de status ocupacionales— capacitación universitaria o superior no universitaria, también exigen que esa capacitación sea adecuada y lo más sólidamente asentada, a fin de no depender de las innovaciones de las sociedades altamente desarrolladas; en última instancia: si bien es imposible —dados los datos de que disponemos— detener el crecimiento de la matrícula (universitaria y no universitaria), dadas las exigencias de la expansión de la cultura científica y tecnológica y el desarrollo de la sociedad tecnocrática, también es imposible responder a esos reclamos sin saber cómo ni para qué. Y de este modo, la Universidad argentina ha ido respondiendo, en los últimos cuarenta años, a esos reclamos que se presentan como impostergables e inevitables. Y éste es el problema fundamental; precisamente, ¿el que justifica una reforma de la Universidad?

##### 5. FUNCIÓN DE LA UNIVERSIDAD ANTE EL MODELO DESCRIPTO

Un modelo prospectivo que presupone una organización determinada de la cultura científica y tecnológica —hoy en franco proceso de expansión— presupone, también, la organización de una sociedad tecnocrática; es decir, la organización de una estructura de dominación asentada en una estratificación social de niveles de status ocupacionales. Al menos, esto es lo que nos muestra la tendencia en las sociedades altamente desarrolladas y la que se advierte, incipientemente —con los datos presentados tímidamente— en la sociedad argentina. Esta emergente estructura de dominación pareciera asentarse —como dijimos— en una estratificación social de niveles de status ocupacionales, con una estructura tecnocrática del poder y con una ideología operativa (eficientista). Esta nueva forma de estratificación social emerge de una nueva fuente de poder: la capacitación ocupacional, ya

que ella jerarquiza los estratos sociales por la función que cumplen los mismos en la incentivación del proceso de expansión de la cultura científica y tecnológica y el desarrollo de la sociedad tecnocrática. Este nuevo (y emergente) sistema de estratificación social, fundado en niveles de status (ocupacionales), se presenta como una "superación" (Aufhebung, en el lenguaje hegeliano) de la actualmente prevalente estratificación social de clases que se funda en el poder del dinero (capital, renta o salario).

Las actuales sociedades dominantes (y también la sociedad argentina, al menos en las grandes ciudades y quizás en la región pampeana) cuentan ya con estratos sociales de niveles de status ocupacionales. Los datos sobre el crecimiento paulatino de los "profesionales" en la Argentina, que hemos presentado, nos ponen claramente en evidencia tal existencia; pero hay otros más. El hecho de que no se los "advierta" se debe a que todavía se utiliza una teoría sociológica de clases; por eso, se tiende a ver la emergente estratificación con categorías clasistas que más contribuyen a la confusión que al esclarecimiento. Los niveles de status ocupacionales, en la Argentina, son ya realidades sociales e históricas presentes y vigentes, aunque comparten la estructura de dominación con estratos pertenecientes a otros modelos de estructura de dominación (clases, estamentos). Creemos que una nueva teoría de la estratificación social, apta para una sociedad tecnocrática, ilumina claramente el conflicto existente entre los sistemas de estratificación social; pero todavía más: permite proyectar la tendencia hacia la integración de la sociedad tecnocrática. Y aquí es donde aparece la función que debe cumplir la Universidad argentina. Sobre la base de esa nueva función se debe ordenar la estructura universitaria.

Es claro que esta teoría de la estratificación social tiende a privilegiar, en la estructura de dominación, a la estructura ocupacional. Y tiende a privilegiarla por necesidades de la expansión de la cultura científica y tecnológica; por necesidades inherentes a una "razón operativa", como razón de ser de un modelo prospectivo que presupone la cultura tecnológica y la sociedad tecnocrática. En consecuencia: a la Universidad le cabe una función principalísima en la incentivación de este proceso, ya que ella, por definición, tiene que proveer de la capacitación profesional para estratos sociales de posición estratégica en la estructura de dominación. A partir de esta definición clara del objetivo y de las

funciones que se asignan a la Universidad, su reforma es un problema estructural dentro de un sistema que funcione como tal. Pero es la misma sociedad argentina -y no el Estado- la que debe encontrar las soluciones para sus problemas. Y la sociedad argentina es, fundamentalmente, en este asunto, la misma Universidad. Ella tiene que acumular la fuerza necesaria para hacerse cargo de esta decisiva función; sólo reclamará tiempo y persistencia, porque los "agentes" del cambio van a emerger de ella misma.



## **ENSAYOS**



## EL GESTOR PROCESAL

JAVIER A. LORENTE

### 1. ANTECEDENTES LEGALES, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

La norma jurídica contenida en el art. 48 de nuestro Código ritual no fue producto de la creación imaginativa de ningún jurista en especial. Si bien puede reconocerse a alguien como su autor inmediato, es decir, el que le dio su forma definitiva, ni aun este mismo jurista puede admitir que las normas surjan por generación espontánea como consecuencia de un momento de imaginación.

El art. 48 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, reformado por la ley 22.434, tal como llega a nosotros, reconoce diversas fuentes, las que incluso se remontan al derecho romano.

La institución del gestor procesal ya era conocida en el derecho romano con el nombre de *cautio de rato et grato*, y permitía ejecutar diligencias urgentes en nombre de terceros. Esta institución romana se ve también cristalizada, en la nota al art. 920 del Cód. Civil, al tener a los hijos y ascendientes de la persona ausente, como procuradores presuntos<sup>1</sup>.

El mayor ordenamiento jurídico de la Edad Media y Moderna española, y máximo exponente de la continuación del pensamiento jurídico romano, no podía dejar de receptor este instituto, cuya utilidad era de una evidencia palmaria.

Así, la ley 21, título V de la Partida III, preceptuaba que quien se presentaba a demandar, teniendo poder suficiente, pero que ofrecía dudas, debía asegurar con fianzas o pren-

<sup>1</sup> Yáñez Álvarez, César D., *El gestor procesal*, JA, doctrina 1930-365.

das, que su mandante tendría por firme lo que hiciese en el pleito.

Siguiendo al maestro español Caravantes<sup>2</sup>, podemos decir que esta norma se fundaba en la práctica de admitir a un procurador, aunque no tuviera poder, o con un poder dudoso, si prometía presentarlo o suplir el defecto a la mayor brevedad posible.

Resultaba también Caravantes la utilidad y conveniencia del remedio, pues de prohibírselo se hubiera privado a las partes de la administración de justicia, precisamente cuando más la necesitaban por encontrarse ausentes o apremiados por la urgencia y perentoriedad de alguna diligencia.

Sin embargo, a la hora de volcar esta tradición jurídica en el marco de la ley de enjuiciamiento de 1855, este instituto de profunda raigambre hispánica no fue mantenido.

La posterior ley de enjuiciamiento de 1881, tampoco dio cabida a la costia de rato et grato, contrariando una sana práctica en la materia.

Según Alsina<sup>3</sup>, nuestro antiguo Código de Procedimientos, siguiendo la postura de la ley de enjuiciamiento española, no recibió la figura del gestor procesal. Así los arts. 13 y 14 de dicho Código, expresamente exigían en todos los casos la debida justificación del poder invocado. Terminaba afirmando este autor, la innegable utilidad del instituto.

Aun antes de la sanción del Código Procesal de 1967 (ley 17.454), varios Códigos de provincia, admitían expresamente, pero para casos taxativamente enumerados, la posibilidad de la representación sin poder. Así, los de Córdoba (art. 29), Entre Ríos (arts. 28 y 29), San Luis (art. 54), Santa Fe (art. 43), Santiago del Estero (arts. 30 y 31) y Mendoza (art. 29).

No obstante estos antecedentes, es innegable que la fuente inmediata de la actual redacción del art. 48 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, es el art. 200 de la ley 5177,

<sup>2</sup> De Vicente y Caravantes, José. *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de enjuiciamiento*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856, t. I, p. 252 y 378, citado por Yáñez Álvarez, *El gestor procesal*, JA, doctrina 1979-785 y Eisner, *Ídido*, Sobre el requisito de "argencia" que habilita la actuación del gestor procesal, LL, 1978-C-474.

<sup>3</sup> Alsina, Hugo. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial. Parte general*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1896, t. I, p. 471, citado por Eisner, *Sobre el requisito de "argencia"*, LL, 1978-C-474.

de la provincia de Buenos Aires, para el ejercicio de la abogacía, que establecía: "En los casos urgentes podrá admitirse la comparecencia del abogado o procurador sin los documentos que acrediten la personalidad, pero que si no fuesen presentados dentro del plazo perentorio de diez días, quedará anulado todo lo actuado por el gestor y éste pagará las costas causadas". Posteriormente, y con una ampliación del plazo (a sesenta días), fue convertido en norma nacional en el art. 48 del Cód. Procesal, ley 17.454.

Finalmente, receptando algunas críticas dispensadas a esta norma legal, especialmente respecto del desmesurado plazo, pues al decir de Solari Brumana, al ser de días hábiles, "se crea un plazo angustioso que hace que el llenar el vacío no sea perentorio y caiga en el olvido"<sup>4</sup>, la ley 22.434 reformó en lo pertinente la norma que trata del gestor procesal.

El art. 48 de la ley local, acorta a cuarenta días el plazo de presentación de los instrumentos que acrediten la personalidad, o para la ratificación de lo actuado por el gestor.

La norma del Código Procesal de la Nación tiene un criterio más estricto que su semejante de la provincia de Buenos Aires, pues condiciona la urgencia a hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte que debe cumplirlos.

Hecha esta prieta síntesis de la evolución de la institución del gestor procesal, analizaremos muy brevemente cuáles han sido las opiniones de los jueces y juristas sobre el tema.

Se da una clara interrelación, entre períodos de vigencia de las distintas normas que tocaban el tema y las opiniones jurisprudenciales y doctrinales.

Así, vigente el art. 200 de la ley 5177, y aun antes, las opiniones doctrinarias fueron abundantes, no así los fallos judiciales.

Rescatamos como muy eruditas las opiniones de Spota sobre la materia<sup>5</sup>, y las precursoras intervenciones de Salas<sup>6</sup>, cristalizadas más tarde en la legislación.

<sup>4</sup> Solari Brumana, Juan A., Propuesta de solución a un problema que surge del artículo 48 del Código Procesal y los honorarios del abogado, *JA*, 1975-388.

<sup>5</sup> Spota, Alberto G., Representación sin poder y caducidad de este último, *JA*, 1953-IV-389 y Actos procesales de representación sin poder de representación, *JA*, 1956-I-356.

<sup>6</sup> Salas, Arceel E., La ratificación de los actos celebrados sin poder, *JA*, 1942-IV-49, nota 2, secc. doctrina.

Ya en vigencia el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454) obligatoriamente debemos resaltar el muy completo trabajo de Yáñez Álvarez<sup>7</sup>, que a poco de entrar en vigencia la ley citada ut supra dio una invaluable guía de interpretación, e incluso de posible modificación de la norma.

Dentro de este mismo período debemos citar los trabajos de Bejarano, Solari Brumana y Eisner<sup>8</sup>.

Por oposición al período anterior, la jurisprudencia sobre el tema es muy abundante. Además de fallos de los más altos tribunales de provincia, fue incluso cuestión tratada en una decisión de la Cámara Nacional Federal en pleno, en 1977<sup>9</sup>.

Por último, llama la atención que, con cinco años de vigencia de la reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el gestor procesal no haya sido tema de ningún trabajo doctrinario. Rescatamos no obstante el de Parrilli<sup>10</sup>, sobre el punto.

Por el contrario los jueces han discutido y fallado sobre el tema, incluso en oposición a lo decidido anteriormente, según lo veremos en los apartados siguientes.

## 2. REPRESENTACIÓN PROCESAL Y GESTIÓN PROCESAL

Siguiendo a Alsina, podemos decir que "en todo proceso intervienen dos partes; una que pretende en nombre propio o en cuyo nombre se pretende la actuación de una norma legal, por lo cual se llama actora, y otra, frente a la cual esa actuación es dirigida, por lo que se llama demandada"<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Yáñez Álvarez, El gestor procesal, JA, doctrina 1976-785.

<sup>8</sup> Bejarano, Juan A., Representación sin poder, Instrumento. En caso de urgencia en jurisdicción nacional, en "Revista Jurídica de San Isidro", n° II, p. 71. Solari Brumana, Propuesta de solución a un problema, JA, 1975-396, en este trabajo encara el tema del gestor junto con los honorarios del abogado que reviste tal calidad. Proponiendo una solución a la laguna legal advertida. Eisner, Sobre el requisito de "urgencia", LL, 1976-C-474, en este trabajo, el autor encara puntualmente el tema de la "urgencia" que habilita al gestor procesal, agotando el tema con una profundidad admirable.

<sup>9</sup> CNFed, en pleno, 31/5/77, LL, 1977-C-19.

<sup>10</sup> Parrilli, Antonio, El gestor judicial, LL, 1966-A-956.

<sup>11</sup> Alsina, Tratado, t. I, p. 471.

Podemos completar esta primera apreciación, diciendo que todo litigante, al menos en principio, tiene derecho a comparecer personalmente ante los estrados judiciales, actuando por sí y en su propio nombre.

Ahora bien, quien se presenta en juicio por un derecho que no es el propio, debe agregar al proceso los instrumentos que acrediten su representación (art. 46).

Dentro de la amplia gama de expresiones legales que engloba el término representación, el mandato, es sin duda la más importante. Esta representación convencional o voluntaria se opone a la representación legal o necesaria de los tutores, curadores o representantes de personas de existencia ideal.

Dentro de la figura del mandato se encuentra lo que el Código Civil llama "las procuraciones judiciales", a las que sus normas le son aplicables, supletoriamente (art. 1870, inc. 6º, Cód. Civil).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula minuciosamente la "representación procesal", en los arts. 46 a 55 inclusive (capítulo II, título II, libro I).

En los arts. 46 y 47, tras aplicar una consecuencia del principio de concentración (justificación y acompañamiento de toda la documentación en la pieza inicial), se prescribe a los representantes, legales y convencionales, que acompañen con el primer escrito, los documentos que acrediten el carácter que inviste ("justificación de la personería").

Hasta aquí el principio general. Pero reconoce una excepción, como todo principio general que se precie de tal. Así, el Código Procesal en el art. 49 reconoce la figura del gestor procesal, que actúa como representante de la parte (actora o demandada), pero careciendo de la representación correspondiente.

Siguiendo a Fenoçhietto y Arazi<sup>12</sup>, podemos circunscribir la representación de terceros en el proceso civil al personero (mandatario judicial que lo acredita mediante poder general o especial) y al gestor; no siendo posible actuar en juicio en nombre ajeno, invocando un mandato tácito.

El fundamento de esta figura es el asegurar la defensa en juicio, ofreciendo un resguardo o franquicia que la ley

<sup>12</sup> Fenoçhietto, Carlos E. - Arazi, Roland. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*. Bs. As., Astrea, 1995, t. 1, p. 260.

otorga a quien, por encontrarse supeditado a las condiciones taxativamente impuestas por la ley, no puede actuar personalmente. Se evita que por motivos ajenos a su voluntad, quede en estado de indefensión.

### 3. CONCEPTO Y ALCANCES DE LA GESTIÓN PROCESAL

De acuerdo con la opinión de Palacio, denominase gestor, desde el punto de vista procesal a quien: "limitándose a invocar la representación de un tercero, o careciendo de poder suficiente, comparece en nombre de aquél para realizar uno o más actos procesales que no admiten demora, aunque con la condición de acreditar personería o de obtener la ratificación de su actuación dentro de un plazo determinado"<sup>12</sup>.

Hay diferentes posturas doctrinarias en cuanto al alcance del art. 48 del Cód. Procesal. Así, Yáñez Álvarez<sup>13</sup>, estima que comprende las siguientes hipótesis:

- a) El que invoca la franquicia tiene poder, pero éste es insuficiente o defectuoso.
- b) El poder es suficiente pero no ha podido ser presentado.
- c) La falta de poder.

En cuanto a los supuestos a y c, no nos presentan dudas. No así el caso en que habiendo poder, éste, por razones de falta de tiempo o por no haber entregado el escribano el testimonio, no es presentado al proceso. El autor citado está de acuerdo en considerar a este mandatario como un gestor procesal y cita en su apoyo un fallo que resolvió que si se acompañó el poder posteriormente, pero dentro del plazo del art. 48, debe darse curso a la apelación interpuesta<sup>14</sup>.

Conforme con esta interpretación, es la opinión de Palacio<sup>15</sup>, quien admitiendo la diversidad de situaciones, previstas por los arts. 46 y 48, considera que debe reconocerse como gestor y, por lo tanto, beneficiario del mayor plazo del art. 48, a quien tiene representación conferida pero acredita la imposibilidad de presentar el poder, o alega hechos o

<sup>12</sup> Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, t. 1, p. 277.

<sup>13</sup> Yáñez Álvarez, *El gestor procesal*, JA, doctrina 1970/786.

<sup>14</sup> CNTrab, Sala I, 24/8/68, LL, 133-1602.

circunstancias que obstan a la actuación de la parte que debe cumplir el acto procesal urgente.

Como vemos, Palacio es más riguroso que el anterior autor, pues incluye la obligación para el gestor de acreditar la imposibilidad de presentar el poder o de la actuación de la parte.

En la postura que podemos llamar restrictiva, encontramos a Fenechietto y Arazí<sup>17</sup>, que junto con un fallo de la Cámara Federal en pleno<sup>18</sup>, distinguen la situación del gestor, de la del representante que no acompaña el instrumento que acredita su representación. En tal supuesto, esta postura, admite el planteamiento de excepciones. Es claro que admiten también, la subsanación de la omisión, pero dentro del plazo del art. 46.

Ambas posturas son sólidas en argumentos y expositores, lo que nos priva de optar por una de ellas, fundándonos en el cómodo expediente de la mayor autoridad de sus sostenedores.

No obstante, creemos que la razón está del lado de la postura restrictiva. No pretendemos agregar superiores argumentos a los ya expresados por sus expositores, pero creemos que en caso de admitir la postura amplia ayudaríamos a desnaturalizar la figura del gestor procesal. Así, un fallo de la Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial, da una esclarecedora opinión sobre el tema: "La calidad de gestor que autoriza el art. 48 del Cód. Procesal, no puede servir de comodín a abogados y procuradores para cubrir fáciles 'urgencias' cuyos remedios están dentro de las previsiones normales de la ley (dar poderes o molestarse en firmar los escritos, quien actúe personalmente)"<sup>19</sup>.

También deseamos, adoptando la postura restrictiva, atacar la inveterada abulia abogadil, tan difícil de desterrar<sup>20</sup>.

El gestor actúa en el proceso en procura de un interés ajeno que debe obligatoriamente alegar en el caso concreto.

Evidentemente, deberá también indicar la parte en cuyo

<sup>17</sup> Palacio, *Manual*, t. 1, p. 279.

<sup>18</sup> Fenechietto - Arazí, *Código Procesal*, t. 1, p. 203.

<sup>19</sup> CNFed, en pleno, 31/5/77, LL, 1977-C-13.

<sup>20</sup> CNExpCivCom, Sala IV, 19/4/83, JA, 1984-111-110.

<sup>21</sup> Solari Brumana, *Propuesta de solución a un problema*, JA, 1979-

nombre actúa, debiendo expresar razones que justifiquen la seriedad del pedido y moverse dentro de los límites que le impone el Código, como que sea una situación de urgencia, que acredite su personería u obtenga la convalidación de lo actuado por la propia parte.

Como aspectos negativos, podemos destacar por un lado, que la franquicia otorgada por este artículo, sólo puede ejercerse una vez en el curso del proceso; y por el otro la estricta nulidad que provoca la no ratificación o la ratificación extemporánea.

Aun a riesgo de que parezca un juego de palabras, opuestas entre sí, creemos que la franquicia otorgada por el art. 48 del Cód. Procesal, tiene un alcance amplio, pero que debe ser interpretado en forma restrictiva.

Es amplia, pues no tiene limitaciones a trámite judicial alguno. Es decir, puede el gestor hasta promover juicio, interponiendo la demanda pertinente. Esta interpretación se desprende de la Exposición de motivos, pues trata al gestor procesal con la mayor amplitud.

Pero como este art. 48 importa la excepción a la norma general de justificar debidamente la representación, deben interpretarse estrictamente los requisitos puestos por la ley para otorgar la franquicia.

La principal restricción puesta por el Código es, como ya vimos, que se trate de actos procesales urgentes y que medien hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte que ha de cumplirlos. El tema de la urgencia lo trataremos posteriormente.

A modo de adelanto, debemos decir que las razones de urgencia deben ser invocadas y deben resultar de la presentación misma, o de las circunstancias del juicio sin que sea necesario producir prueba al respecto. Así, un fallo de la Cámara Nacional de Comercio dijo que es necesario expresar concretamente razones atendibles, con respecto a las dificultades que se tengan para presentar el poder o para actuar por derecho propio. También hace mención este fallo a la restrictiva aplicación del art. 48 del Cód. Procesal<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> CNCCom, Sala E, 15/981, ED. 97-383.

#### 4. CONCEPTO Y ALEGACIÓN DE LA "URGENCIA"

Trataremos en este punto lo relacionado al requisito fundamental para el otorgamiento de la franquicia contenido en el art. 48 del Cód. Procesal.

En una primera aproximación, nos ubicaremos dentro de las apreciaciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el sentido objetivo de este "standard jurídico"<sup>22</sup>.

Finalmente, y conforme con la reforma de la ley 22.434, analizaremos el deber que impone el art. 48 al gestor procesal de indicar las razones que justifican la seriedad de su pedido.

Tanto los fallos anteriores<sup>23</sup> a la promulgación de la ley 22.434, como los posteriores<sup>24</sup>, enfatizan el carácter excepcional de la facultad otorgada por el art. 48 del Cód. Procesal.

No tan pacífica ha sido la determinación de qué debe entenderse por "casos urgentes", que autoricen esta figura excepcional.

Así, algunos decisorios (anteriores a la reforma) adoptaban el denominado criterio objetivo, o sea el que hace resultar la urgencia de la naturaleza perentoria o impostergable del acto procesal que se trata de cumplir, o de la particular situación procesal en que se encuentra la parte; según resulta de autos, no exige esta postura la invocación o demostración de impedimentos subjetivos insalvables.

Por otro lado, para el criterio subjetivo, además de la impostergable actuación procesal, es necesario justificar la "urgencia" en circunstancias suficientemente graves que imposibilitan la comparecencia personal de la parte, o la firma del poder respectivo, alegando algunos pronunciamientos a considerar como "fuerza mayor".

Los siguientes casos son claros exponentes del criterio objetivo. "No es en principio, caso urgente para que se admita la ...[gestión procesal]..., el que da lugar a la iniciación

<sup>22</sup> Eisner, *Sobre el requisito de "urgencia"*, LL, 1978-C-479.

<sup>23</sup> CNCiv, Sala A, 399/68, RADP, 1969, n° 3, p. 129; id., id., 235/74, ED, 58-418; id., Sala B, 19/1/71, LL, 146-619; id., id., 64/72, LL, 148-613; id., Sala C, 17/3/73, LL, 1973-A-318; CNCCom, Sala A, 134/75, ED, 61-425; id., Sala B, 7/2/69, RADP, 1969, n° 3, p. 318; CNPec, Sala VI, 3/2/71, LL, 143-394.

<sup>24</sup> CNCCom, Sala E, 15/6/81, ED, 97-283; CNEspCivCom, Sala III, 17/3/83, JA, 1984-III-118; id., Sala IV, 12/2/85, JA, 1985-IV-107.

de un juicio sucesorio ab intestato, y menos puede serlo si no se ha dado razón ni peticionado ninguna medida que podría asimilarse a las precautorias o cautelares"<sup>24</sup>.

En igual sentido no se consideró "caso urgente" la iniciación de juicio sucesorio, si no se alegan circunstancias especialísimas referidas a la naturaleza o al estado de los bienes que conforman el acervo"<sup>25</sup>.

La Cámara Nacional Civil ha decidido que, para admitir la comparecencia del gestor, "no basta invocar razones de urgencia; ellas, en caso de existir, deben resultar de las constancias del expediente"<sup>26</sup>.

En dos fallos<sup>27</sup>, anteriores a la reforma, expresamente se califica de objetiva a la urgencia que faculta la actuación del gestor.

En una decisión de la Sala C de la Cámara Nacional en lo Civil, además de requerir la objetividad de la urgencia, exime requerir o admitir ninguna prueba para acceder o negar la franquicia"<sup>28</sup>.

Finalizando la reseña de los fallos (anteriores a la ley 22.434), que sustentan el criterio objetivo, es preciso mencionar que un decisorio consideró suficiente la sola invocación de la franquicia legal, con la promesa de acompañar el poder, si la urgencia surgía por sí sola de expediente"<sup>29</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia sostenedora del criterio subjetivo, referido a razones personales insuperables, no fue menos abundante.

Así, la Cámara Civil, fijó el criterio de admisibilidad de la actuación del gestor en las primeras presentaciones procesales (promover o contestar demanda), cuando "se configuren verdaderas dificultades o imposibilidades de obrar, semejantes a las previstas en el art. 3980 del Cód. Civil (p.ej., una grave enfermedad, un viaje súbito, un encarcelamiento, un secuestro, etcétera)"<sup>30</sup>.

En este fallo se exigen las dificultades que suspenden el

<sup>24</sup> C<sup>2</sup>Apel Mercedes, 16/4/64, LL, 113-516.

<sup>25</sup> C<sup>1</sup>Apel, San Nicolás, DJBA, 40-182.

<sup>26</sup> CNCiv, Sala A, 31/8/68, RADP, 1968, n° 3, p. 120.

<sup>27</sup> C<sup>2</sup>Apel La Plata, Sala III, DJBA, 63-82; CNTrib, Sala IV, 3/4/72, JA, 15-1972-319.

<sup>28</sup> CNCiv, Sala C, 3/4/72, LL, 1976-B-429, 33-469-5.

<sup>29</sup> CNCiv, Sala B, 8/4/72, LL, 148-613, 30-107-5.

<sup>30</sup> CNCiv, Sala B, 21/7/72, LL, 150-176.

curso de la prescripción y también las que conforman el caso fortuito del art. 514 del Cód. Civil.

Otra decisión, denegó la franquicia del art. 48 del Cód. Procesal, pues el invocante sólo alegaba que la parte se encontraba en el extranjero temporalmente, siendo esta circunstancia insuficiente para otorgarla<sup>22</sup>.

Finalmente, en esta reseña de fallos anteriores a la reforma, debemos mencionar uno de la Cámara de Paz<sup>23</sup>, que fue precursor sobre la cuestión tratada, tomando una postura subjetivo-objetiva al establecer que no es suficiente invocar razones de urgencia, sino que las mismas deben resultar del expediente.

Hecho este breve análisis de la jurisprudencia anterior a la reforma de la ley 22.434, pasaremos a analizar lo introducido por esta ley, y los cambios producidos (o no) en la jurisprudencia.

La reforma impone la carga, a quien se presenta invocando el art. 48 del Cód. Procesal, de indicar las razones que justifiquen la seriedad del pedido. Este extremo, como bien señalan Fenochoetto y Arazi<sup>24</sup>, anteriormente a la reforma, sólo era exigido por algunos tribunales y en casos en que la urgencia no era obvia por el acto procesal que se intentaba.

Así, Palacio, al explicar el criterio subjetivo, en el que la mera perentoriedad de un plazo no configura "urgencia", afirma que la ley 22.434, "se ha inclinado hacia este último criterio, pues condiciona la admisibilidad de la comparecencia de quien carece de representación conferida a la existencia de 'hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte'"<sup>25</sup>.

No obstante la posición de la ley 22.434 sobre el punto, la jurisprudencia posterior a dicha reforma no resulta coincidente, repitiendo las divergencias judiciales anteriores.

Así, hay fallos que claramente adoptan la postura seguida por la ley, por ejemplo, un fallo de la Cámara Nacional Civil que dijo: "La ley 22.434, al sustituir el art. 48 del Cód. Procesal, se ha inclinado por el criterio de que es necesario que el compareciente invoque concretamente los motivos en que se funda la ausencia de representación, condicio-

<sup>22</sup> CNCom, Sala A, 30/71, LL, 143-398.

<sup>23</sup> CNPaz, Sala IV, 30/71, LL, 143-394.

<sup>24</sup> Fenochoetto - Arazi, Código Procesal, t. 1, p. 309.

<sup>25</sup> Palacio, Manual, t. 1, p. 380.

nando la admisibilidad de la comparecencia de gestor, a los hechos o circunstancias que impidan la actuación de la parte que ha de cumplir los actos procesales y le impone la carga de 'indicar la parte en cuyo beneficio pretende actuar' y 'de expresar las razones que justifican la seriedad de la presentación'. Pero, como no se introdujo ninguna otra exigencia aparte de las señaladas se considera que el juez, sólo debe ponderar si las razones esgrimidas justifican el pedido, sin que sea menester requerir o admitir prueba alguna para acceder o denegar, en su caso la franquicia de referencia"<sup>28</sup>.

También, coincidentemente con el fallo citado en la nota 32, ha dicho la Cámara Nacional de Comercio que: "No cabe admitir la actuación del gestor procesal si no invocó los motivos en que se fundó la ausencia de representación, resultando insuficiente la aserción de encontrarse el presunto comitente en otra provincia y la perentoriedad de evacuar una vista para la que disponía de un plazo de cinco días, máxime si el litigante con proceso abierto se marchó del lugar del juicio sin dejar representación constituida"<sup>29</sup>.

Otra Sala del mismo tribunal ha decidido que: "Para comparecer en juicio sin acreditar la personería (art. 48, Cód. Procesal), es necesario expresar concretamente razones atendibles con respecto a las dificultades que se tengan para presentar el poder o para actuar por derecho propio"<sup>30</sup>.

Por oposición a estos últimos fallos, se ha mantenido como un caso de urgencia objetiva, la mera circunstancia de estar corriendo el plazo para contestar demanda<sup>31</sup>, excluyendo la necesidad de prueba en este caso.

Conforme con este criterio objetivo, tenemos un fallo de la Cámara Nacional de Comercio que dijo: "No cabe desvirtuar la eficacia práctica del dispositivo previsto en el art. 48 del Cód. Procesal, tendiente a asegurar la defensa en juicio, mediante la exigencia del cumplimiento de requisitos puramente formales, y de difícil, cuando no imposible, satisfacción. Cabe, por consiguiente, tener por suficiente la invocación del art. 48, careciendo de trascendencia que no se haya alegado expresamente hallarse en una situación de urgencia si ella resulta obviamente de la naturaleza del empla-

<sup>28</sup> CNCiv, Sala C, 26/6/85, JA, 1985-III-108.

<sup>29</sup> CNCCom, Sala D, 25/2/82, ED, 100-442.

<sup>30</sup> CNCCom, Sala E, 15/9/81, ED, 97-283.

<sup>31</sup> CNCCom, Sala B, 5/7/82, ED, 101-433.

zamiento ordenado y del hecho de que, cuando el gestor se presentó, estaba corriendo el plazo para expresar agravios"<sup>40</sup>.

Otro fallo de la Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial decidió que: "La urgencia a que supedita el art. 48, la comparecencia en juicio sin los instrumentos que acrediten la personalidad, surgen del expediente, de las circunstancias que rodean al acto procesal que se pretende cumplir, de la necesidad de contestar la demanda, dadas las consecuencias que trae aparejada su incontestación y la brevedad y perentoriedad del plazo para hacerla, frente al tiempo que insumen las diligencias que deben cumplirse para el otorgamiento del mandato por lo cual carece de sentido que aquéllos se expliciten por el peticionante"<sup>41</sup>.

Finalmente, la Cámara Nacional Comercial, nos ha brindado el que creemos más contundente fallo (posterior a la reforma), que sostiene el criterio objetivo, al decir: "La expresa invocación de la franquicia legal, con la promesa de acompañar el respectivo poder, hace verosímil la urgencia de la presentación, máxime si también recibe apoyo de las constancias del expediente. La contestación de la demanda, es uno de los casos urgentes a que se refiere el art. 48 del Cód. Procesal, que hacen admisible la intervención del gestor"<sup>42</sup>.

A modo de conclusión de esta reseña de fallos, transcribiremos dos dictámenes de la Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial, que consideramos receptan la correcta interpretación de la "urgencia" para otorgar la franquicia del art. 48 del Cód. Procesal. La Sala III decidió: "La facultad conferida por el art. 48 del Cód. Procesal, es de carácter excepcional y restrictivo, no siendo la perentoriedad de los plazos motivo suficiente para aceptar, sin más, la intervención del gestor en las condiciones de dicha norma legal. La urgencia del caso resulta de los hechos o circunstancias imprevistas o que hayan impedido la actuación directa de la parte, y no puede estar configurada en la sola circunstancia de sobrevenir términos perentorios vinculados con las cargas propias del trámite judicial, ya que lo contrario llevaría a que lo excepcional pase a ser lo normal"<sup>43</sup>. Y la Sala IV expresó: "La interpretación del art. 48 de la ley ritual es restrictiva, y

<sup>40</sup> CNCCom. Sala B, 26/9/86, LL, 1986-A-817.

<sup>41</sup> CNExpCivCom. Sala II, 31/6/85, JA, n° 3458, 9/9/86.

<sup>42</sup> CNCCom. Sala B, 23/2/83, ED, 115-676.

<sup>43</sup> CNExpCivCom. Sala III, 17/3/83, JA, 1986-III-118.

ante la perentoriedad del plazo para apelar, no corresponde la invocación del artículo mencionado, ya que la situación no puede calificarse de imprevista o sorprendente, toda vez que el interesado al ausentarse al interior del país (o donde fuere) ha podido otorgar el poder pertinente y, para el supuesto de olvido o desconocimiento de este menester, ser advertido por su letrado patrocinante<sup>14</sup>.

Estos fallos, sin pretender sentar una interpretación aplicable a todos los supuestos, siguiendo la que denomináramos postura subjetivo-objetiva, teniendo como base elemental los requisitos objetivos, los perfecciona y completa con las menciones que la parte interesada haga en cada proceso.

Con esta última opinión, no pretendemos refutar a la franca mayoría de autores que sostienen el criterio objetivo de la urgencia. Es indudable que para resolver casos hipotéticos y abstractos, sólo podemos adoptar una postura objetiva. Ello sin desmedro del reconocimiento de las circunstancias particulares en cada caso concreto.

Por esta última apreciación disintimos con Eisner<sup>15</sup>, quien niega *prima facie* a las circunstancias y hechos imposibles de vencer para el sujeto en particular, entidad suficiente para configurar la urgencia necesaria para otorgar la facultad del art. 48 del Cód. Procesal.

El segundo interrogante, motivo de este capítulo, puede resumirse en la siguiente expresión: ¿Deben probarse las "razones que justifiquen la seriedad del pedido" o es suficiente expresarlas?

Esta desinteligencia, como bien señala Falcón<sup>16</sup>, parte de una aparente contradicción entre la Exposición de motivos de la ley 22.434 y la norma convertida en el art. 48. Así en la Exposición de motivos se habla de "recaudos que demuestren la seriedad del pedido" y el texto de la ley sólo incluye el deber del gestor de expresar las razones que justifiquen su pedido.

Esta aparente contradicción, ha sido rápida y eficazmente superada por la doctrina y jurisprudencia. Así la Cámara Nacional de Comercio, decidió que es suficiente la sola invo-

<sup>14</sup> CNEspCivCom, Sala IV, 13/2/85, JA, 1985-IV-107.

<sup>15</sup> Eisner, Sobre el requisito de "urgencia", LL, 1974-C-477.

<sup>16</sup> Falcón, Enrique M., Código Procesal y Comercial de la Nación concordado, comentado y anotado, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1985, t. I, p. 237.

cación del art. 48 y que carece de trascendencia el no haber alegado hallarse en una situación de urgencia si ésta resulta obvia en el expediente<sup>41</sup>.

Conforme con esta decisión es la opinión de Palacio<sup>42</sup>, quien afirma que es suficiente una simple acreditación que justifique *prima facie*, la verosimilitud de las razones invocadas, considerando innecesaria la producción de prueba concluyente.

En una posición más estricta, considera Falcón, como necesarias para el otorgamiento de la facultad del art. 48 del Cód. Procesal:

- a) La mención de los hechos por los cuales no puede presentarse la parte.
- b) Presentar argumentos que acrediten estos hechos.
- c) Eventualmente, acompañar prueba de estos hechos (si se la tuviera).

Para concluir, siguiendo a Yáñez Álvarez, expresaremos un principio que debe regir en esta materia que es: "Que toda duda que pudiera plantearse, debe ser resuelta en el sentido más favorable para el ejercicio adecuado de la defensa en juicio de la persona y sus derechos"<sup>43</sup>.

### 5. CONVALIDACIÓN DE LO ACTUADO POR EL GESTOR

La personalidad del gestor procesal recién se perfecciona con la ratificación o convalidación de lo actuado por su representado. Interin, el gestor reviste el carácter de un presunto mandatario, acorde con los arts. 1870, inc. 5º, 1973 y 1877 del Cód. Civil.

Decimos que se perfecciona la actuación del gestor, por lo dispuesto por el art. 1936 del Cód. Civil que expresa "la ratificación equivale al mandato y tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato"; que es de aplicación a "las procuraciones judiciales", mientras no se opongan al Código Procesal (art. 1870, inc. 6º, Cód. Civil).

<sup>41</sup> CNCom. Sala B, 269394, LL, 1986-A-617.

<sup>42</sup> Palacio, *Manual*, t. 1, p. 279.

<sup>43</sup> Yáñez Álvarez, *El gestor procesal*, JA, doctrina 1876-1877.

De conformidad y completando la norma precedente, el art. 2304 del Cód. Civil también trata de la ratificación de lo actuado por el gestor (de negocios) y sus efectos retroactivos. Hay, esencialmente, dos formas de ratificación por la parte representada:

a) La presentación de los instrumentos habilitantes de la personería.

b) La simple ratificación de la gestión mediante un escrito presentado en el proceso respectivo.

Posteriormente a la ratificación, el gestor debe ser reputado apoderado de la parte, para todos los fines del proceso, incluso para la regulación de honorarios.

También puede darse, como sugieren algunos autores<sup>20</sup> la posibilidad de la ratificación tácita, mediante cualquier hecho (excepto los mencionados *ut supra*), pero que necesariamente importen la aprobación de lo actuado.

En el sentido opuesto a la opinión de estos autores, ha dicho la Cámara Nacional Civil que "la ratificación del mandante respecto de las actuaciones del gestor debe ser formulada en forma expresa y no tácita, dado el sentido de la parte 2ª, imperativa por cierto, del art. 48 del Cód. Procesal"<sup>21</sup>.

Tampoco admite este decisorio, la ratificación que resulta del silencio del mandante, que si admite el art. 1935 del Cód. Civil, alegando que "la ratificación no puede ser equívoca, sino expresada en forma categórica".

El elemento esencial de la ratificación es la tempestividad. Al ser la franquicia del artículo del Código Procesal de carácter excepcional, se justifica, y así lo han entendido muchos fallos, la perentoriedad del plazo establecido para la confirmación.

Al ser perentorio el plazo, al vencerse caduca automáticamente el derecho a convalidar las actuaciones cumplidas por el gestor, aun en contra del Código Civil (art. 1936), pues, las normas procesales, tienen preponderancia sobre el mismo<sup>22</sup>. Concordantemente se resolvió que la sanción de nulidad (por haberse vencido el plazo) no pugna contra las normas sobre mandato del Código Civil<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Fenochietto - Arzú, Código Procesal, t. 1, p. 204.

<sup>21</sup> CNCiv, Sala C, 6/9/84, LL. 1985-A-281.

<sup>22</sup> SCBA, AS, 1983-VIII-382.

<sup>23</sup> SCBA, AS, 1983-VI-276.

Efectuada dentro del plazo otorgado por el art. 48 (cuarenta días), la ratificación es válida y produce sus efectos, aun cuando hubiera tenido lugar después de opuesta la excepción de falta de personería, aunque el que ratificó debe soportar las costas del incidente<sup>24</sup>.

Igualmente, siguiendo a Yáñez Álvarez, creemos que no corresponde, estando pendiente el plazo del art. 48 del Cód. Procesal, que la contraparte oponga la excepción de falta de personería contra quien invocó la calidad del gestor procesal<sup>25</sup>.

Es entonces decisión común de los jueces que si el gestor no acredita su personería en término, la ratificación posterior al plazo, no es idónea para validar los actos precluidos<sup>26</sup>.

No obstante, por interpretación contraria, un fallo de la Cámara Nacional de Comercio, deja abierta la posibilidad de una extensión del plazo si median circunstancias excepcionales y éstas son alegadas por el gestor. Así expresa la Cámara, "Si el gestor entendió median circunstancias excepcionales que tornaban imposible cumplir en término con la exigencia legal, subsistiendo no obstante ello la representación procesal, debió manifestarlo en el expediente con anterioridad al vencimiento del plazo y no, como lo hizo, al contestar un traslado que, si bien no prevé la ley procedimental, le fuera corrido del pedido de nulidad incoado por su contraria; acreditando en el evento la representación impugnada con la copia de un mandato otorgado cuatro meses atrás"<sup>27</sup>.

Para concluir, mencionaremos sólo dos fallos, respecto de la iniciación y cómputo de los cuarenta días que da la ley para convalidar lo actuado por el gestor.

Así, la Cámara Nacional Civil dijo: "Para el cómputo del plazo previsto por el art. 48 del Cód. Procesal, sólo se toman en cuenta los días hábiles, por tratarse de un plazo procesal, y comienza a correr desde la fecha en que se invoca la franquicia, o sea, desde que el gestor se arrogó la representación de alguna de las partes, con prescindencia de su eficacia y de toda declaración sobre el particular"<sup>28</sup>.

Y expresó la Sala F del mismo tribunal: "Si interpuesto

<sup>24</sup> CNCiv, Sala A, 31/6/83, ED, 6-94.

<sup>25</sup> Yáñez Álvarez, *El gestor procesal*, JA, doctrina 1979-187.

<sup>26</sup> CNCiv, Sala C, 14/8/79, ED, 16-384.

<sup>27</sup> CNCCom, Sala C, 29/11/81, ED, 98-395.

<sup>28</sup> CNCiv, Sala A, 16/9/80, ED, 91-523.

el recurso en los términos y alcances del art. 48 del Cód. Procesal, el gestor no acompañó los instrumentos que acrediten la personalidad, ni la parte ratificó su gestión dentro de los cuarenta días hábiles desde la primera presentación como lo exige la norma citada, se deberá declarar la nulidad de todo lo actuado por el gestor<sup>59</sup>.

Sólo basta agregar la absoluta conformidad de la doctrina en computar el plazo desde la primera presentación del gestor y considerarlo un plazo procesal (de días hábiles).

#### 6. NULIDAD DE LO ACTUADO POR EL GESTOR. OPINIÓN DE PALACIO

El problema de la nulidad de los actos del gestor procesal, está íntimamente vinculado con el tema tratado en el apartado 5, al ser ésta una consecuencia directa de la no presentación de los documentos que acrediten la personería, o la falta de ratificación por la parte, dentro del plazo otorgado por el art. 48 del Cód. Procesal.

Estando a los términos estrictos de la ley, como ya vimos, la ratificación tardía es inoperante, por aplicación del principio de preclusión.

La sanción de nulidad, a pesar de su amplitud (alcanza a los actos cumplidos dependientes de la actuación ineficaz), no debe ser tal que sobrepase el límite de la necesidad de garantizar la defensa en juicio.

En principio, como reglas básicas, diremos que la nulidad es de carácter relativo<sup>60</sup>, la debe declarar el juez de la causa<sup>61</sup> y opera automáticamente por el mero transcurso del plazo<sup>62</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido diversas posiciones sobre los efectos de la nulidad. Prueba de ello es que, el único fallo plenario que trató el tema del gestor pro-

<sup>59</sup> CNCiv, Sala F, 17/384, LL, 1984-B-331; id., id., 36/3673, RepED, 7-743, sum. 22; id., Sala A, 15/1174, LL, 1975-A-362; id., Sala B, 26/483, JA, 1984-II-116; id., id., 11/1272, ED, 47-482; id., id., 25/772, ED, 48-346; C2º Apel La Plata, Sala I, 19/950, LL, 69-301; id., Sala II, DJBA, 52-348.

<sup>60</sup> Puesto todas las nulidades procesales lo son. Esta nulidad plantea una cosa juzgada formal respecto de la misma.

<sup>61</sup> SCBA, AS, 1963-II-735. CCivCom San Martín, Sala II, 25/1086, JL, 1-1083.

<sup>62</sup> SCBA, AS, 1957-III-428; id., AS, 1957-IV-814; id., AS, 1963-I-376; CCivCom Lomas de Zamora, Sala III, 54/80, JL, 1-1001.

cesal está mayormente dirigido al problema de la nulidad de los actos por la no ratificación.

Este importante fallo fijó dos pautas esenciales:

a) La justificación de la personería con posterioridad al vencimiento del plazo fijado en el art. 48 del Cód. Procesal no purga, como principio, la nulidad que en él se establece, y habilita al juez para declararla de oficio.

b) La tardía acreditación de la personería sanea la nulidad cuando la agregación del poder o la ratificación, ha sido admitida (expresa o tácitamente), por la parte contraria y no ha mediado hasta entonces decisión judicial que la declare<sup>62</sup>.

Este decisorio sienta un principio general y da una excepción a aquél. No obstante, la jurisprudencia posterior a la ley 22.424, ha mantenido criterios opuestos.

1) Así, como firmes partidarios del principio general dado por el plenario (al que no le admiten excepciones), podemos citar a los siguientes decisorios:

"Si interpuesto el recurso en los términos y alcances del art. 48 del Cód. Procesal, el gestor no acompañó los instrumentos que acrediten su personalidad, ni la parte ratificó su gestión dentro de los cuarenta días hábiles desde la primera presentación como lo exige la norma citada, se deberá declarar la nulidad de todo lo actuado por el gestor"<sup>63</sup>.

"Si quien comparece en juicio bajo las reglas del art. 48, no acompaña los documentos acreditantes de la personería invocada o no hace ratificar lo actuado por la parte en cuyo interés dijo actuar, sobreviene la nulidad por el solo ministerio de la ley, al vencimiento del plazo. Carece por ende de relevancia el cuestionamiento de la legitimación que tendría la propia parte en cuyo nombre se compareció para aducir tal nulidad"<sup>64</sup>.

2) Mencionando la necesidad de la declaración de oficio:

"La nulidad prevista por el art. 48 del Cód. Procesal, debe aplicarse aun de oficio, no pudiendo salvarse una vez vencido el plazo legal con una tardía, ratificación o con la posterior presentación del poder"<sup>65</sup>.

3) Haciendo énfasis en la nulidad por el mero transcurso del tiempo:

<sup>62</sup> CNFed, en pleno, 31/6/77, LL, 1977-C-19.

<sup>63</sup> CNCiv, Sala F, 17/2/84, LL, 1984-B-321.

<sup>64</sup> CNCem, Sala C, 15/12/83, LL, 1984-A-452.

<sup>65</sup> CNEspCivCem, Sala IV, 4/3/83, JA, 1984/11-110.

"A raíz del carácter perentorio que revisten como regla general, los plazos procesales (art. 155, Cód. Procesal), la nulidad que la ley imputa a la falta de representación procesal o de ratificación de lo actuado dentro del plazo legal, debe tenerse por configurada como consecuencia del mero transcurso de aquél, sin necesidad de expresa declaración judicial. No siendo susceptible de convalidar (art. 170, Cód. Procesal), porque precisamente en el caso del art. 48 es el mismo vencimiento del plazo legal la circunstancia determinante de la ineficacia de los actos cumplidos por el gestor"<sup>87</sup>.

"Transcurrido el plazo perentorio del art. 48 del Cód. Procesal se opera la nulidad de todo lo actuado por el gestor, sin declaración o informe previo alguno. Ello es así en virtud de que el efecto propio de los plazos perentorios, es que su solo vencimiento hace decaer el derecho correspondiente sin posibilidad de que pueda ejercérselo con posterioridad. En otras palabras, el solo cumplimiento del plazo previsto en la ley determina su caducidad e imposibilita el cumplimiento posterior de los actos allí previstos. En consecuencia deviene de oficio la declaración de nulidad. La justificación de la personería con posterioridad al vencimiento del término en cuestión no purga la nulidad ni tampoco la tardía ratificación"<sup>88</sup>.

4) De conformidad con el fallo citado en la nota 66 (en cuanto a la declaración de oficio), pero contrariando a todos los anteriormente citados y permitiendo la ratificación tardía, a la que también aludía el plenario:

"Lo imperativo de la norma contenida en el art. 48 del Cód. Procesal, obliga al juez a su aplicación aun de oficio, al comprobar su incumplimiento; empero aun cuando se admitiera hipotéticamente que la norma consagra una nulidad absoluta, y en consecuencia de orden público, debe reconocerse asimismo, que también podría decirse que reviste este último carácter la preclusión, toda vez que lo que con ella se persigue es que los actos procesales cumplidos queden firmes y no pueda volverse sobre ellos, prolongando la duración de las causas indefinidamente, lo que importa una necesidad jurídica que justifica darles convalidación a aquéllos, no obstante los vicios que pudieran presentar. Por lo tanto, si un proveído tiene expresamente por cumplida la justifi-

<sup>87</sup> CCivCom Justín, 30/10/85, JA, n° 5462, 7/6/88.

<sup>88</sup> CNEspCivCom, Sala IV, 34/12/85, JA, n° 5467, 24/5/88.

cación de la personería, resolución que las partes consintieran, concluye la etapa pertinente; y, en tales condiciones, no es procedente declarar la nulidad de lo actuado, dado que la preclusión tiende a dar certeza y seguridad al desarrollo del proceso, impidiendo que los actos procesales firmes puedan ser invalidados, cualquiera sea el vicio o defecto del que adolezcan<sup>80</sup>.

5) También recordamos en este sentido un viejo fallo de la Cámara 2ª, Sala III de La Plata, que incluso permitía la ratificación de lo actuado, aun vencido el plazo, mientras la nulidad no fuese expresamente declarada.

En cuanto a lo que es criterio, prácticamente unánime, en doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que la nulidad retrotrae el proceso (en cuanto a los actos celebrados por el gestor) al día de presentación del gestor, y tiene a los actos realizados por éste como inexistentes; rescatamos un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mercedes que mantuvo la validez de una demanda iniciada por un gestor judicial, aún habiéndose vencido el plazo para su convalidación, a los efectos interruptivos del curso de la prescripción<sup>81</sup>.

Finalizando este recuento de contradicciones sobre el tema de las nulidades prevista por el art. 48 del Cód. Procesal, no podemos dejar de mencionar la discusión referida al carácter, automático o no, de la nulidad prevista.

La jurisprudencia y doctrina mayoritaria y más aún la posterior a la reforma, está de acuerdo en considerar que la nulidad deviene tal, por el mero transcurso del tiempo, sin necesidad de pedido de parte.

Puntualizan, Falcón, Fenochietto y Arazí, que la reforma es clara respecto del tema de la nulidad, al decir que "se produce por el solo vencimiento del plazo, sin que se requiera intimación previa". Agrega el primer autor, que la reforma eliminó así, las discusiones que había planteado cierta jurisprudencia sobre el anterior art. 48 del Cód. Procesal.

Es sabida la solitaria posición de Palacio<sup>82</sup> quien, aun a pesar de la nueva redacción, asegura que no ha perdido virtualidad la jurisprudencia que permite la tardía ratificación

<sup>80</sup> CNCiv, Sala C, 27/84, JA, 1984-IV, CI-CivCom BBlanca, DJBA, 82-106.

<sup>81</sup> CApelCivCom Mercedes, Sala II, 17/10/80, ED, 92-643.

<sup>82</sup> Palacio, Manual, t. I, p. 279.

y que sana la nulidad, si la misma ha sido expresa o tácitamente admitida por la parte contraria y no ha sido declarada por el juez.

Afirma para concluir que la referencia legal al "solo vencimiento del plazo", no puede contrariar el régimen vigente en materia de nulidades, pues no resulta beneficioso para nadie.

Esta posición de Palacio, se encuentra avalada por el fallo citado en la nota 69 y por la opinión de Yáñez Álvarez<sup>72</sup>, anterior a la reforma, quien también afirmaba que, aun en contra de lo que aparentemente expresaba el anterior Código Procesal, por tratarse de una nulidad procesal (por lo tanto de carácter relativo), siempre será necesaria la declaración judicial, de oficio pero a solicitud de parte. Concuerda con Palacio en admitir la posibilidad de consentimiento de la contraparte, de la ratificación tardía.

La sanción que trae aparejada la nulidad, tiene como consecuencia inmediata el pago de las costas causídicas por el gestor, ya que su actuación negativa, es la que motiva la invalidación del proceso. Según un fallo de la Cámara Nacional Civil, sólo satisfará las costas que guarden relación de causalidad entre su obrar y la nulidad pronunciada. Si cargara con todas las costas del proceso, se lo estaría convirtiendo en la parte vencida en el juicio.

El texto legal, amplía las consecuencias negativas, ya que la responsabilidad del gestor se extiende a los daños ocasionados.

Los perjuicios que haya provocado el gestor que no fue ratificado, es materia que debe su ventilada en un proceso distinto y no en el que intervino el gestor procesal.

<sup>72</sup> Yáñez Álvarez, *El gestor procesal*, JA, doctrina 1976-768.

## LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y SU INFLUENCIA EN LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES DEL ESTADO

CARLOS M. GARREDO

### 1. TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE LOS PODERES

El principio de la distinción de los poderes del Estado se encuentra ya esbozado en La Política de Aristóteles: "Hay en todo Estado tres partes: la asamblea general deliberante sobre los asuntos públicos, el cuerpo de magistrados y el cuerpo judicial". Aristóteles traslada así a su obra una observación recogida del medio político de su tiempo.

Fueron necesarios los aportes de Locke y Montesquieu para convertir ese principio en una idea-fuerza que acompañará al constitucionalismo en su desarrollo y expansión.

En su obra *Two treatises on civil government*, Locke expone una verdadera doctrina de distinción de poderes, sin llegar a formular la idea de su separación. Tres son los poderes que señala: Legislativo, Ejecutivo y Confederativo. "El Poder Legislativo es aquel que tiene el derecho de determinar cómo será empleada la fuerza de la República para preservar la comunidad y sus miembros". Pero agrega: "podría constituir una grande y peligrosa tentación para la frágil naturaleza humana, inclinada a abusar del poder, el hecho de que las mismas personas que tuviesen el poder de hacer las leyes, tuvieran también en sus manos el poder de ejecutarlas, pues podrían dispensarse de obedecer a tales leyes o acomodar las leyes a su ventaja privada, llegando por este camino a alimentar intereses opuestos a los del resto de la comunidad, y aun contrarios a la finalidad perseguida por la sociedad y por el gobierno.

Por consiguiente, en todas las repúblicas bien organizadas, la potestad legislativa se deposita en manos de distintas

personas, que, debidamente reunidas en Asambleas, tienen por sí mismas o en colaboración con otras, la facultad de hacer las leyes, y esta ley, una vez creada y dejada a su autónoma e impersonal potencia coercitiva, se impone también a aquellos que la han promulgado”.

El expositor por excelencia de la doctrina de la separación de poderes fue Montesquieu, quien la remozó, dándole nuevos contornos e ideas.

La libertad, valor que anima todas las páginas de su obra, encuentra en la división del poder su más segura salvaguardia.

Señala que sólo existe libertad cuando no se abusa del poder, pero agrega: “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder está inclinado a abusar de él. Para que no se pueda abusar del poder es necesario que por la disposición de las cosas el poder detenga al poder”. La médula de su formulación radica en:

a) La necesidad de que el Poder Legislativo y el Ejecutivo estén separados. “Cuando el Poder Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente”.

b) Es necesario separar el Poder Judicial de los otros dos. “No hay tampoco libertad si el Poder Judicial no está separado del Ejecutivo y del Legislativo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador; si está unido al Ejecutivo el juez tendrá en sus manos la fuerza de un opresor”.

Frente a una posible inacción o reposo de esos poderes, Montesquieu apela a la mágica virtud del “movimiento necesario de las cosas”, que los obligará a marchar de acuerdo.

## 2. ADOPCIÓN DE ESOS PRINCIPIOS POR LA CONSTITUCIÓN NORTeamERICANA Y LA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Conforme a las ideas descriptas se estructuraron todas las Constituciones de los siglos XVIII y XIX, dictadas bajo los influjos del constitucionalismo, entre ellas la Constitución norteamericana y, consecuentemente la Constitución de la Nación Argentina, que tuvo a aquélla por modelo.

Los padres fundadores de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica quisieron organizar los poderes del Estado de modo que quedase asegurada la libertad del individuo frente a la acción subversiva de cualquier mayoría o al poder arbitrario de cualquier órgano del Estado.

Procuraban limitar la centralización de poderes por medio de un peculiar sistema de soberanía fragmentada, asentado sobre dos elementos básicos: la separación de poderes y la descentralización política propia del federalismo.

La elección indirecta del Presidente y de los senadores implicaba una prudente mediatización del sufragio, con el fin de controlar el peligro de la demagogia y de las pasiones irresponsables de la multitud.

Se perseguía un gobierno de notables que actuaran con total independencia, sin sujeción a instrucciones ni compromisos políticos.

Asimismo, se otorgaba importancia a la distinción entre la Cámara de Representantes y la de Senadores, concibiendo esta última como una suerte de Consejo de gobierno, el "recinto destinado al brillo de las celebridades de Norteamérica" (Tocqueville).

Puede decirse que la estructura constitucional mencionada estaba hecha en función antimayoritaria, lo cual hacía difícil que una sola facción o grupo de intereses lograra el pleno control del poder.

Ello tenía su origen en una completa identidad de criterio de los miembros de la Convención de Filadelfia respecto de lo que ellos denominaban "facciones". La existencia de ellas se consideraba una desnaturalización del sistema democrático de gobierno.

En *El Federalista*, Madison las veía como elementos perturbadores de la acción del Estado.

Por su parte, John Adams veía dos tiranes en la vida humana: "facción y partido".

El mismo George Washington advertía acerca del peligro que entrañaba la división en partidos, prediciendo las desastrosas consecuencias que resultarían del espíritu partidario.

### 3. NACIMIENTO Y DESARROLLO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Pese al intento de racionalizar el poder, ingrediente fundamental en materia de Constituciones escritas, el comple-

jo proceso de la vida colectiva no puede ser encerrado en normas.

El fenómeno del partido político es uno más entre muchos otros que han surgido espontáneamente del cuerpo social.

Su génesis debe vincularse con el desarrollo de la democracia, más precisamente con la extensión del sufragio popular; "cuanto más ven crecer sus funciones y su independencia las asambleas políticas, más sienten sus miembros la necesidad de agruparse por afinidades, a fin de actuar de acuerdo. Cuanto más se extiende y multiplica el derecho al voto, más necesario se hace coordinar a la opinión popular y canalizarla a través del sufragio organizado" (Laski).

Los partidos políticos surgen paralelamente a la Constitución, fuera de ella. Son una parte vital de la Constitución viviente, pero no ocupan lugar en la Constitución escrita.

Los partidos han llegado a tener cada vez más importante y extensa influencia en el funcionamiento cotidiano de la vida constitucional de los Estados modernos, en la que el ciudadano no participa más que raramente como individuo aislado y sí casi siempre como miembro o adherente de tales asociaciones políticas.

El protagonismo de los partidos políticos en la selección de los cuadros dirigentes es inherente a todas las organizaciones estatales contemporáneas.

Tanto en las estructuras pluralistas como en las autócráticas, tienen a su cargo la designación de los encargados del poder. Por ello Gramsci, en sus *Notas sobre Maquiavelo*, llama al partido político "el príncipe moderno", aludiendo con ello a la importancia de su actuación en la escena política.

Los partidos impactan toda la estructura constitucional, encontrándose entre los elementos afectados el tradicional esquema de la división de los poderes.

#### **4. PAPEL DE LOS PARTIDOS EN LA ALTERACIÓN DE LOS MODELOS CLÁSICOS**

El grado de separación de poderes depende mucho más del sistema de partidos que de las disposiciones previstas por las Constituciones.

Consecuentemente, un elemento importante es el número de partidos; inclusive, la distinción entre partido úni-

co, bipartidismo y multipartidismo tiende a convertirse en la clasificación fundamental de los regímenes políticos contemporáneos.

La influencia de los partidos en la separación de poderes no depende solamente de su número, siendo también de considerable importancia su conformación interna: una armazón débil y descentralizada refuerza, por lo común, la separación, y viceversa.

Cada uno de estos factores actúa de manera diferente en un régimen parlamentario o en un régimen presidencial.

La separación real de los poderes es, pues, el resultado de una combinación entre el sistema de partidos y el marco constitucional.

#### a) Sistema de partido único

Ejecutivo y Legislativo, Parlamento y gobierno, son fachadas constitucionales; sólo el partido ejerce la realidad del poder.

Este sistema entraña una concentración de poderes muy estrecha, que torna ilusoria la separación prevista en las normas.

#### b) Bipartidismo

##### 1) Es un sistema parlamentario

Tiende a la concentración de los poderes. Un solo partido posee la mayoría absoluta en el Parlamento; un solo partido ocupa todos los lugares en el gobierno. Los textos de leyes son preparados por las oficinas de estudio del partido, presentados en su nombre por un diputado del partido ante las Cámaras, votados por el grupo parlamentario del partido y aplicados por el gobierno del partido.

Parlamento y gobierno se parecen a dos máquinas animadas por el mismo motor: el partido. Ejecutivo y Legislativo no se diferencian, pues es el partido quien ejerce el poder.

##### 2) Es un sistema presidencialista

A diferencia de lo que ocurría en el modelo anterior, aquí las normas consagran una separación de poderes casi infranqueable, existiendo escasos medios de acción recíproca entre ellos.

Esta situación puede dar lugar a dos posibilidades de funcionamiento bien diferenciadas, según que la mayoría del Congreso y la Presidencia sean ocupadas por un mismo partido o por partidos diferentes:

Si el mismo partido ocupa, al mismo tiempo, la Presidencia y la mayoría de las dos asambleas, se borra casi por completo la separación constitucional de poderes. La división no existe; efecto similar en este caso al que observamos en el sistema parlamentario europeo.

Cuando esto ocurre, el Ejecutivo, que es el órgano más dinámico, avasalla a un Parlamento sujeto por solidaridad partidaria y establece un poder sin ningún control.

Un interesante supuesto se da cuando la Presidencia y el Parlamento están cada uno en manos de un partido diferente. El dualismo aumenta aquí la división de poderes. Salvo que los partidos sean descentralizados, como ocurre en Estados Unidos, o se realicen arduas negociaciones y concesiones recíprocas, esta separación puede implicar una parálisis casi total de la gestión gubernativa.

Una particular situación, común al sistema presidencialista y al parlamentario, es la eventualidad de que, tratándose de un Parlamento bicameral, cada una de las asambleas esté en poder de un partido diferente. Allí el partido gobernante se ve obligado a entenderse con su rival para formar un gobierno aceptado por las dos Cámaras, o se verá limitada su libertad de acción por la obstrucción impuesta por la Cámara en que es minoritario.

En tales casos la línea de división de los poderes no pasa entre el Legislativo y el Ejecutivo, sino por dentro del Poder Legislativo: El Poder Ejecutivo y una Cámara se contraponen a la otra Cámara.

En el sistema presidencialista, los conflictos derivados de esta situación podrían llegar a ser irreductibles. Este problema no sería frecuente en los sistemas parlamentarios, en donde la Cámara aristocrática carece ya de atribuciones impositivas de la acción gubernamental, habiendo conservado facultades meramente retardatorias.

Relacionado con el tema anterior tenemos que mencionar una especial situación que se da en el régimen argentino, donde normalmente el partido gobernante, inicia la discusión de las leyes en la Cámara que le es adicta, para usufructuar, de esa manera, los privilegios que la Constitución Nacional concede en su art. 71 a la Cámara de origen en el proceso de formación de las leyes.

En cuanto a la importancia de la estructura interna de los partidos, tenemos que destacar que una armazón fuerte, centralizada y disciplinada, suprime toda separación de poderes en caso de coincidencia entre la Presidencia y la mayoría parlamentaria; la agrava, por lo contrario, hasta conducir a conflictos insolubles y a una parálisis del gobierno, en caso de disparidad entre ambos.

Una armazón débil y descentralizada, que se traduzca en la ausencia de unidad de votación, debilita la concentración de poderes y hace menos grave su separación, como ocurre en el sistema norteamericano, caracterizado por la ausencia de disciplina parlamentaria, motivada por la descentralización regional de sus partidos.

Dentro del sistema presidencialista puede señalarse una peculiaridad que es posible que se dé cuando el Presidente no es el jefe del partido, siendo este último quien ejerza sobre el partido y sobre la mayoría parlamentaria un verdadero control político. Surge entonces el inevitable conflicto entre gobierno y partido, y el fenómeno de las obstrucciones parlamentarias.

### c) Multipartidismo

En general, tiende a la separación de poderes. En un régimen parlamentario, el gobierno tiene que apoyarse en una coalición de partidos asociados; su alianza es siempre frágil, y las intrigas para suplantarla por otra nueva no dejan de suscitarse, adquiriendo gran significación el denominado "juego parlamentario", generalmente ausente del two parties system.

El multipartidismo tiende, a veces, a superponer una segunda separación de poderes a la que resulta de la Constitución; cada partido asociado al gobierno tiende a reclamar un sector de actividad bien definido, que lo acerca a su clientela electoral o le permite desplegar su estrategia política.

El gobierno es generalmente débil por las transacciones y concesiones que tiene que llevar a cabo.

La separación de poderes, sin embargo, es menor que en un régimen bipartidista en la hipótesis de que la Presidencia y la mayoría parlamentaria no estén unidas, respondiendo a distintos partidos. Allí el Presidente no tiene ya ante sí una mayoría parlamentaria homogénea, opuesta a su política, sino una mayoría parlamentaria heterogénea, compuesta por varios partidos, que puede tratar de disociar.

Cuanto más disciplinado sea el partido mayoritario, más fuerte será su poder de oposición a la Presidencia y más se debilitará la autoridad gubernamental. Por el contrario, un partido mayoritario heterogéneo e indisciplinado, ofrece una mayor libertad de maniobras y posibilidad de intrigas a su adversario, reforzando la posición de la Presidencia cuando ésta pertenece a un partido opositor y debilitándola en caso contrario.

En un régimen presidencial el multipartidismo tiende más bien a reforzar la autoridad del gobierno y a debilitar la del Congreso, pues en vez de encontrar ante sí, en el Parlamento, una mayoría homogénea y coherente, el Ejecutivo no encuentra más que una coalición heterogénea, que le permite encarar maniobras de división y de disociación.

El multipartidismo agrava el carácter personal del régimen presidencial. En un régimen dualista los partidos son lo suficientemente grandes como para enmarcar al Presidente, que aparece más como un líder de ellos que como una personalidad independiente. En un régimen multipartidista, por el contrario, la gran talla del Presidente emerge sola en medio de una masa de partidos; su afiliación a uno de ellos no le confiere ningún prestigio, puesto que se trata de un partido minoritario, incapaz de gobernar por sí mismo. La mayoría que ha recaído sobre él toma un carácter personal.

#### d) El Parlamento

En la vida real, el representante no actúa según su propio criterio, sino que en virtud de que debe su elección al partido dentro del cual desarrolla su carrera política, es lógico que en el desempeño de su mandato actúe sujeto a las directivas partidarias.

Las fuerzas partidarias se insertan dentro del mecanismo del Parlamento para dirigirlo y controlarlo por medio de los "bloques legislativos", grupos compactos y disciplinados de legisladores que constituyen el verdadero eje del Parlamento contemporáneo.

En virtud de la actuación de los partidos, las diferencias marcadas por los constituyentes entre las dos Cámaras (en nuestro sistema), han sido pulidas, pues la división en bloques se da en ambas asambleas.

#### e) El federalismo

La descentralización provincial está difuminada por la existencia de partidos, cuando éstos se caracterizan por una fuerte estructura interna.

Es decir, como frecuentemente el Presidente es el jefe del partido mayoritario, puede ocurrir que gran parte de los gobernadores provinciales se hallen subordinados a él en el plano partidario, siendo éste un elemento que puede influir en su actuación, primando sobre los intereses estrictamente provinciales. Por ejemplo, en nuestro país, el mayor tacto con que se desenvuelven los gobernadores del partido oficialista en relación con el tema de la coparticipación federal.

Una dato digno de ser mencionado, y que se relaciona también con el tema anterior, es la posibilidad de que los dos senadores de la misma provincia, cuyo interés teóricamente representan, voten en distinto sentido por razones partidarias.

Existen también otros aspectos del federalismo que se ven afectados por la existencia de partidos, como el caso de las intervenciones federales, que en nuestro país se han llevado a cabo en muchas ocasiones, a causa de la rivalidad partidaria de ciertos gobernadores con el Presidente.

#### II El Poder Judicial

También la independencia del Poder Judicial puede verse afectada por consideraciones partidarias. Éstas pueden influir en la elección de los magistrados judiciales, especialmente la Corte Suprema y los jueces federales, por su importancia política.

Decía Cardozo: "La Corte Suprema se ocupa principalmente de la interpretación de las leyes y de política".

Estas consideraciones se ven abonadas por sucesos como el de la remoción de cinco jueces de la Corte en nuestro país por el gobierno peronista en 1946, aprovechando la amplia mayoría de que gozaba en las Cámaras Legislativas.

### 3. RELACIONES ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL CONGRESO EN NUESTRO PAÍS

#### a) Antecedentes

La Constitución Argentina no se ha preocupado por tomar precauciones para asegurar la armonía entre el Poder Ejecutivo y el Congreso.

En Estados Unidos, la elección del Presidente coincide con la renovación total de la Cámara de Representantes y

con la de un tercio del Senado, de suerte que existe la presunción y la esperanza fundada de que, durante los dos primeros años de cada período presidencial, el presidente y la Cámara de Representantes seguirán la misma política, con el apoyo de una parte considerable y acaso la mayoría del Senado.

En el sistema parlamentarista, el mantenimiento del jefe de gobierno depende de la subsistencia de la confianza de los legisladores en su gestión.

En la República Argentina no hay nada de eso. La elección del Presidente coincide sólo con la de una mitad de la Cámara de Diputados y con la de la tercera parte del Senado. Y, como sabemos, el Presidente no requiere la confianza de las Cámaras para mantenerse en sus funciones.

Así, en teoría, el Congreso o una de sus Cámaras pueden marchar por un lado y el Presidente por otro; inclusive podrían estar en conflicto activo con el Presidente, bloqueando, de esa manera, la gestión gubernativa.

Uno de los mecanismos previstos por los constituyentes para impedirlo fue el nuevo elemento de los ministros, introducidos con la finalidad de servir de nexo entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Sin embargo, esta función no ha sido puesta en práctica por los sucesivos gobiernos, aumentando en consecuencia el riesgo del bloqueo a que nos referíamos.

A lo largo de nuestra historia podemos señalar diversas situaciones que encajan en los diversos modelos anteriormente descriptos.

Ha habido casos de armonía entre los poderes, algunos de ellos a consecuencia de la elección simultánea de ambos poderes. La primera vez fue al ponerse en ejecución la Constitución de 1853; el gobierno, inaugurado en 1854 por el general Urquiza, contó en sus comienzos con Cámaras orientadas en su mismo rumbo.

La segunda vez fue al reconstruirse en 1862 las autoridades nacionales derrocadas por la guerra civil del año anterior, por lo cual el presidente Mitre inició su gestión con las Cámaras en su favor.

Situaciones similares han tenido lugar en las sucesivas Constituciones de gobiernos de iure, después de épocas de gobiernos de facto.

Otro caso de armonía fue el del presidente Roca, quien se valió para gobernar del Partido Autonomista Nacional.

Podemos mencionar un caso de marcada dependencia y total subordinación del Poder Legislativo al Ejecutivo, situación ésta, acentuada por la organización monolítica y verticalista del partido gobernante; me refiero a las tres presidencias del general Perón.

El amplio dominio peronista de las Cámaras permite gozar al jefe del partido de una amplia libertad de acción durante sus gobiernos.

Ha habido también, históricamente, casos de tirantez entre los poderes.

Entre ellos puede mencionarse el caso de Sarmiento, quien sufrió oposiciones violentas en el Congreso por carecer de un partido propio.

Algo similar puede decirse de Luis Sáenz Peña, cuyo gobierno padeció una ingénita debilidad determinada por la ausencia de un partido propio y fuerte que le sirviera de apoyo.

Un caso notorio es el de Hipólito Yrigoyen, por la significación de su ascenso al poder, el de "la causa" frente al "régimen", que perdura en el Congreso.

Al abandonar la vía revolucionaria y sujetarse a la legalidad para llegar al poder, se ve obligado a aceptar la subsistencia de un Parlamento proveniente en su gran parte, y en especial el Senado, de antiguas prácticas. Esa situación se ve agudizada por el propósito de las Cámaras de trabar la obra de reformas del Presidente. Yrigoyen se ve compelido a limitar su acción de renovación institucional a las situaciones provinciales.

También Marcelo Torcuato de Alvear tiene que soportar la oposición del Congreso, lo cual lo lleva a manifestar al término de su mandato: "lo que voy a pedirlos, si lo dáis, será para que otro pueda realizar en bien de la República lo que a mí no me fue posible ejecutar. Me refiero a tanta iniciativa fecunda que el Honorable Congreso tiene en sus carpetas: esfuerzos de investigación y construcción doctrinaria esterilizados porque los legisladores que compartieron con mi gobierno la misión de velar por el bien público no hallaron oportuno e conveniente prestarle su atención. Nadie nos aliviará del cargo y la tristeza con que hemos de recordar lo que pudo ser y no se hizo".

En otro caso, el del presidente Illia, una de las causas que contribuye a debilitar su gobierno fue su escasa presencia en el Congreso (era solamente la primera minoría).

#### b) Situación actual y perspectiva.

A causa de la elección simultánea para cubrir los cargos de ambos poderes, en 1983, y a consecuencia de la polarización operada en el electorado con respecto a las dos fuerzas mayoritarias, la presencia de éstas en el Congreso es casi excluyente.

El oficialismo posee una mayoría propia en la Cámara de Diputados, situación que, sin embargo, no se repite en el Senado, lo cual le ha obligado a negociar y hacer concesiones a los partidos provinciales, cuyos representantes son necesarios para formar mayoría en dicha Cámara.

Esta situación de relativa solidez del partido gobernante se ha mantenido no obstante las renovaciones parciales de autoridades gubernativas que tuvieron lugar a partir de 1985, pero podría verse afectada a causa de las elecciones que tendrán lugar el presente año, a raíz del desgaste que ocasiona el ejercicio del gobierno.

Suponemos que esa situación habrá de promover comportamientos poco usuales en la práctica política argentina, como la negociación, el acuerdo, la alianza, la elaboración de programas conjuntos, originadas por la necesidad de contar con los otros partidos para gobernar, situación que se contraponen a la tradicional autosuficiencia de los grandes partidos protagónicos del escenario político nacional. Comportamientos que ya se advierten en iniciativas tales como la de la "Convergencia programática" impulsada por el partido gobernante o la designación de un ministro perteneciente al mayor partido opositor.

#### 6. Conclusiones

Las anteriores consideraciones permiten afirmar la relatividad de la famosa teoría objeto de nuestro estudio; es decir que ella no constituye una verdad evidente y válida para todo tiempo.

En rigor de verdad, el dogma de la división de los poderes nunca ha producido por sí solo los efectos que se le atribuyen.

Montesquieu y Locke describieron sólo formalmente la estructura del poder inglés. Allí, el control no derivaba de las causas mencionadas por estos autores, sino que tenía un fundamento sociológico.

En el modelo inglés, el rey y el Parlamento obedecían a dos legitimidades contrapuestas. El Parlamento reflejaba los poderes reales de la sociedad; los nobles en los Lores y los burgos en los Comunes.

Europa continental y América, al adoptar la división de poderes en todas sus Constituciones, toman solamente el reflejo de las instituciones inglesas, ignorando el ámbito social en que aquéllas se asentaban.

El funcionamiento de este principio frente a diversas realidades, nos permite aseverar que la eficacia de la tarea de control no depende necesariamente de que el órgano que la desempeñe sea distinto del que gobierna, sino que está estrechamente vinculada con la realidad social en la que deba efectivizarse.

En una palabra, habrá división de poderes en la medida en que los distintos poderes sean realmente independientes entre sí, y no sólo formalmente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez Natale, Derecho político, Bs. As., 1978.
- Bidart Campos, Germán J., Manual de derecho constitucional argentino, Bs. As., Ediar, 1974.
- Bilegáin, Carlos M., Cuadernos del curso de derecho constitucional, Bs. As., Abeledo Perrot, t. I-V.
- Bosch, Jorge T., Ensayos de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes en la obra de Montesquieu, en la Convención de Filadelfia de 1787, y en la Asamblea Constituyente Francesa de 1789-1791, 1944.
- Botana, Natalio R., El orden conservador, Bs. As., Sudamericana, 1977.
- Burich Escobar, Ismael, Los presidentes argentinos 1826-1914, Bs. As., 1918.
- Duverger, Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, Barcelona, Ariel, 1970.
- Los partidos políticos, México, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- Echevarriaborda, Raúl, Yrigoyen, Bs. As., CEAL, 1983.
- Gallo, Orlando J., Las funciones políticas y las funciones jurídicas del poder (En torno a la crisis de la división de poderes en el constitucionalismo contemporáneo), ED. 78-817.
- García Peláyo, Manuel, Burocracia y tecnocracia, Madrid, 1982.
- Laski, Harold, El Estado moderno, Barcelona, 1932.
- Leoni, Francesco, La regulación legislativa del partido político, Madrid, 1969.
- Linares Quintana, Segundo V., La Constitución interpretada, Bs. As., 1980.
- Los partidos políticos, instrumentos de gobierno, Bs. As., 1945.
- Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1980.

- López, Mario J., *Teoría general de los partidos políticos y régimen legal*.
- Luder, Italo A., *Sociología del Parlamento*, L.L. 62-784.
- Luna, Félix, *Perón y su tiempo*, Bs. As., Sudamericana, 1984.
- Marianini, Guglielmo, *Miti e realtà della democrazia*, Milano, 1958.
- Matienco, José N., *El gobierno representativo federal*, 1910.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Bs. As., 1994.
- Prefot, Marcel, *Historia de las ideas políticas*, Bs. As., 1971.
- Rossi, Luigi, *Analisi della divisione dei poteri*, en "Scritti vari di diritto pubblico", vol. V, 1938.
- Rozada, Margarita - Rueda Zavalla, Arturo, *Influencia de los partidos políticos en el mecanismo de la separación e independencia de los poderes*, Bs. As., 1940.
- Vancosi, Jorge A., *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Bs. As., Eudeba, 1982.
- Valterrá, Sara, *Sistemi elettorali e partiti in America*, Milano, 1963.
- Ymaz, Esteban, *Justicia y político*, L.L. 87-833.

## PRIMEROS PASOS EN LA COMPRENSIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIA

ANDRÉS DE LA CRUZ

### I. INTRODUCCIÓN

Hace ya casi ciento treinta años, un jurista americano cuyo nombre nos es bien conocido, afirmaba que "la civilización moderna, que tanto se distingue por sus admirables progresos en la carrera de las mejoras materiales, reclama imperiosamente el movimiento constante de toda suerte de valores. ¿Y cuáles son los fenómenos, que se manifiestan en la realización de ese destino providencial? Las transacciones, que se operan en el seno de la sociedad, distribuyen los instrumentos de la producción por todos los ramos de la actividad; los capitales se aproximan a todas las necesidades, para tener una dirección más fecunda y el poderoso motor de esa rotación continua es el crédito. Con su impulso los capitales fijos se transforman en capitales rodantes, y el comercio y la industria reproducen cotidianamente sus fuerzas"<sup>1</sup>.

Estos conceptos sirven de anuncio a lo que actualmente es una compleja, pero interesante realidad: la interacción del derecho y la economía. Por cierto que ese imbricarse del derecho en otras ciencias es tendencia cada vez más común en nuestros tiempos, dada la creciente complejidad de la conducta humana, y el insaciable deseo del hombre por comprenderse a sí mismo. Pero siendo el tema económico crucial en el quehacer de nuestra historia nacional actual, su estudio presenta particular interés.

<sup>1</sup> Consolidação das Leis Civis (Publicação de Governo), Rio de Janeiro, 1887, Introducción de Augusto Teixeira de Freitas.

Centraremos nuestra atención en un fenómeno concreto de este amplio campo: el de la concentración empresarial. La diversidad de problemas que plantea, el vacío que encontramos tanto en la legislación como en la experiencia nacional, son puntos que hacen de ello un desafío especial. Procuremos, por tanto, ver de qué se trata, y vislumbrar así la génesis de una serie de interesantes problemas, que se extienden a varias de las ramas del ordenamiento jurídico.

Antes de comenzar, tratemos de anticipar cuáles son las dificultades que pueden complicar nuestra comprensión del problema:

a) La primera deriva de las implicaciones que tiene, en cuanto requiere, además de un manejo cómodo de la normativa societaria, una permanente remisión al estudio de temas básicos del derecho, como lo es el de la personalidad jurídica<sup>2</sup> y nos introduce al funcionamiento de gran cantidad de instituciones, desde el derecho internacional público, hasta la regulación de la oferta de títulos en una Bolsa de Valores.

b) Además, obliga a quienes estamos acostumbrados a razonar "en jurídico", a analizar temas ajenos a nuestro campo, siendo muchos de los fenómenos que enfrentamos, cuestiones estrictamente económicas<sup>3</sup>.

c) Por último, el grave atraso que padece nuestro país nos obliga a recurrir permanentemente a la legislación, doctrina y experiencia extranjeras. Confiamos en que el estudio de ellas nos evite errores futuros.

<sup>2</sup> García Padilla, Miguel, La personalidad jurídica y las unidades económicas, en "Revista Investigación Fiscal", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, DF, dic. 1971. "La esencia del problema queda esclarecida si se concluye que las unidades económicas tienen personalidad jurídica, dado que ésta es el medio conductor de la jurisdicción, necesario para que les pueda ser aplicado el derecho".

<sup>3</sup> Ferro Astray, José A. Apuntes para una estructuración jurídica de la concentración empresarial, Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho, en "Revista Jurídica de San Isidro", n° 12-13, p. 93. "Reconocamos que el tema es mucho más que jurídico. Si las empresas se fusionan, celebran acuerdos que condicionan su actuación, o sellan pactos que las vinculan transitoria o definitivamente, lo hacen con una finalidad esencialmente económica. Como, por otra parte, esas uniones se dan lo más frecuentemente respecto de grandes empresas, el punto comprometido es... el de la actitud que el Estado debe asumir en el caso, desde el punto de vista del interés general".

## 2. EL INICIO: DE LA MACRO-PRODUCCIÓN A LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

El antiguo esquema clásico del proceso productivo, que arrancaba de una ponderación igualitaria de los factores, ha sido reemplazado por una visión masiva de la producción, en la que dos son los factores de peso: el capital y la tecnología<sup>4</sup>. Ambos son bienes económicos muy preciados, por lo tanto escasos y onerosos. También tienen en común una aptitud natural al desplazamiento, de modo que podemos afirmar que no encuentran fronteras naturales.

Esta nueva manifestación del proceso productivo en nuestro siglo, ha determinado la reestructuración de varios conceptos de antigua data. Uno de ellos, que nos interesa particularmente, es el concepto de propiedad. Recordando lo dicho por Freitas, podemos sostener que la antigua fuente principal de riquezas, los inmuebles, ha sido desplazada por los valores mobiliarios, entre ellos la acción de la sociedad anónima, que por su valor representativo de derechos sobre un patrimonio independiente, es un gran instrumento para la movilización del capital. Es este concepto de propiedad mobiliaria el más apto para responder a las necesidades productivas de nuestra sociedad.

Por lo tanto, frente al antiguo y estático concepto de propiedad, ésta se nos presenta hoy en dos manifestaciones principales:

- a) La propiedad de consumo.
- b) La propiedad de producción, clave de las economías fundadas en la existencia de un mercado, cuyo carácter presuntamente "libre", se ve fácticamente desvirtuado por una serie de limitaciones a la libertad, que responden a muy diversas causas. Esto es un hecho.

A su vez, esta propiedad de producción se manifiesta en dos estadios distintos. En uno, aunque no manejada por su titular, su administración tiene como fin la producción de utilidades que revierten al propietario mismo. Otro, dominado y controlado por los representantes de los propietarios pasivos, que participa activamente en las modalidades del

<sup>4</sup> Krasteln, Heinrich, *The law of international cartels*, Cornell University Press, p. 52. Redway, Robert J., *Antitrust, traspase de tecnología y joint ventures en el desarrollo latinoamericano*, EDCO, 1984-195.

nuevo proceso productivo, según designios que escapan a la decisión de quienes aparecen como sus legítimos o "formales" propietarios.

Se ha generado un sistema en virtud del cual el *wealth holding* (propiedad) y *wealth circulation* (circulación de la riqueza) mantienen su liquidez por medio de los cambios, pero sólo psicológicamente están conectados con el sistema de reunión y aplicación del capital, del que dependen la producción y la empresa actual. Ese divorcio entre los propietarios de la riqueza y el control del proceso productivo, impide encontrar una justificación de él basada en las antiguas premisas económicas o, como mínimo, nos obliga a plantear su reformulación<sup>3</sup>.

### 3. MANIFESTACIÓN DEL CAMBIO

Para dar un marco al proceso de producción de este siglo XX, podemos señalar tres tendencias principales que lo caracterizan:

- a) La creciente concentración empresarial.
- b) La creciente dispersión de los accionistas.

propiedad y consumo.

producción, signada por titular de cada uno de lo otra, propia de socie- m que los factores son el sistema: los empresa-

producción industrial en minante de la sociedad permite captar mejor las Los problemas que se on los que surgen de las dificultades nacen a realidad económica car- trial en masa y categorí- dad"<sup>4</sup>.

and private property, New

cia y de los bienes (materia-

La creciente dispersión entre accionistas y el control de la producción que se separa de su control y la participación activa y vigilante de los factores intervinientes, ha sucedido con exigencias masificadas, e conducidos por los coordinadores de rios.

Como señala Ascarelli, "la pro- masa constituye la característica del moderno... es el punto de vista que peculiaridades del mundo moderno, plantean en el derecho moderno, a una producción industrial en masa y menudo de la discordancia entre una caracterizada por la producción indust- rias jurídicas elaboradas con anterior

<sup>3</sup> Berle, Adolf A. *The modern corporation*. New York, 1967.

<sup>4</sup> Ascarelli, Tullio. *Tesis de la concurrencia*. Barcelona, Bosch, 1970, p. 14 y siguientes.

Y si a ese carácter de la sociedad industrial, sumamos el factor de la información, que caracteriza y marcará los últimos años de este siglo, nos encontramos con que los conceptos sobre los que se estructuraba la economía clásica, han pasado a ser obsoletos: riqueza, propiedad privada, competencia, lucro, empresa e iniciativa individual<sup>7</sup>.

Nuevos conceptos deben ser forjados para responder a nuevas realidades, a un nuevo cuadro en las relaciones económicas.

De estos cambios, el que más nos interesa destacar es cómo el rendimiento económico, la eficiencia, que en un mercado altamente competitivo es esencial, ha sido desvirtuado por las magnitudes de los centros de poder económico<sup>8</sup>. Son las grandes compañías las que señalan los límites de la vida económica y quienes llevan a los individuos los bienes de consumo. Aunque quizá no con tanta fuerza en estos últimos años, la aglomeración de las unidades de producción para constituir grandes centros de poder económico, fue durante varias décadas una marcada tendencia de atracción centrípeta, que acarrea cada vez mayores agregados de riqueza, a la par que la concentración del control de ella. La unidad económica pasó a ser la gran empresa, cuyas utilidades aumentaban en una proporción mayor que las de las demás, de menor tamaño.

Sin embargo, aquello que pudo actuar inicialmente como una tendencia general, respuesta a una determinada realidad económica, aparece hoy como un mecanismo jurídico, de gran complejidad intrínseca, por cierto, útil para alcanzar objetivos específicos deseados, que debido a su magnitud económica, impiden el recurso a otras metodologías.

#### 4. MECÁNICA DEL CAMBIO

Cabe preguntarse sobre cuáles fueron los medios para lograr la formación de esos grandes núcleos de poder económico. Veamos.

<sup>7</sup> Private Enterprise in a Post-industrial society n° 2. Business and Developing Countries. A Study of the Role of Private Enterprise in Economic Development, New York, Praeger Pub., 1978, p. 13 y siguientes. "Estamos entrando a un mundo en el cual el precio de las telecomunicaciones no dependerá de la distancia... no podrá así la distancia ningún límite extra a la voluntad humana o el equipamiento".

<sup>8</sup> Hahn, Robert W., Market power and transferable property rights, en "The Quarterly Journal of Economics", nov. 1984, p. 753 y siguientes.

- a) La reinversión de las propias ganancias, mecanismo usado inicialmente.
- b) La incorporación de nuevos capitales, a los cuales se accedió por la venta pública de acciones en el mercado (*open corporations*).
- c) La concentración societaria, que presenta dos modalidades principales: la coordinación y la subordinación, según el modo como se distribuya el poder de decisión entre las involucradas.

Este tercer modo ha sido el más frecuente en las sociedades industriales y posindustriales. Y a ese proceder económico ha sido necesario dar una regulación jurídica adecuada a las nuevas necesidades de la producción. Encontrar formas jurídicas que combinen los intereses en juego, logrando una armonía que impida el desmedido predominio de uno sobre otro, y que simultáneamente dé una respuesta satisfactoria a las necesidades de cada uno, es el papel que el derecho está llamado a cumplir. Pero siendo éste un *Macro-Fenómeno*, son muchos y muy diversos los intereses comprometidos, de manera que ese equilibrio o armonía no suele ser fácil de conseguir.

La complejidad se hace aún mayor si se atiende a que la concentración de empresas implica generalmente algo más que un aumento de poder económico. Es también fuente de un poder ajeno al mercado, que se manifiesta a través del dominio de la información, de la consideración social que las empresas adquieren y la influencia política que ejercen<sup>9</sup>.

Cabe recordar que muchas veces el derecho no hace más que plasmar lo que los hechos han verificado. Pero también es la ley un instrumento fundamental para impulsar cualquier evolución en las formas de actividad de la sociedad moderna. Por tanto, el análisis de la legislación y experiencia extranjera será útil para alcanzar en nuestro medio un ordenamiento a la vez flexible y amplio, orientado a alcanzar el equilibrio de intereses antes mencionado.

## 5. HISTORIA DEL CAMBIO

El fenómeno de la concentración empresarial actuó como respuesta a una serie de circunstancias económicas.

<sup>9</sup> Goldman, Berthold - Lyon Caen, Antoine. *Derecho comercial europeo*, p. 438.

Como tendencia genérica, alcanza su manifestación más importante con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial<sup>19</sup>. Por aquel entonces se produjo una expansión en los mercados, que se tradujo en la necesidad de las empresas de aunar esfuerzos a fin de responder a las nuevas exigencias de la sociedad consumidora.

El abandono de los sistemas monetarios rígidos, por otros en los cuales el manejo de la moneda quedaba absolutamente en manos del Estado, que operaba a discreción con su propio banco (Banco Central), permitió valerse del instrumento monetario para generar situaciones de expansión económica. Todo contribuyó a permitir la deseada y necesaria expansión, sin prever las consecuencias que provocaría a un planeta, en el cual el punto de partida de los distintos sectores implicados en la competencia no era el mismo.

La posición de Estados Unidos de América después de la guerra, era notablemente ventajosa, en comparación con la Europa destruida. El polo de atracción económica se situó definitivamente en Washington, dato confirmado por la creación del Fondo Monetario Internacional, organismo encargado de supervisar las políticas monetarias y su regulación, que fijó su sede en aquella ciudad.

Todo esto permite intuir que no era equivalente la situación de las empresas norteamericanas y la de las europeas. Por ende, tampoco la legislación relativa al tema que estudiamos sería equivalente. Brevemente podemos señalar que la tarea del legislador en Estados Unidos fue regular el mercado interno, es decir la situación de las empresas norteamericanas y sus comportamientos recíprocos (al menos durante los primeros años, y hasta que sufrieron en 1973 la crisis resultante del aumento del precio del petróleo crudo, medida de una suerte de concentración de países empresarios, la OPEP). En cambio, en Europa y los demás países industriales, el problema consistió en proteger de alguna manera sus empresas nacientes contra la agresión económica que sufrían, a consecuencia de la índole explosiva de la economía norteamericana.

De ahí que en Estados Unidos se procurara asegurar estrictamente la aplicación de las cláusulas constitucionales. Éstas, hijas del liberalismo del siglo xviii, habían sido las creadoras de un mercado competitivo y eficiente. No se veía con buenos ojos el crecimiento de las empresas, el cual

<sup>19</sup> Kronslein, *The law of international trade*, p. 3.

se temía que acarrearía la formación de monopolios, enemigo primero de la economía de mercado. Por otro lado, se confió en el gobierno para evitar tales formaciones. Las primeras medidas se adoptaron a fines del siglo pasado (p.e.), la *Sherman Act* de 1889). Simultáneamente, el sistema del *Common Law* resultó mucho más flexible y adecuado al pragmatismo anglosajón, como lo demuestra la jurisprudencia en estos temas de la Suprema Corte de los Estados Unidos<sup>11</sup>.

La situación europea era absolutamente diferente. El protagonismo estatal en la reconstrucción fue, aunque en distinta proporción según el país, de gran importancia. El apoyo brindado por Estados Unidos por medio del Plan Marshall, la eficiente administración de los gobiernos de posguerra y el esfuerzo de cada pueblo, permitió conjuntamente llevar a una Europa destruida a niveles de vida similares a aquel de que gozaba el pueblo norteamericano.

Pero también los problemas que se plantearon fueron diferentes. Europa era un mercado distinto del norteamericano. El poder adquisitivo de la población no fue tan elevado ni la expansión económica, aunque importante, tan explosiva como la norteamericana. De ahí que la unión para integrar una comunidad económica fuera casi un imperativo. En Roma, al firmarse el Tratado constitutivo del Mercado Común Europeo, entre los aspectos que se contemplan expresamente, está el tema de la formación de las grandes unidades económicas, resultantes de los procesos de concentración empresarial.

A diferencia de Estados Unidos, en donde los grandes grupos se presumían negativos, distorsionantes del régimen económico capitalista, en Europa el principio fue su tolerancia y aceptación, a menos que se probaran sus efectos perjudiciales. Solamente se tenían como "incompatibles con el Mercado Común" los acuerdos que tuvieran por objeto o como efecto "obstaculizar, limitar o falsear el normal juego de la competencia en el interior del Mercado Común". Tampoco admite este Tratado, "en la medida que sea perjudicial al comercio entre los Estados miembros, la explotación por una o más empresas de manera abusiva de una situación de predominio en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo".

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, para el tema del monopolio "*Standard Oil v. United States*" (1911), "*United States v. American Tobacco*" (1911), etcétera.

Por lo tanto, en Europa se facilitó la formación de los núcleos empresarios concentrados, quizá para hacer frente a la poderosa economía norteamericana, que invadió los mercados del mundo con sus productos. Esta tendencia a la concentración no fue pareja en todos los países y actualmente tiende a decrecer. Goldman y Lyon Caen se preguntan si la era de las concentraciones no está a punto de concluir<sup>12</sup>.

Posiblemente ya no pueda hablarse de una tendencia hacia la concentración empresarial, porque ello fue producto de una circunstancia económica diferente de la actual. Sin embargo, el instrumento de la concentración se presenta hoy como un medio técnico jurídico, eficaz para alcanzar ciertos objetivos que por su envergadura no puede encarar una economía individual. De ahí que la utilidad de las distintas figuras de concentración resulta exclusivamente de la finalidad que se persigue con ella.

Esta perspectiva permitirá despejar del fenómeno gran cantidad de factores políticos que actuaron probablemente en su gestación, y de ese modo lograr una solución jurídica más clara del tema.

<sup>12</sup> Goldman - Lyon Caen, *Derecho comercial europeo*, p. 499.



# ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL Y CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

MARTÍN E. PAOLANTONIO

## 1. INTRODUCCIÓN

Nos hallamos ante la presencia de un fenómeno de fundamental importancia en la historia humana: el proceso del constitucionalismo; que nos muestra la lucha del hombre por su libertad desde la más remota antigüedad hasta nuestros días.

La historia del hombre es la hazaña de la libertad, como dijo Croce y la libertad no se adquiere sino a precio de sangre —escribía Echeverría en el Dogma de Mayo—. Veamos pues las diferentes etapas de este proceso, siguiendo con algunas variantes el desarrollo que propone Linares Quintana.

## 2. ETAPAS

### a) Antigüedad

Predomina la idea del Estado fin sobre el individuo medio. O bien no existía libertad política alguna (como en las monarquías teocráticas absolutas de Oriente —Persia, Egipto—) o si bien había libertad política, el individuo se hallaba en una virtual esclavitud civil.

Esto último se ve claramente en Grecia donde los intereses de los individuos se subsumen o equiparan con los del Estado. Aristóteles es muy claro cuando sostiene que la felicidad del individuo es la misma que la del Estado (*Política*, libro 4, capítulo 2).

En síntesis los principales pensadores griegos si bien no ignoraron la condición del hombre como ser libre, circunscribieron esa libertad a lo político; olvidando que ésta es sólo un medio para la libertad civil, que en sentido amplio comprende la posibilidad de realizar todo acto que no dañe a terceros (art. 19, Const. Nacional).

El pensamiento romano, a diferencia del griego, considera al Estado y al individuo como entidades separadas y distintas; y la existencia del Estado encuentra su justificación en la protección de los derechos individuales. Decía Cicerón en *La República* que "la República es cosa del pueblo, no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino la sociedad formada bajo la garantía de las leyes con objeto de utilidad común" (sic).

El cristianismo completa las ideas de los estoicos y separa netamente (al menos en el plano teórico) la esfera temporal de la espiritual mediante la conocida frase evangélica "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios". Pero quizá preocupado en demasía por la vida supraterrrenal no se ocupa con tanto énfasis de la libertad terrenal como lo demuestran la "justificación" de San Pablo de la esclavitud "quien es llamado por Dios, aunque sea siervo es en Dios libre" u "obedece a tu amo como al Señor" (epístola a los corintios) y una carta de una santa de la Iglesia Católica (santa Hildegarda) que expresa lo siguiente: "Dios ordena a todos los hombres de manera que el estamento inferior no debe elevarse por encima del superior como hicieron antaño Satán y el primer hombre, que intentaron elevarse por encima a sus respectivos estados".

Pasarían muchos siglos aún hasta que la concepción del hombre como un fin en sí mismo fuera una verdad palpable.

#### b) Edad Media

Este periodo histórico (siglos V al XIV) se caracterizó por la atomización del poder político y una división social estamental, pero sobre todo por la falta de libertad individual. Detengámonos en este punto y veamos el lúcido análisis que realiza Erich Fromm en *El miedo a la libertad* (Bs. As., Paidós, 1984): "Lo que caracteriza a la sociedad medieval, en contraste con la moderna es la falta de libertad individual. Todos, durante el periodo más primitivo, se hallaban encadenados a una determinada función dentro del orden social. Un hombre tenía muy pocas posibilidades de pasar de una

clase a otra, y no menores dificultades tenía para hacerlo desde el punto de vista geográfico, de una ciudad a otra o de un país a otro. Con pocas excepciones, se veía obligado a permanecer en el lugar de su nacimiento. Frecuentemente no poseía ni la libertad de vestirse como quería ni de comer lo que le gustaba. El artesano debía vender a un cierto precio y el campesino hacer lo propio en un determinado lugar, el mercado de la ciudad. Al miembro de un gremio le estaba prohibido revelar todo secreto técnico de producción a cualquiera que no fuera miembro del mismo, y estaba obligado a dejar que sus compañeros de gremio participaran de toda compra ventajosa de materia prima. La vida personal, económica y social se hallaba dominada por reglas y obligaciones a las que prácticamente no escapaba esfera alguna de actividad”.

No se había desarrollado todavía la conciencia del propio yo individual, del yo ajeno y del mundo como entidades separadas. La falta de autoconciencia del individuo en la sociedad medieval es claramente expresada en el siguiente párrafo de J. Burckhardt: “Durante la Edad Media ambos lados de la conciencia humana —la que mira hacia dentro y la que se dirige afuera— yacen en el sueño o semidespiertas bajo un velo común. Un velo tejido de fe, ilusión e infantil inclinación, a través del cual el mundo y la historia eran vistos bajo extraños matices. El hombre era consciente de sí mismo sólo como miembro de una raza, pueblo, partido, familia o corporación; tan sólo a través de una categoría general”. Es sin embargo en esta etapa donde surgen los primeros antecedentes de la moderna concepción del constitucionalismo a través de las cartas y fueros medievales.

Antes de analizar los principales es menester diferenciarlos de las declaraciones de derechos. Las cartas y fueros se basaban en la idea de un poder absoluto del monarca, el que graciosamente o por acuerdo con los señores, concedía a los súbditos ciertas franquicias o derechos, siendo además sus destinatarios limitados: sólo los hombres libres.

Las declaraciones de derechos, en cambio, presuponen un poder limitado del monarca, y sus destinatarios eran todos los hombres y mujeres, es decir eran universales. Eran sancionados por los representantes del pueblo, titular de la soberanía y el poder constituyente, por lo que resultan inconfundibles con las estipulaciones de libertades y franquicias, que constituyeron el movimiento cartista cuyos exponentes típicos analizaremos a continuación.

La Carta Magna dada en Inglaterra por el rey Juan sin Tierra el 15 de junio de 1215 establece la prohibición—salvo casos excepcionales— de establecer tributos sin el consentimiento del Consejo del reino. Otra de sus disposiciones fundamentales es el art. 48: "nadie podrá ser aprisionado, arrestado, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus pares según la ley del país" que constituye un antecedente del *habeas corpus* y del *due process of law* (debido proceso legal: art. 18, Const. Nacional).

También en España encontramos documentos—llamados fueros— que operan como limitaciones a la entonces todopoderosa voluntad del monarca.

Probablemente el más importante fue el fuero de Aragón (1283). Este estatuto—al igual que las Constituciones modernas— era la ley suprema a la que el mismo monarca debía obediencia, existiendo, si bien en forma rudimentaria, un contralor de constitucionalidad a cargo de un funcionario llamado el "Justicia Mayor". También funcionó en dicha época el "juicio de manifestación", que para Linares Quintana constituyó una garantía de la libertad física o corporal de las personas que nada tiene que envidiar a las más perfeccionadas garantías actuales.

#### c) Los albores del constitucionalismo: el Renacimiento y la Reforma

El Renacimiento trae un cambio fundamental en la cosmovisión imperante que de un teocentrismo pasa a un antropocentrismo. Termina de este modo la infancia de la humanidad, el hombre empieza a tomar conciencia de sí, y la preocupación por la salvación es reemplazada por la mundanidad. El hombre se niega a aceptar todo por la fe: nace la ciencia y con ella un nuevo hombre: el individuo.

La Reforma fue un vehemente ataque contra la jerarquía eclesiástica—estructura dominante de la época—; se niega el principio de autoridad y se exige una amplia libertad de conciencia. El individuo es conceptualizado un valor esencial, siendo esto último la base o fundamento filosófico del autogobierno.

Pero no debemos creer que el movimiento reformista fue uniforme en cuanto a la creencia del valor de la libertad humana; podemos distinguir:

## 1) El luteranismo

Esencialmente individualista, para el que no hay fuerza alguna que pueda ejercer coacción sobre la mente humana: "Ni el obispo ni el papa, ni ningún otro hombre tienen el derecho de imponer ni una sola sílaba de ley a un cristiano sin su consentimiento; y quien lo hiciere lo hará siguiendo el espíritu de la tiranía" (Lutero, M., *La libertad del hombre cristiano*).

## 2) El calvinismo

Sistema de pensamiento que mediante la creencia en la predestinación se convirtió en una encendida defensa del *statu quo*. Calvino poco valor reconocía a la libertad de conciencia, constituyendo el sistema político propugnado un autoritarismo de base teocrática.

Un paso más adelante en este camino hacia la libertad lo constituyen los documentos ingleses, que brevemente veremos a continuación.

d) El "Agreement of the People"  
y el "Instrument of Government"

En 1647 en momento clave de la revolución puritana, el consejo de guerra de Cromwell elabora el *Agreement of the People* (Pacto o Acuerdo del Pueblo) sin que se lo llegara a sancionar.

Lo más importante de este documento es la idea de limitar el poder del Parlamento, colocándolo como ley suprema fuera del alcance de sus poderes, declarando en forma expresa los derechos que ninguna autoridad podía allanar sin delito.

Si bien —como dijimos antes— el pacto no tuvo sanción, sus principios influyeron notablemente en el *Instrument*, que sí la obtuvo y se promulgó el 16 de diciembre de 1653. Este documento como ley suprema escrita constituye la única Constitución de ese carácter que conoció en su historia el reino inglés.

Jellinek hace notar esta paradójica situación cuando en su *Teoría del Estado* dice que "la idea de una Constitución escrita ha nacido en el Estado que precisamente hasta hoy no ha tenido ninguna".

El último paso que daremos antes de entrar de lleno en el constitucionalismo propiamente dicho es el análisis de un

importantísimo hito: la Revolución Francesa y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

e) *La Revolución Francesa y la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*

No nos vamos a ocupar aquí del aspecto histórico de la revolución ni de las posibles críticas a uno de sus principales ideólogos -Rousseau- por su idea de la voluntad general como entidad supraindividual y la inevitable consecuencia de un "totalitarismo democrático".

La más importante idea que propagó la Revolución fue la necesidad de una Constitución escrita, por creerse que un pueblo libre para ser tal debía tener una ley fundamental que fuera expresión de la voluntad de la Nación.

Esta idea se completa con la existencia de derechos individuales que ninguna autoridad -so pena de despotismo- podía desconocer: idea que se plasma magníficamente en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (agosto de 1789) que se inicia proclamando: "los representantes del pueblo francés, constituidos en asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el desprecio o el olvido de los derechos del hombre son las únicas causas de las desdichas públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Poder Ejecutivo, pudiendo a cada instante ser comparados con el fin de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante sobre principios simples e incontestables, se inclinen siempre a la conservación de la Constitución y a la felicidad de todos".

Son sus disposiciones más importantes:

- 1) El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos del hombre.
- 2) La libertad consiste en hacer todo lo que no perjudique a otro.
- 3) Los límites a la libertad sólo pueden provenir de la ley.
- 4) Debido proceso legal.
- 5) Libertad de expresión y de conciencia.

6) Repartición proporcional de las cargas públicas.

7) La propiedad es un derecho inviolable y sagrado. Expropiación sólo por causa de utilidad pública previa justa indemnización.

La importancia de estos principios es fundamental en dos aspectos: son la base ideológica del constitucionalismo liberal y como tales lo serán de la Constitución Nacional. A la primera cuestión le dedicaremos el siguiente apartado.

### 3. CONSTITUCIONALISMO LIBERAL. BASES IDEOLÓGICAS

El Estado constitucional —producto del constitucionalismo— se caracteriza por la limitación del poder estatal en pro de las libertades individuales. Esa limitación está dada, por un lado por el reconocimiento de ciertos derechos básicos en la parte llamada “dogmática” de la Constitución y por el otro por la división de poderes, la existencia de controles recíprocos, la periodicidad de los encargados del gobierno, etcétera. Por eso es correcta la aseveración de Friedrich cuando dice que la función del derecho constitucional más que organizar el poder es limitarlo o restringirlo.

El constitucionalismo primitivo —no en sentido peyorativo sino cronológico— asume la forma del constitucionalismo liberal, cuyas bases filosóficas y necesaria proyección en el campo de la política y la economía desmenuzaremos a continuación.

#### a) Bases filosóficas: libertad e igualdad

##### 1) Libertad

Decir para el liberalismo que los hombres son libres implica que cada uno de ellos puede pensar, expresarse y obrar como él quiera y la libertad de otros es el único límite de la libertad de cada uno (Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1981).

En palabras de John Stuart Mill: “El único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros, pero el bien de ese individuo, sea físico, sea moral no es razón suficiente. Ningún hombre puede en buena

lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño si obra de modo diferente a nuestros deseos.

Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviera por objeto el perjuicio de otro. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (Mill, John S., *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, 1984).

La libertad así concebida veda imponer a los individuos sacrificios o privaciones, contra su voluntad, que no redunden en su propio beneficio (Nino llama a este principio "principio de inviolabilidad de la persona", pero su postura acerca de la posibilidad de violación de los derechos individuales por omisión, hace que a su "liberalismo igualitario" lo analicemos luego junto al constitucionalismo social).

Tampoco puede el Estado imponer o interferir en los planes de vida que los individuos libremente elijan, so pretexto de que ellos son inconvenientes, inmorales, etcétera. Este es el llamado "principio de autonomía".

## 2) Igualdad

Decir para el liberalismo que los hombres nacen iguales significa que nadie puede beneficiarse por herencia de derechos o de privilegios que lo coloquen por encima de otros (herencia debe entenderse como prerrogativa de sangre, no como sucesión por causa de muerte).

Pero el concepto de igualdad no implica –todavía más, lo excluye– que todos los hombres tengan en la realidad el mismo status o bienestar económico. Al ser la libertad el valor supremo, la igualdad se limita a una igualdad de posibilidades, de tratamiento frente a la ley. Veremos más adelante cómo juega la igualdad ante el problema de la miseria.

### b) Proyección de las bases

Conjugando los principios de libertad e igualdad llegaremos a la conclusión de que el liberalismo exige un gobierno representativo. ¿Por qué? Una respuesta simple, sin abordar en profundas cuestiones filosóficas acerca de la justificación o superioridad moral de la democracia, sería la siguiente:

te: al ser los hombres libres e iguales, ninguna autoridad puede imponerles por su obediencia. El poder no puede basarse más que en el acuerdo o consenso de los miembros de la sociedad. Nadie puede ejercer el gobierno de una comunidad sino por el consentimiento de los ciudadanos, que le delegan el derecho de mandarlos; de ahí se derivan como consecuencias necesarias el sistema representativo y las elecciones.

Exige también —ya entrando en el terreno de la política económica— la plena vigencia del principio que enunció Adam Smith que limita la acción del Estado a las actividades que los individuos u otras asociaciones menores no puedan realizar (principio de subsidiaridad).

Lo hasta aquí expuesto no nos debe llevar al grosero error de identificar a la ideología liberal con el lema *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* (dejar hacer, dejar pasar, el mundo va sólo por su rumbo).

Si cometemos tamaño equívoco, reduciremos una teoría filosófica, una forma de vida, a una simple teoría económica y caeremos en un "liberalismo" que no es tal, una postura egoísta que ignora la miseria ajena y se ufana soberbiamente de las desigualdades económicas.

Pero el lector podrá preguntarse, si el liberalismo exige de algún modo una manipulación de la economía ¿cuál es la diferencia con un sistema social estatista que respete los derechos individuales? Evita intencionalmente entrar en la polémica de si es posible separar la libertad económica de la libertad en general, en parte porque ello implicaría debatir intrincadas teorías filosóficas —como la de Hayek, según la cual en el estatismo se encuentra el germen del totalitarismo— en parte porque el tema será tocado al desarrollar el constitucionalismo social.

La respuesta a este interrogante nos lleva a postular una "solución liberal" para los problemas económicos, muy diferente de la que puede proponer un social-estatista.

### c) La solución liberal

Antes de entrar de lleno en el problema económico, expondremos la justificación científica del liberalismo económico: la tesis de Hayek, premio Nobel de economía en 1974.

Socialismo y liberalismo no son elecciones equivalentes. No responden a preferencias personales o inclinacio-

nes morales; no se trata de una alternativa política sino de un debate objetivo de carácter científico: tal es el sentido y el mensaje de Hayek, según nos dice Sorman (Sorman, Guy, *La solución liberal*, Bs. As., Atlántida, 1985).

Para Hayek, nuestra sociedad depende de dos interpretaciones posibles y sólo de dos: el orden madurado o espontáneo que él llama *Kosmos*, o el orden impuesto o decretado al que llama *Taxis*. Del primero deriva el liberalismo, del segundo el socialismo. Partiendo de esta posición, Hayek se aboca a demostrar que sólo el liberalismo tiene fundamentos racionales, verificados tanto por la historia como por la lógica.

La sociedad industrial en que vivimos sería el producto espontáneo de iniciativas individuales acumuladas. Creamos estructuras, instituciones que demostraron ser esenciales para nuestra supervivencia y prosperidad sin planificarlas. Hayek da como ejemplo la familia y la propiedad privada. La sociedad obedece a un proceso casi biológico para retener sólo las instituciones mejor adaptadas a nuestro bien común.

Del mismo modo, en el orden económico, la libre empresa, el libre cambio que son la base del crecimiento, no fueron decretados sino experimentados. "Caímos -dice Hayek- en la economía liberal y permanecemos en ella porque constatamos que ése era el medio para escapar a la escasez. Ninguna persona ni gobierno alguno decidió nunca imponer un sistema al que hubiera llamado arbitrariamente economía liberal".

El crecimiento es un accidente no programado, resultado arriesgado y experimental de las iniciativas individuales y de la libertad política. Con el correr de los siglos el crecimiento no ha dejado de desarrollarse, tornándose cada vez más complejo; ahora resulta de la distribución de millones de actos aislados que se organizan espontáneamente.

Pero llegado a este punto del razonamiento, Hayek rompe con los liberales clásicos y entra en la modernidad. Estos estimaban que las leyes nos resultaban desconocidas porque eran de orden divino: "decretos de la Providencia" los llamaba Tocqueville; Hayek es ateo y considera que las leyes del mercado escapan a nosotros sólo porque son demasiado complejas para ser dominadas científicamente. Así el mercado administra una cantidad infinita de informaciones económicas que operan constantemente ajustes instantáneos, operaciones que sería rigurosamente imposible determinar de manera centralizada. La superioridad de la espontanei-

dad del mercado aparece así como una especie de verdad o evidencia experimental.

A la inversa, el orden decretado supone que es imposible dominar las leyes del progreso y construir una sociedad planificada. Para Hayek esto es una ambición demente. La idea de que la burocracia estatal tenga la capacidad técnica de recoger suficientes informaciones, centralizarlas y orientarlas, es insensata; nadie es lo suficientemente inteligente para reinventar el mundo. Constituye entonces el socialismo un exceso de soberbia; una vanidad intelectual que no acepta que existan leyes que el hombre no pueda conocer.

Pasemos ahora a la propuesta del liberalismo contemporáneo para solucionar los problemas económicos.

Mientras un sistema social-estatista manipula a toda la sociedad para responder a las necesidades de algunos, la actitud liberal consiste en dejar funcionar naturalmente a la sociedad y aportar una ayuda directa —p.ej., por medio de subsidios y otros medios de ayuda social— a quienes lo necesitan realmente. La pobreza y la desocupación deben dejar de ser consideradas enfermedades vergonzantes; el deber de solidaridad exige una respuesta para estos problemas.

El verdadero liberal debe reconocer que el crecimiento, por su propia naturaleza, crea tensiones económicas y sociales, suscita desigualdades.

Por lo tanto es lógico y constituye una obligación para un liberal coherente tomar en cuenta esas desigualdades y, sobre todo, no tratar de negarlas o disfrazarlas.

El liberalismo que ignorara —e incluso se vanagloriara— de las desigualdades económicas, amén de ser contrario a la doctrina ética que le sirve de sustento estaría cebando una bomba de tiempo. Esto quiere decir que un sistema que se llame liberal pero no acepte lo antedicho siembra el germen de su propia destrucción. Una explicación simple para esta afirmación la podemos dar recurriendo a las enseñanzas que nos deja la historia. Una revolución —es decir un cambio de sistema— tiene como motor —además del siempre fundamental aporte de los ideólogos— las profundas diferencias socio-económicas y el descontento que ello provoca. Algunos ejemplos que creo bastan para probar la veracidad de la idea aquí expuesta los encontramos en la ya lejana Revolución Francesa, pasando por las más cercanas experiencias de la Rusia zarista, de Cuba y Nicaragua.

En cuanto a la función del Estado, la solución liberal no consiste en declamar: ¡Abajo el Estado, la política, los fun-

cionarios y los impuestos! Muy por el contrario, una sociedad liberal no podría funcionar si en ella no se reconoce claramente el lugar que corresponde al Estado. El liberalismo es el régimen del Estado de derecho, separado de la sociedad civil por una frontera clara y estable de naturaleza constitucional. Es función de ese Estado garantizar los derechos individuales, el orden y la seguridad, en tanto corresponde a la sociedad civil tomar la iniciativa del cambio.

Nos dice Sorman —a quien seguimos en este tema— que esta noción de seguridad resulta esencial para el orden liberal, bien lejos de la caricatura que tiende a asimilar el liberalismo con la ley de la selva. Pero no se trata de seguridad social sino también de seguridad económica; la ausencia de cualquier tipo de protección social en las naciones en vías de desarrollo entorpece su crecimiento. Efectivamente, en una situación de pobreza, un individuo se sentirá inclinado a no correr riesgo alguno para no perder el mínimo vital que le garantiza la supervivencia. Este equilibrio de la escasez es un obstáculo fundamental para el progreso económico, que supone la aceptación del cambio.

Así que el orden liberal supone que el Estado ha de garantizar un mínimo social, sin cuya presencia el progreso económico que arranca a los hombres de sus hábitos será más temido que buscado. De modo que el liberalismo no es la ley de la selva, ni la inseguridad económica y social sino, por el contrario, un intento de reconciliación entre la eficiencia económica y la justicia social que, de manera absurda, el social-estatismo ha tratado de disociar.

El Estado liberal no es un Estado de *laissez faire*; consentir esto sería aceptar el dominio de los más fuertes, preparar el camino al socialismo, que fue lo que hicieron los economistas liberales del siglo pasado.

Nada hay más inestable que una economía de mercado. Por lo tanto ser liberal no significa pretender que el mercado, como si fuera un mecanismo mágico, resuelva todos los problemas. Sin un Estado fuerte y respetado el mercado sucumbe a los monopolios y, si el Estado interviene demasiado, no quedan vestigios de mercado.

La economía de mercado no es una cuestión teológica o dogmática, sino de circunstancias, de examen crítico. Determinar —teniendo siempre en cuenta la superioridad del orden espontáneo— si corresponde al Estado intervenir, constituye por excelencia el objeto del debate político.

El modelo de constitucionalismo liberal —representado, p.ej., por la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la de Argentina de 1853— tuvo su apogeo durante el siglo XIX, imperando en forma absoluta.

Pero el desarrollo del capitalismo y sus consecuencias sociales y económicas sumado a la doctrina que propiciaban Carlos Marx y sus seguidores, habrían de traer nuevos vientos a las ideas constitucionales: el constitucionalismo social, que analizaremos en el siguiente punto.

#### 4. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. IDEOLOGÍA Y PRÁCTICA

Casi con la finalización de la primera guerra mundial surge un importante fenómeno en la historia constitucional: el constitucionalismo social, al que podemos caracterizar primariamente como un vasto movimiento que trata de conciliar al interés individual con el interés de la colectividad, estableciendo normativamente que los derechos individuales deben estar limitados en su práctica o ejercicio por el interés común.

Aparecen por vez primera en las Constituciones, los llamados derechos sociales. Pero esto, como intentaré demostrar, no significa en modo alguno que la teoría constitucional del siglo XIX —el constitucionalismo liberal— negare o desprotegiera los derechos de algunos en favor de otros. Lo que sí efectivamente ocurrió fue que personeros de las clases dominantes aprovecharon ilegítimamente la ideología liberal para conservar y aumentar sus privilegios, traicionando los principios éticos que gobiernan la doctrina y sobre todo en nuestro país, generando una enorme desconfianza de la gente a todo lo que tenga el rótulo liberal.

En palabras simples, cuando llegó el momento decisivo, se privilegió un liberalismo sólo económico, dejando de lado las posibles consecuencias nefastas de esta elección para la propia existencia del sistema.

Dijimos en el apartado anterior que el constitucionalismo social abrevaba intelectualmente en el socialismo, pero no debemos caer en el grosero error de incluir dentro del constitucionalismo social a aquellas Constituciones de raigambre marxista y que en la práctica se han mostrado como formidables instrumentos de negación de las libertades individuales, instaurando la dictadura del proletariado y la abolición de la propiedad privada, en un sistema que com-

porta la supresión de las libertades individuales, llegando a invertir el llamado principio de clausura "todo lo que no está prohibido está permitido" (art. 19, Const. Nacional) por su opuesto, es decir "todo lo que no está permitido está prohibido". Estas Constituciones —p.ej. las soviéticas de 1918, 1924, 1936, 1977— encuadran dentro de la clasificación ontológica que formula el profesor K. Loewenstein en las Constituciones semióticas, que son aquellas "Constituciones difraz" que establecen un mero sistema normativo que sirve para justificar la detentación del poder por sus actuales poseedores, sin respetar los derechos individuales.

En cambio el constitucionalismo social es un movimiento o tendencia esencialmente democrática, con amplio reconocimiento de los derechos y garantías individuales, aunque en su ejercicio se impongan a sus titulares limitaciones fundadas en el interés común, sin alterar esencialmente su contenido.

Son algunos ejemplos de esta tendencia las siguientes Leyes Supremas: México, 1917; Alemania, 1919; Austria, 1920; Yugoslavia, 1921; España, 1931, y luego de la segunda guerra mundial, con el auge de la social democracia, podemos agregar la de Francia de 1958 y, recientemente la de España de 1978.

Transcribiremos a continuación las cláusulas más sobresalientes de algunas de estas Constituciones, para poder apreciar cómo se proyectan sus principios en la letra de la ley y luego analizaremos un tema de fundamental importancia: la posibilidad de violar los derechos de nuestros semejantes por omisión y otro concatenado a éste: la necesaria actuación del Estado para evitar y subsanar esta violación.

#### a) Principales cláusulas del constitucionalismo social

1) "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público" (art. 27, cláusula 3ª). Se busca con esta cláusula eliminar los latifundios y aumentar la productividad.

2) Derecho de huelga y lock out reconocidos expresamente (art. 127).

La Constitución mexicana de 1917, primera del género social consagra los principios fundamentales del derecho laboral constitucional, reconociendo también el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de la empresa.

3) "La vida económica debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y tendiendo a asegurar a todos una existencia digna del hombre" (art. 151). Dentro de estos límites la Constitución alemana de Weimar de 1919 garantiza la libertad económica.

4) "La propiedad obliga y el uso debe ser igualmente en el interés general" (art. 154).

5) Se garantiza a todo alemán el derecho a trabajar, distinto del derecho de trabajar, o sea el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo productivo, y en caso que éste no pudiera serle procurado, debían asegurársele los medios de existencia necesarios (art. 163).

Podemos observar a través de estas disposiciones que el constitucionalismo social exige una participación activa del Estado en la vida económica de la comunidad. Es que para esta postura es posible —a diferencia del constitucionalismo liberal clásico— la violación de los derechos del hombre por la mera omisión.

Antes de analizar esta posibilidad, cerraremos el párrafo con una frase de Benn y Peters (Benn, S. I. - Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, Bs. As., Eudeba, 1984) que creemos sintetiza en buena medida la concepción social que estamos analizando: "Las personas que consideran conveniente la reglamentación estatal que se ha producido en años recientes, a menudo tratan de reconciliarla con la libertad redefiniendo a esa palabra en términos de oportunidad. La falta de restricciones es una definición muy limitada; la libertad tiene tanto un aspecto positivo como uno negativo. Si la educación es cara y los padres son pobres parece una burla de la libertad afirmar que todos son libres de educar como quieren a sus hijos, simplemente porque no hay ley o costumbre que lo prohíba. La libertad de elección puede ser formalmente ilimitada; no habrá libertad, empero, hasta que no sea efectivamente ilimitada. Suprimir obstáculos para que la gente haga lo que desea hacer es, así, una extensión de la libertad. Dar a un inválido una pierna artificial; al ignorante, educación; al desocupado, trabajo, son todas extensiones positivas de la libertad. Las exigencias jurídicas son, entonces, un pequeño precio que ha de pagarse por libertades positivas de esta índole; puesto que sólo renunciamos a poca cosa para recibir mucho más. Y la bondad de la libertad permanece intacta.

Nuestra necesidad de ser libres no puede ser satisfecha como cuestión de hecho a menos que las necesidades de co-

mida, ropa y abrigo hayan sido satisfechas. Porque los hombres muertos no pueden ser libres”.

b) El Estado y la violación de derechos por omisión

Existen tres posiciones claramente diferenciadas acerca de la posibilidad de violación de derechos por omisión, tema central para la aceptabilidad o no de un constitucionalismo del tipo que acabamos de caracterizar, ya que si los derechos sólo pudieran violarse por acción, el Estado no podría justificar su intromisión en el orden natural; todavía más, su propia actuación estaría invalidada por violar derechos de algunos en favor de otros.

Vamos a seguir en este tema el desarrollo que realiza Carlos S. Nino (*Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1985) adaptando sus conclusiones a nuestro tema en particular.

La primera postura (extrema) estaría dada por Nozick, para quien los derechos básicos son correlatos de obligaciones pasivas, de modo que su violación es sólo posible por una conducta activa. Los derechos individuales son concebidos como restricciones laterales a la persecución de objetivos colectivos y no parte de dichos objetivos. Nozick emplea la metáfora de que nuestros derechos forman alrededor nuestro una especie de circunferencia que delimita nuestro espacio moral y ese espacio es invadido por violaciones activas.

Es notable que aún en la alternativa abstencionista más extrema, haya un elemento de activismo por parte del Estado, que consiste en dictar y hacer cumplir normas para que otros se abstengan de actuar.

Y sobre este último punto descargan sus críticas las demás posturas: ¿por qué deberían limitarse los derechos a lo que Bentham llamó los servicios negativos de otros, o sea a la abstención de cosas tales como el homicidio, robo, lesiones o al incumplimiento contractual? ¿Por qué no habría de incluirse un derecho básico al servicio positivo de aliviar las grandes necesidades o sufrimientos o la provisión de educación cuando el costo de estos servicios es pequeño comparado con la necesidad a ser satisfecha y con los recursos financieros de aquellos a quienes se cobra impuesto con ese fin?

No brinda Nozick una respuesta satisfactoria a este requerimiento, lo que lo hace objeto de severas críticas, ya que como dice Farrell, la teoría de Nozick se convierte en una formidable defensa del *status quo*.

Al liberalismo pasivo o conservador (según la clasificación de Nino) se contraponen además del liberalismo igualitario que defiende este autor y también Rawls, una concepción utilitarista, que constituye el otro extremo del problema representado por Singer y Glover que equiparan los actos y omisiones con el mismo valor en cuanto a la violación de derechos.

Estos autores tratan de destruir lo que para ellos es un equívoco o prejuicio fundamental: una omisión es menos mala —aunque tenga las mismas consecuencias— que una acción. Pero si bien logran demostrar la falsedad de este principio, lo que no llegan a establecer con claridad es el nexo causal que hace moralmente relevante la conexión de una omisión con un resultado. ¡Y esto último es fundamental! De lo contrario resultaríamos culpables de todos los infortunios del mundo por omisión (p.ej., por no haber contribuido con una colecta para paliar el hambre en Etiopía, seríamos culpables de las muertes por inanición que allí se produjeron) y también por comisión (con el mismo ejemplo anterior, si hubiésemos contribuido y la comida enviada estuviera envenenada también seríamos responsables). Si tomáramos el nexo causal en sentido amplísimo, produciríamos una hipertrofia de la responsabilidad y ¡todo el mundo sería culpable de todo! Resulta pues necesario abandonar un criterio como el de la condición *sine qua non* y buscar otro que sea aceptable. Aquí es donde Nino toma la posta dejada por Singer y Glover y ofrece una postura intermedia entre las dos expuestas, que si se la comprende y se la encuentra aceptable, puede brindar una justificación para el constitucionalismo social.

Sólo cuando hay una expectativa fundada en hábitos, convenciones, rutinas aceptadas de un comportamiento activo, el sentido común concibe un acto negativo u omisión como causa de un cierto resultado, puesto que en este caso la falta de acción no es parte de las circunstancias normales y, en consecuencia es condición suficiente del resultado si hacemos abstracción de las circunstancias corrientes en el contexto en que el resultado se produce.

Si lo normal era la actuación o comportamiento activo, podemos decir, salvo circunstancias anómalas, que si el resultado no se hubiera producido ello implicaría que la omisión en cuestión no se habría dado.

Cuanto más fuerte es la expectativa de una conducta positiva, más inclinados estaremos a considerar a esa omisión

como anormal en contraste con las demás condiciones del contexto en que el resultado se produce.

Esta conclusión acerca de la causación a través de omisiones implica por una parte que no es cierto que la violación de derechos básicos consista siempre en actos comisivos, y por otra, tampoco sería verdad que toda omisión que sea antecedente necesario de la violación de un derecho, involucre ella misma, violar ese derecho: debe haber una expectativa definida, fundada en regularidades o normas sociales, de que el derecho sea satisfecho por el individuo en cuestión.

De esto concluye Nino –y resulta fundamental para justificar al constitucionalismo social–, que dadas las expectativas vigentes en nuestras sociedades, el Estado violaría los derechos básicos de la gente, si no satisficiera las necesidades mínimas de alimentación, vivienda, atención médica, que son precondiciones para la preservación de los bienes protegidos por esos derechos básicos.

Es claro que esta postura niega la existencia de un orden natural, de lo que Adam Smith llamaba “la mano invisible”; pero es necesario aclarar que esta posición en modo alguno exige una igualdad absoluta de recursos (debemos recordar que juegan los principios de autonomía e inviolabilidad que vimos como sustento del liberalismo clásico, pero para evitar que los individuos utilicen a los demás por omisión –he aquí la relevancia del análisis anterior– se hace participar activamente al principio de inviolabilidad, transformándolo en una directiva de expandir siempre la autonomía de aquellos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida esté más restringida, o como expresa Rawls –*Theory of justice*– en su principio de diferencia, las únicas desigualdades justificables son las que favorecen a los menos favorecidos por esa suerte de lotería natural que nos da determinados recursos y posibilidades desde nuestro nacimiento), ya que ello implicaría, seguramente, la violación de los derechos de unos en favor de otros, lo que está vedado por los principios que analizamos anteriormente.

Termina Nino exponiendo su posición, sosteniendo que el liberalismo igualitario (que con algunas licencias podemos equipararlo al constitucionalismo social) no es a priori estatista o privatista, ya que a diferencia de lo que sostendría un liberal clásico –y aún un neoliberal como Hayek o Sorman– o un socialista amante de la planificación, ningún sistema económico está lógicamente implicado por una con-

cepción dirigida a expandir igualitariamente la autonomía de la gente, ya que la validez de uno u otro sistema estará dada por su eficacia como instrumento para satisfacer ese ideal.

Lo que significa que esta postura está abierta a cualquier demostración de que organismos creados para asegurar una autonomía distribuida igualitariamente en realidad la menoscaban, o de que sociedades privadas formadas para satisfacer planes de vida de algunos individuos florecen a costa de la frustración sistemática de las expectativas de otros, es, en síntesis, una cuestión de hecho, siendo importante el rol de una ingeniería social, que exige investigaciones empíricas y el empleo de medios de control y corrección (tales como leyes antimonopólicas efectivas y participación de los obreros en las ganancias de las empresas) para evitar o al menos reducir el peligro de la explotación de unos en favor de otros.

Vamos a analizar a continuación la experiencia argentina en materia de constitucionalismo social, para finalizar el trabajo con una breve reflexión acerca de los dos sistemas vistos, resaltando los puntos comunes y divergentes.

### c) El constitucionalismo social y la experiencia argentina

No es muy feliz la experiencia argentina en el tema que nos ocupa. El constitucionalismo social llega a través de dos reformas al texto de 1853-1860, que por motivos diversos merecen ser consideradas inconstitucionales.

La primera reforma aludida es la de 1949, a la cual dejando de lado su carácter demagógico, populista y político, la principal crítica que le podemos realizar radica en su inconstitucionalidad manifiesta.

El art. 30 de la Const. Nacional establece que ella puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros, por lo menos, pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

Por su procedimiento de reforma, la Constitución Nacional es rígida, por lo que de acuerdo con Linares Quintana y González Calderón, el art. 30 debe ser interpretado restrictivamente. Esto quiere decir que cuando la Constitución dice dos terceras partes de sus miembros, ella se refiere a dos terceras partes del total de diputados y senadores. La declara-

ción de necesidad de reforma en 1949 consideró las dos terceras partes de los miembros presentes, desvirtuando así el espíritu de la Constitución. Obviando el aspecto técnico-jurídico, no debemos olvidar que esta reforma fue impulsada por la ambición política desmedida del partido gobernante, que, con una evidente intención de perpetuarse en el poder (como lo demuestra la modificación de la cláusula de reelección del Presidente, para posibilitar la continuación en el poder del entonces presidente Perón), sanciona una Constitución sentimental (derechos del niño, del anciano) como si el texto anterior no los tomara en cuenta. Basta para demostrar la falsedad palmaria de esta afirmación, recordar que el Preamble nos habla de promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y el art. 14 dice que todos los habitantes son titulares de derechos.

Esto nos muestra que los constituyentes de 1853 de ningún modo dejaban de considerar los derechos anteriormente citados: simplemente, la Constitución tiene un carácter general y su función de ninguna manera comprende la particularización de las peculiaridades de los habitantes, tarea que compete a leyes especiales, como, por ejemplo, un Código de Familia, otro de Seguridad Social, etcétera.

La segunda reforma a que aludíamos anteriormente es la de 1957, que también merece el calificativo de inconstitucional, ya que proviene de un gobierno de facto ("la Revolución Libertadora") que aun cuando justifiquemos su actuación como gobierno de emergencia, sus facultades jamás podrían extenderse a la derogación de un ordenamiento jurídico vigente (la Constitución de 1949) y como si eso fuera poco a la modificación de la Constitución de 1853-1860 mediante la inclusión de los llamados "derechos sociales" en el art. 14 bis.

Sin embargo, esta inclusión es moralmente plausible; veamos su redacción: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagos; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de la empresa, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrada por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes, jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

Como vemos esta reforma quiso cargar el acento en la solidaridad social, no porque el texto original no la acogiera implícitamente, ni mucho menos porque fuera incompatible con su primitiva redacción, sino para disipar toda duda en la letra expresa de la nueva norma.

Resulta muy lamentable que muchas disposiciones de este fundamental artículo (p.ej., la participación de los obreros en las ganancias de la empresa) no hayan sido reglamentadas, por lo que caen en el vacío, son "letra muerta".

## 5. REFLEXIÓN FINAL

Hemos analizado hasta aquí las dos tendencias que presenta un movimiento esencialmente democrático como el constitucionalismo. Si recordamos lo expuesto, quizá concordemos en que la principal diferencia entre ambos sistemas radica en que el constitucionalismo liberal hace profesión de fe acerca de la existencia de un orden natural, con su consecuencia necesaria de la mayor eficiencia económica de la economía de mercado, en tanto el constitucionalismo social niega la existencia de un orden natural, resultando la economía de mercado un mero reparto de injusticias. Dentro de esta última tendencia aparece como más moderada la postura de Nino, que limita a una cuestión de hecho la eficiencia de la intervención estatal en la vida económica de la comunidad.

Pero como vimos —recordar el mínimo social de Sorman como condición para el progreso del sistema liberal—, el liberalismo contemporáneo (del que podemos citar como glorioso antecedente a John Stuart Mill) no propugna en todo caso el abstencionismo estatal. Simplemente considera que la intervención debe ser temporaria y excepcional para sanear el mercado y resolver las desigualdades que suscita el crecimiento.

Evitar el derroche de recursos (que siempre —y esto es fundamental recordarlo— provienen de los habitantes de un país) y desterrar los privilegios de los burócratas constituyen las ventajas del sistema liberal. Eficiencia —y no paternalismo utilizado con fines políticos— es lo que debe exigirse al Estado.

El pueblo es quien mediante su soberana voluntad exteriorizada en las urnas puede elegir entre ambas alternativas. Eficiencia y no justicia es el objeto del debate entre ambas posturas. Quien falsee la cuestión e introduzca cuestiones ajenas (v.gr., nacionalismo, democracia o autoritarismo) incurre en el más aberrante método de la discusión política: la sofística.

## BIBLIOGRAFIA

- Benn, S. I. - Peters, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, Bs. As., Eudeba, 1984.
- Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1981.
- Farré, Martín D., *Utilitarismo: ética y política*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1983.
- Fromm, Erich, *El miedo a la libertad*, Bs. As., Paidós, 1994.
- Linares Quintana, Segundo V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Bs. As., Plus Ultra, 1981.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1980.
- Mill, John S., *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, 1984.
- Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1983.
- Sorman, Guy, *La solución liberal*, Bs. As., Atlántida, 1985.
- *El Estado mínimo*, Bs. As., Atlántida, 1986.

## **DOCUMENTOS**



## **ACTA PARA LA INTEGRACIÓN ARGENTINO - BRASILEÑA**

El Presidente de la Nación Argentina  
y el Presidente de la República Federativa del Brasil

### **Convenidos:**

De la necesidad de convocar a sus pueblos en el esfuerzo de recorrer una trayectoria común de crecimiento y modernización que les permita superar los obstáculos de hoy y enfrentar los desafíos del siglo XXI.

De la necesidad de encontrar soluciones innovadoras que superen los modelos tradicionalmente aplicados.

### **Concientes:**

De la identidad compartida de ideas y valores que definen su común esencia de pueblos latinoamericanos.

De la importancia de este momento histórico de la relación de las dos naciones, empeñadas en la consolidación de la democracia como sistema de vida y de gobierno.

De la coincidencia en los esfuerzos emprendidos por los dos gobiernos para el crecimiento y desarrollo con estabilidad.

### **Seguros:**

Que la creación de un espacio económico común abre más amplias perspectivas para el crecimiento conjunto y el bienestar de sus pueblos, potenciando la capacidad autónoma de los dos países.

Que este programa constituye un impulso renovado para la integración de América latina y la consolidación de la paz, la democracia, la seguridad y el desarrollo de la región.

### **Alentados:**

Por las auspiciosas propuestas elaboradas por las autoridades de los dos países en el marco de los proyectos de integración binacional encarados a partir de la Declaración de Iguazú de noviembre pasado.

### **Y Resueltos:**

A transformar los permanentes vínculos de amistad y cooperación en una integración que consolide la voluntad de crecer juntos.

### **Deciden:**

1) Establecer el Programa de Integración y Cooperación Económica entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil.

3) Definir los siguientes principios de elaboración y ejecución del Programa...

- El Programa será gradual, en etapas anuales de definición, negociación, ejecución y evaluación.
- El Programa será flexible de forma tal de poder ajustar su alcance, ritmo y objetivos.
- El Programa incluirá, en cada etapa, un conjunto reducido de proyectos integrados en todos sus aspectos, previniéndose inclusive la armonización simétrica de políticas para asegurar el éxito de los proyectos y la credibilidad del Programa.
- El Programa será equilibrado en el sentido que no debe inducir a una especialización de las economías en sectores específicos; que debe estimular la integración intrasectorial, que debe buscar un equilibrio progresivo, cuantitativo y cualitativo, del intercambio por grandes sectores y por argumentos a través de la expansión del comercio.
- El Programa propiciará la modernización tecnológica y una mayor eficiencia en la asignación de recursos en las dos economías, a través de tratamientos preferenciales ante terceros mercados, y la armonización progresiva de políticas económicas con el objetivo final de elevar el nivel de ingreso y de vida de las poblaciones de los dos países.
- La ejecución del Programa contará con la activa participación del empresariado asegurando así su eficaz instrumentación en el contexto de los estímulos creados por los dos gobiernos.

3) Establecer una Comisión de Ejecución del Programa.

4) Determinar que la Comisión de Ejecución sea integrada por el lado argentino por los ministros de Relaciones Exteriores y Culto, de Economía, por el secretario general de la Presidencia de la Nación y por el secretario de Industria y Comercio Exterior, y por el lado brasileño, por los ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda, de la Industria y del Comercio, y por el secretario general del Consejo de Seguridad Nacional, así como por empresarios de cada uno de los dos países.

5) Determinar que la Comisión realice reuniones de trabajo cada seis meses para evaluar la ejecución del Programa y proponer a los dos Presidentes las medidas necesarias para tornarlo más eficiente.

6) Determinar que los Ministros de Relaciones Exteriores coordinen los trabajos relativos a la Comisión de Ejecución del Programa, inclusive los correspondientes a los distintos Grupos de Trabajo creados en virtud de los Protocolos adjuntos.

7) Determinar que se realicen reuniones de consulta sobre políticas macroeconómicas a nivel ministerial entre los dos países.

8) Determinar que la Comisión incorpore a sus trabajos, siempre que sea necesario, a otras autoridades para definir y proponer medidas en campos específicos.

9) Aprobar los Protocolos adjuntos a la presente Acta que constituirán la primera etapa del Programa de Integración y Cooperación Económica entre la Argentina y el Brasil.

Hecho en la ciudad de Buenos Aires a los veintinueve días del mes de julio de 1988, en dos ejemplares originales, en idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

## **PROTOCOLO I**

### **BIENES DE CAPITAL**

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

**Considerando:**

La importancia estratégica de la modernización, expansión y desarrollo tecnológico acelerado del sector de bienes de capital para el crecimiento de las economías argentina y brasileña.

Las características económicas, tecnológicas y financieras de las industrias de bienes de capital en ambos países, que tornan necesarios mercados amplios y previsibles para garantizar una producción eficiente y competitiva.

La importancia de las compras del sector público en la demanda global de bienes de capital.

Que la integración intrasectorial en el área de bienes de capital es la forma más adecuada para la expansión eficiente de la industria y el progreso tecnológico.

La importancia de establecer mecanismos tendientes a satisfacer la demanda de inversión en las respectivas industrias nacionales de bienes de capital.

**Consecuente:**

Que el éxito del Proyecto de Bienes de Capital está íntimamente vinculados a las políticas de crecimiento económico de los Gobiernos de ambos países.

**Deciden:**

1) Establecer en el ámbito del Programa de Integración y Cooperación Económica un Proyecto Integrado de producción, comercio y desarrollo tecnológico de bienes de capital.

2) Acordar que para este Proyecto el universo de Bienes de Capital será el que figura en el Anexo I, pudiendo el mismo ser ampliado de común acuerdo entre las Partes.

3) Acordar que, a partir de ese universo, se negociará una lista común de productos para los efectos del presente Protocolo.

4) Determinar que los productos de la lista común gozarán de tratamiento de producto nacional en Argentina y Brasil, definiéndose como tal:

a) Aranceles 0 (cero).

b) Exclusión de cualquier restricción o traba de naturaleza no tarifaria, sea administrativa, cuantitativa o tributaria aplicada a las importaciones.

5) Establecer, para la lista común de productos, un valor de referencia del intercambio global equivalente a 2000 (dos mil millones de dólares de los Estados Unidos de América, para los próximos cuatro años distribuidos de la siguiente forma:

En 1987 el equivalente a 300 millones de dólares de los EE.UU.

En 1988 el equivalente a 400 millones de dólares de los EE.UU.

En 1989 el equivalente a 350 millones de dólares de los EE.UU.

En 1990 el equivalente a 750 millones de dólares de los EE.UU.

6) Fijar como objetivo deseado que al final de 1990, la lista común represente por los menos un 30 % (treinta por ciento) del universo de bienes de capital acordado. A este fin, el número de productos de esta lista común deberá incrementarse semestralmente en un porcentaje determinado durante el período indicado en el punto 5 anterior. Este porcentaje se establecerá en función de dicho objetivo y en relación a la cantidad de productos que integran inicialmente la lista común.

7) Establecer que el objetivo del intercambio debe ser su expansión equilibrada y que las políticas en el sector de bienes de capital procurarán ser simétricas y armonizadas.

8) Establecer que el intercambio Argentina - Brasil de los productos de la lista común estará en equilibrio dinámico siempre que el superávit cuatrimestral acumulado no sea superior al 10 % (diez por ciento) del valor de referencia fijado, para el conjunto de los tres cuatrimestres (el presente y los dos siguientes), y calculado tomando como base los valores anuales de referencia del punto 3 precedente.

9) Establecer los siguientes mecanismos de restablecimiento del equilibrio dinámico:

A) Si el desequilibrio supera el 10 % (diez por ciento), calculado de acuerdo al punto 8 operan:

a) Inclusión de nuevos productos del universo en la lista común.

b) Esquema financiero adicional entre los Bancos Centrales de los países, conforme a lo establecido en el Protocolo n° 8, puntos 2 y 3.

B) Si el desequilibrio supera el 20 % (veinte por ciento) calculado de acuerdo al punto 8 se opera la cláusula de aporte del Fondo de Inversiones, conforme lo establecido en el Protocolo n° 7, punto 2.

10) Determinar que, a partir del momento que el desequilibrio alcance el índice del 40 % (cuarenta por ciento) calculado de acuerdo con el método del punto 8 anterior, serán adoptadas las medidas necesarias compatibles con la situación general del intercambio para corregir dicho desequilibrio.

11) Determinar que:

A) En las compras del sector público, directo o indirecto, de Argentina y Brasil, los productos de la lista común de origen brasileño o argentino tengan tratamiento similar a los productos de origen local.

B) En las decisiones de importación del sector público directo o indirecto, de Argentina y Brasil, los productos de la lista común, brasileños y argentinos, tengan tratamiento preferencial equivalente con relación a terceros proveedores.

C) En las licitaciones de obras públicas, en ambos países, financiadas con préstamos de instituciones financieras internacionales, los bienes de capital de origen argentino y brasileño respectivamente, que no estén incluidos en la lista común, serán beneficiados en relación a terceros proveedores con una reducción del 30 % (treinta por ciento) del nivel de protección en el margen del precio concedido a los productos locales.

12) Nivelar y mantener el margen de protección total en relación a terceros de forma tal que el nivel de protección para cada producto de la lista común sea equivalente en la Argentina y el Brasil. Este nivel de protección deberá ser de una magnitud tal que influya directamente en el precio de decisión del importador incentivando el flujo de comercio entre la Ar-

gentina y el Brasil. A tal fin serán ajustados para cada producto de la lista común los aranceles y los procedimientos no arancelarios de cualquier naturaleza, sean administrativos, cuantitativos o tributarios, que incidan sobre la importación de terceros proveedores. El efecto sobre la exportación de reintegros e incentivos, para cada producto de la lista común, que uno de los países conceda podrá ser compensado por el otro a través de reintegros, incentivos u otras medidas de equiparación que neutralicen dicho efecto. A partir del inicio del Proyecto, ambos países se comprometen a no adoptar reintegros e incentivos adicionales en relación a los productos de la lista común, sin previo acuerdo de las partes, exceptuando casos de equiparación.

13) Establecer, en este orden de ideas en el ámbito de la Comisión de Ejecución del Programa, un Grupo de Coordinación y Seguimiento permanente para proponer medidas específicas de armonización gradual de políticas que afecten la producción, comercialización y desarrollo tecnológico de bienes de capital y para acompañar y asegurar la buena ejecución del proyecto, e inclusive examinar las cuestiones relativas, entre otras cosas, a medidas de equiparación, cláusulas de salvaguardia, y situaciones excepcionales de mercado, y a la puesta en funcionamiento de mecanismos de corrección del desequilibrio.

14) Establecer en el ámbito de la Comisión de Ejecución del Programa, un Grupo de Trabajo para elaborar las medidas necesarias de naturaleza económica, legal y administrativa, con el fin de:

A) Determinar el margen de protección total equivalente en relación a terceros, que tendrá vigencia a partir del 1° de enero de 1987, simultáneamente a la iniciación del Proyecto y conforme a lo prescrito en el punto 12.

B) Asegurar el tratamiento de producto nacional conforme a lo definido en el punto 71.

La primera reunión de este Grupo de Trabajo tendrá lugar en agosto de 1986, y la tarea deberá concluir el 30 de noviembre de 1988.

15) Determinar que el porcentaje en valor de los componentes importados de terceros países, de los productos de la lista común, no podrá ser superior al 20 % (veinte por ciento) del precio del producto. Este porcentaje será calculado comparando el precio FOB de los componentes importados con el precio FOB de referencia internacional del producto terminado. En ausencia del precio FOB de referencia internacional del producto terminado será utilizado de base de comparación el precio FOB de venta del país exportador sin los impuestos internos. Las materias primas de uso universal importadas que no hayan sido objeto de procesamiento industrial, que las haga específicas para su utilización en la fabricación del producto final, son consideradas para estos efectos de origen local.

16) Determinar que para el Proyecto de que trata este Protocolo los ministros de Economía de Argentina y de Hacienda del Brasil arbitren las medidas necesarias con el objeto que la relación de los tipos de cambio real efectivo, entre las monedas de ambos países, sea equilibrada y suficientemente estable, a fin de que la política cambiaria sea neutral respecto de la competitividad relativa de las exportaciones e importaciones de cada país.

RAUL RICARDO ALONSO - JOSE SAMY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ANZO SCOTI  
JUAN VITAL SOUZA-BELLE - DELANO FUSARO

**PROTOCOLO 2****TRIGO**

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

**Considerando:**

La importancia de asegurar condiciones estables de producción y abastecimiento de alimentos para la mejor ejecución de sus planes nacionales de desarrollo con estabilidad económica.

El objetivo prioritario de elevar el nivel de consumo de la población de sus dos países de la manera más eficaz posible.

Las peculiaridades de la producción agrícola, las características de los mercados internacionales y las políticas agrícolas seguidas por ciertos países productores.

**Deciden:**

1) Establecer, en el ámbito del Programa de Integración y Cooperación Económica, un Proyecto Integrado de producción, almacenamiento, transporte y abastecimiento de trigo.

2) Establecer un Grupo de Trabajo para examinar y proponer un programa gradual de armonización de las políticas económicas en Argentina y Brasil en las áreas de producción, almacenaje, transporte, distribución y consumo de trigo, de forma tal de elevar la productividad y las condiciones de seguridad alimentaria.

3) Establecer, asimismo, otro Grupo de Trabajo para identificar los puntos críticos del sistema de producción, almacenaje, transporte y abastecimiento de trigo entre la Argentina y el Brasil, y las inversiones en infraestructura que deban realizarse, así como proponer su cronograma de ejecución.

4) Ambos Grupos de Trabajo deberán constituirse antes del 30 de setiembre de 1986, y presentar su primer informe a la Comisión de Ejecución del Programa antes del 31 de diciembre del corriente año.

5) Asegurar la más alta prioridad, desde el punto de vista de la inclusión en los respectivos presupuestos y la asignación de recursos, a las inversiones en el sistema a ser realizadas en el territorio de cada país.

6) Establecer el compromiso de compra por parte del Gobierno brasileño y de venta por parte del Gobierno argentino, de los siguientes volúmenes mínimos de trigo, en un periodo inicial de cinco años:

1987: 1.375.000 tn.

1988: 1.450.000 tn.

1989: 1.550.000 tn.

1990: 1.700.000 tn.

1991: 2.000.000 tn.

7) Los tipos, las condiciones de precio, las condiciones de pago, el calendario y puntos de embarque y desembarque, serán definidos por la Junta Nacional de Granos de la Argentina y por la Junta Deliberativa de Trigo del Brasil, de acuerdo con las condiciones normales de mercado y con las prácticas del comercio argentino-brasileño de trigo.

8) La República Federativa del Brasil tendrá asegurada por el Gobierno argentino la condición de comprador privilegiado y, la República Argentina tendrá asegurada por el Gobierno brasileño la condición de proveedor privilegiado.

9) En caso de que la República Argentina no pueda, por razones de orden climático, atender en todo o en parte, en cualquier año los compromisos de abastecimiento establecidos en el punto 6, dará aviso formal con anterioridad al Gobierno brasileño de forma de permitirle a este último buscar fuentes alternativas de abastecimiento.

El Gobierno argentino y el Gobierno brasileño, considerando las decisiones de política económica relativas a la cosecha 1987, concuerdan en que el compromiso de compra y venta, relativo a dicho año, podrá ser satisfecho por la adquisición de trigo y de otros granos, siempre que el total de esas adquisiciones corresponda al valor del volumen de trigo previsto para dicho año.

RAUL RICARDO ALONSO - JOSÉ SASEVY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ARAÚZ SORRE  
JUAN VITAL SOUBOUILLÉ - DILSON FURNARO

### PROTOCOLO 3

#### COMPLEMENTACIÓN DE ABASTECIMIENTO ALIMENTARIO

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Considerando:

La importancia estratégica para el éxito de sus planes de desarrollo con estabilidad económica, la necesidad de garantizar el abastecimiento regular de los principales productos alimenticios de amplio consumo.

La incidencia de los fenómenos climáticos, la natural variación de las cosechas y la situación de los sistemas de almacenaje y transporte en la Argentina y el Brasil.

El objetivo prioritario de aumentar la seguridad alimentaria en los dos países.

Deciden:

1) Establecer los mecanismos que permitan complementar, total o parcialmente, el abastecimiento interno de alimentos en cada país ante eventuales déficits en la producción local.

2) Crear a tal efecto un Grupo de Trabajo, dentro de la Comisión de Ejecución del Programa, que se encargará de definir el conjunto de productos alimenticios cuyo abastecimiento interno podrá ser complementado por la producción del otro país, y proponer los mecanismos que lo garanticen.

3) Asignar a dicho Grupo la tarea de examinar y proponer un esquema gradual de armonización de políticas que incidan en la Argentina y el Brasil

sobre la producción, almacenamiento, transporte y distribución de los productos alimenticios elegidos. Asimismo, este Grupo supervisará la ejecución del esquema propuesto.

4) Dicho Grupo de Trabajo deberá constituirse antes del 30 de setiembre de 1986 y presentar su primer informe a la Comisión antes del 31 de diciembre del corriente año.

RAUL RICARDO ALFONSO - JOSÉ SARNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ARAÚJO SOARES  
JUAN VITAL SOUZAOLIVEIRA - DILSON PERAZO

## PROTOCOLO 4

### EXPANSIÓN DEL COMERCIO

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Considerando:

El objetivo central y prioritario de estimular vigorosamente la expansión del intercambio y su equilibrio dinámico, progresivo, cualitativo y cuantitativo, por grandes sectores y por segmentos.

Que esta expansión depende de la voluntad política de los Gobiernos y de la iniciativa de los agentes económicos privados.

Que el proceso de integración y cooperación económica requiere la armonización de políticas de comercio exterior de la Argentina y el Brasil frente a terceros países.

Que es conveniente actualizar y renegociar los compromisos mutuamente asumidos en el marco de la ALADI, adecuándolos a las realidades productivas actuales de los dos países, a la demanda de los mercados y a las situaciones emergentes de los cambios tecnológicos.

La necesidad de establecer mecanismos que estimulen progresiva y firmemente la integración intrasectorial entre las economías argentina y brasileña.

Deciden:

1) Realizar negociaciones económicas y comerciales tendientes a lograr la expansión gradual y sostenida del intercambio recíproco buscando asimismo una amplia complementación productiva.

2) Establecer que la expansión del comercio será efectuada en forma equilibrada dinámicamente, para lo cual se realizará un efectivo sepelamiento del intercambio adoptando los mecanismos que resulten más adecuados para estimular principalmente la exportación de productos originarios del país deficitario.

3) Iniciar en Montevideo, en la sede de la ALADI, a partir del 4 de agosto próximo, la renegociación del Acuerdo de Alcance Parcial n° 1, conforme a los términos de referencia acordados el 10 de julio pasado (Anexo 1) que deberá concluir a más tardar el 31 de octubre de 1986.

RAUL RICARDO ALFONSO - JOSÉ SARNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ARAÚJO SOARES  
JUAN VITAL SOUZAOLIVEIRA - DILSON PERAZO

**ANEXO I DEL PROTOCOLO 4**  
**CRITERIOS PARA LA RENEGOCIACIÓN**  
**DEL ACUERDO DE ALCANCE PARCIAL N° 1**

Los términos de referencia para la renegociación del Acuerdo de Alcance Parcial n° 1 —del que se excluirán los productos incluidos en la lista común del Protocolo n° 1, sobre Bienes de Capital— serán los siguientes:

a) En lo que se refiere a las normas que regirán el futuro acuerdo, se utilizarán las que fueran aprobadas en las negociaciones del mes de mayo de 1984, estableciéndose una vigencia de seis años para el nuevo acuerdo, plazo que podrá ser prorrogado mediante acuerdos de los países signatarios.

b) La renegociación del AAP n° 1 tendrá como base la totalidad de los productos comprendidos en el mismo, más los nuevos productos que se convenga negociar.

c) Aquellos productos que, en los últimos cuatro años, tengan un comercio promedio inferior a 10 mil dólares mil dólares de los Estados Unidos de América, o no hubieran generado comercio, serán analizados de acuerdo con el interés de cada país para decidir su permanencia en el Acuerdo.

d) Las listas de productos que las Partes deseen retirar deben reducirse a un mínimo. Se incluyen dentro de este concepto los productos declarados sensibles.

Para estos productos se procurarán soluciones negociadas que atiendan los intereses de los dos países.

e) Para los productos no sensibles que permanezcan en el Acuerdo, no se deberán disminuir las preferencias existentes. Caso contrario deberá negociarse el otorgamiento de una compensación adecuada para la parte afectada.

Para aquellos productos sin margen de preferencia cuyo arancel para terceros países sea diferente de cero, se negociará una preferencia porcentual.

f) Las Partes podrán presentar listas específicas de productos que deseen negociar.

g) Se tenderá a no duplicar la negociación de un mismo producto en diferentes instrumentos entre los dos países, situación que dificulta la evaluación de los acuerdos y el manejo operativo de los mismos por los sectores oficiales y privados.

h) Conforme los compromisos asumidos en el mes de abril de 1984, los productos que se negocian no deberán estar sujetos a la aplicación de restricciones no arancelarias ni gravámenes adicionales de efectos equivalentes a un derecho aduanero u otros similares. No obstante, si por razones excepcionales debe conservarse alguna restricción de ese tipo, deberá asumirse un compromiso de su reducción gradual mediante negociación.

Asimismo, en ningún caso se podrán imponer nuevas restricciones o incrementar las existentes.

i) A más tardar el 31 de agosto de 1986 se definirán y se renegociarán los productos a que se refiere el párrafo c, y antes del 30 de setiembre se renegociarán los productos sensibles de ambos países.

RAÚL RICARDO ALFONSO - JOSÉ SARRÍEY  
 DANTE CASUO - ROBERTO AARAU SOARES  
 JUAN VITAL BOURBOULLE - DELSOS FURNARO

## **PROTOCOLO 5**

### **EMPRESAS BINACIONALES**

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

**Considerando:**

El objetivo prioritario de promover la integración y complementación a nivel de empresas para asegurar el éxito del Programa de Integración y Cooperación Económica entre Argentina y Brasil.

Que el proceso de integración económica entre los dos países debe promover con firmeza el fortalecimiento del capital nacional.

La necesidad de establecer mecanismos específicos para promover estos fines.

**Deciden:**

1) Crear condiciones favorables para la constitución de empresas binacionales.

2) Establecer a tal efecto en el marco de la Comisión de Ejecución del Programa, un Grupo de Trabajo para elaborar el proyecto de Estatutos de Empresas Binacionales que contemple la voluntad de asociación de personas jurídicas de capital nacional de los dos países.

3) Dicho Grupo de Trabajo deberá constituirse antes del 30 de setiembre de 1988 y presentar el informe a la Comisión antes del 30 de noviembre del corriente año.

RAÚL RICARDO ALFONÍN - JOSÉ SARNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ABREU SOARES  
JUAN VITAL SOUBREVILLE - DILSON PERAZO

## **PROTOCOLO 6**

### **ASUNTOS FINANCIEROS**

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

**Considerando:**

La necesidad de hacer viable relaciones comerciales más amplias entre los dos países sobre bases equilibradas.

La necesidad de mejorar la liquidez del sistema de compensación del Convenio de Créditos Recíprocos entre la Argentina y el Brasil.

La necesidad de atenuar los posibles desequilibrios del sector específico de Bienes de Capital.

**Deciden:**

I) Establecer que el Banco Central de la República Argentina y el Banco Central del Brasil ajustarán las condiciones técnicas y operativas que hagan más eficiente aquel sistema a través de la creación de un mecanismo de financiamiento recíproco para los saldos deudores registrados en las compensaciones cuatrimestrales.

II) Establecer, a través de los Bancos Centrales respectivos, un esquema financiero adicional que será accionado en el momento que ocurriese un desequilibrio en el intercambio de los productos de la lista común en el área de bienes de capital, en la forma indicada en el Protocolo n° 1, punto 3, A, b.

III) Determinar, en este sentido, que los Bancos Centrales de los dos países abrirán líneas de crédito contingente, cuyos términos y condiciones serán objeto de un ajuste interbancario específico, destinadas a financiar la parte de contado de las exportaciones del país deficitario y/o de las importaciones del país superavitario, necesarias para cubrir el desequilibrio existente.

RAÚL RICARDO ALFONSO - JOSÉ SARNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ABREU SOBRINHO  
JUAN VITAL SOBRINHOILLE - DILSON FERRARO

**PROTOCOLO 7****FONDO DE INVERSIONES**

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

**Considerando:**

La necesidad de fortalecer el proceso de integración y cooperación en el marco del crecimiento económico de ambos países.

La necesidad de fomentar el proceso de acumulación en emprendimientos binacionales.

La necesidad de garantizar la asignación de recursos que estimule el crecimiento equilibrado del comercio, especialmente de bienes de capital y de otros sectores que se incorporen al Programa de Integración y Cooperación Económica.

La importancia del financiamiento de mediano y largo plazo para estimular el proceso de integración económica.

**Deciden:**

I) Crear el Fondo de Inversiones para la promoción del crecimiento económico privilegiando el sector de bienes de capital y los que, en el futuro, se integren al Programa de Cooperación e Integración Económica, según los mecanismos previstos y de acuerdo a las siguientes características.

A) El financiamiento de proyectos destinados a desarrollar la producción a través de créditos a mediano y largo plazo, se otorgará prioritariamente a empresas binacionales, de capital nacional, constituidas de acuerdo a lo establecido en el Protocolo n° 2.

B) El Fondo podrá inclusive, participar como socio minoritario en las empresas binacionales.

C) El capital inicial del Fondo será equivalente a 200 millones de dólares de los EE.UU. (doscientos millones de dólares de EE.UU.) suscrito en partes iguales para ambos países en sus respectivas monedas.

D) La captación de recursos se llevará a cabo en los mercados de capitales de la Argentina y el Brasil, y en los mercados internacionales, así como por medio de las instituciones financieras internacionales, en todos los casos con la garantía de ambos Gobiernos.

2) Establecer que, en el caso que el intercambio comercial de bienes de capital presente un desequilibrio superior al 10 % (veinte por ciento) del valor de referencia mencionado en el Protocolo n° 1, punto 3, B, los dos Gobiernos quedan comprometidos a integrar o aumentar el capital del Fondo, en partes iguales por un valor adicional igual al monto del desequilibrio registrado.

Este incremento de los recursos del Fondo servirá para financiar inversiones localizadas en el país deficitario que tiendan a mejorar su capacidad productiva y exportadora.

3) Mecanismos similares a los referidos en el punto 2 serán establecidos para situaciones del mismo tipo que se produzcan en los nuevos sectores que se vayan incorporando al Programa de Integración y Cooperación Económica.

4) Antes del 30 de noviembre de 1986, el Ministerio de Economía de la República Argentina y el Ministerio de Hacienda de la República Federativa del Brasil definirán la constitución, estructura organizativa y condiciones de funcionamiento del Fondo de Inversiones.

RAUL RICARDO ALFONSO - JOSE SANNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ARRUJ SUAREZ  
JUAN VITAL SOURBOUILLE - NELSON FUMARO

## PROTOCOLO 8 ENERGÍA

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Considerando:

La necesidad del mejor aprovechamiento en la explotación y el uso de los recursos naturales de los dos países.

La importancia estratégica de garantizar la regularidad del abastecimiento energético para el desarrollo económico.

Que la cooperación en materia energética es uno de los factores fundamentales en la integración argentino-brasileña.

El interés común de la Argentina y el Brasil en el aprovechamiento de sus recursos hídricos compartidos.

**Deciden:**

1) Determinar que las autoridades competentes de ambos países concluyan, antes del 31 de diciembre de 1986, los estudios técnicos relativos al suministro por Argentina de gas natural al Brasil, con el objeto de permitir la adopción de las decisiones políticas correspondientes.

2) Determinar que las autoridades competentes de ambos países analicen las posibilidades de participación conjunta en los programas de exploración y posterior explotación petrolífera en territorio argentino, incluyendo el intercambio bilateral tecnológico en el sector, así como también el incremento del intercambio de productos petroquímicos y de derivados del petróleo.

3) Asegurar la conclusión del proyecto básico del aprovechamiento hidroeléctrico binacional de Garabí antes del final del corriente año, así como recomendar la elaboración de un cronograma de trabajo que permita cumplir las etapas subsiguientes del proyecto en los términos del Tratado del 17 de mayo de 1960.

4) Destacar el avance de las negociaciones tendientes a concretar los instrumentos necesarios para la ejecución del aprovechamiento hidroeléctrico de Pichi-Picún-Lauro, con el objeto de iniciar las obras en el menor tiempo posible durante el año 1987.

5) Reafirmar la importancia de las interconexiones eléctricas existentes y subrayar la necesidad de impulsar nuevas obras de interconexión que permitan un mejor aprovechamiento de sus recursos energéticos.

6) Apoyar el fortalecimiento de la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE) a través de una participación activa de ambos países.

RAUL RICARDO ALFONSO - JOSÉ SARNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ASSIS SODRÉ  
JUAN VITAL SOBRINHO LILAK - DILSON FERRARO

**PROTOCOLO 9****BIOTECNOLOGÍA**

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

**Considerando:**

La importancia estratégica de la investigación científico-tecnológica en el área de biotecnología.

La necesidad de perfeccionar los recursos humanos y científicos de los dos países en el sector.

El volumen de las inversiones necesarias para alcanzar una escala adecuada de investigación y la reducción de costos que se logrará por la coordinación y realización conjunta de actividades de investigación.

**Deciden:**

- 1) Establecer el Centro Argentino-Brasileño de Biotecnología.

2) Determinar que dicho Centro sea integrado por dos Polos Generadores de Conocimiento, inicialmente a través de la ampliación de los núcleos de investigación ya existentes.

3) Establecer un Grupo de Trabajo que deberá realizar su primera reunión en el transcurso del mes de setiembre próximo, con la finalidad de redactar los documentos necesarios para el pleno funcionamiento del aludido Centro, los que deberán ser presentados a la Comisión de Ejecución del Programa en el transcurso del presente año.

4) Determinar que el Grupo de Trabajo, en la elaboración de estos documentos, observe los siguientes criterios:

a) Fijar, para cada Polo, Núcleos de Investigación en relación con el número de proyectos conjuntos que se decida desarrollar.

b) Que la actividad dentro de cada Polo esté orientada a apoyar proyectos de desarrollo y aplicación biotecnológica, promoviendo la integración entre "Universidades/Institutos Oficiales" y "Empresas", con el objetivo final de producir bienes y servicios comercializables.

c) Que la dirección del Centro sea ejercida por un investigador argentino o brasileño en forma alternada, a través de un sistema de rotación bianual, debiendo contar con el asesoramiento de un Comité integrado, en igual número, por científicos de los dos países, que podrá proponer proyectos y participará de la evaluación de los Programas de Investigación y Desarrollo encareados por el Centro.

d) Ambos Gobiernos contribuirán por partes iguales en el financiamiento de los Programas de Investigación.

e) Cada Gobierno realizará las inversiones necesarias para complementar la infraestructura de sus respectivos Polos.

RAÚL RICARDO ALFORSÍN - JOSÉ SAINSBY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ANDRÉ SODRÉ  
JUAN VITAL SOBRINHO - DILSON FURBERO

## PROTOCOLO 10

### ESTUDIOS ECONÓMICOS

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Considerando:

La importancia del conocimiento recíproco de las economías argentina y brasileña para facilitar el estudio de medidas que tiendan a la armonización de las políticas económicas de los dos países y permitir el mejor aprovechamiento por la iniciativa privada, de las oportunidades económicas que surgirán como consecuencia del Proceso de Integración encareado.

Deciden:

1) Establecer, en el ámbito del Programa de Integración y Cooperación Económica, el Centro Argentina-Brasil de Altos Estudios Económicos.

2) Determinar que, anualmente, el Centro seleccionará profesionales argentinos y brasileños para que elaboren trabajos de investigación sobre temas relativos a la economía del otro país, según el caso, en el marco y a los fines del Proceso de Integración.

3) Determinar que cada Gobierno contribuirá con una cantidad anual equivalente a 200 mil dólares de los EE.UU. (doscientos mil dólares de los EE.UU.) para cubrir el total de los gastos de este proyecto.

4) Determinar que un Grupo de Trabajo redacte el Estatuto del Centro Argentina-Brasil de Altos Estudios Económicos.

5) Dicho Grupo de Trabajo deberá constituirse antes del 30 de setiembre de 1986 y presentar el proyecto de Estatuto a la Comisión de Ejecución del Programa, antes del 30 de noviembre de 1986.

RAUL RICARDO ALFONSO - JOSÉ BARNEY  
DANTE CAPUTO - ROBERTO ANASTASIO  
JUAN VITAL SCURROVILLE - DILSON PENARO

## PROTOCOLO II

### INFORMACIÓN INMEDIATA Y ASISTENCIA RECÍPROCA EN CASOS DE ACCIDENTES NUCLEARES Y EMERGENCIAS RADIOLÓGICAS

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Visto el Acuerdo de Cooperación para el Desarrollo y la Aplicación de los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear celebrado en Buenos Aires, el 17 de mayo de 1980, así como la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear, firmada en Foz de Iguazú, el 30 de noviembre de 1985.

Teniendo en cuenta el uso en los dos países de radioisótopos y otras fuentes de radiación ionizantes en la medicina, la agricultura, la industria y la generación de energía nucleoelectrónica.

Empeñados en adoptar amplias medidas para garantizar el más alto grado de seguridad en estas actividades.

Conscientes de estas medidas de seguridad son concebidas para reducir las probabilidades de accidentes nucleares y emergencias radiológicas e, igualmente, para mitigar sus consecuencias.

Persuadidos de la conveniencia en la creación de un sistema de pronta notificación de eventuales accidentes nucleares y emergencias radiológicas.

Convencidos de las ventajas de una estrecha cooperación entre los dos países que facilite, cuando sea solicitada, la prestación de asistencia mutua en la eventualidad de accidentes nucleares o emergencias radiológicas.

*Deciden:*

1) Cooperar, inclusive a través del intercambio de informaciones técnicas con miras al establecimiento de medidas y procedimientos que contri-

luyan para prevenir o mitigar los daños que puedan resultar de un eventual accidente nuclear o emergencia radiológica.

2) Comprometer sus esfuerzos, con miras a implantar un sistema de pronta información mutua en caso de accidentes nucleares o emergencias radiológicas en sus respectivos territorios.

3) Establecer que cada Parte podrá, a su criterio, solicitar a la otra Parte la prestación de asistencia en caso de un accidente nuclear o de emergencia radiológica en su territorio. La Parte que recibiera la solicitud de esa asistencia se esforzará para brindarla lo más rápido posible y en la medida de su capacidad.

4) Determinar que el control, la coordinación y la supervisión generales de la asistencia serán competencia de la Parte que la hubiese solicitado.

5) Designar como entidades coordinadoras y ejecutoras del presente Protocolo, en la República Argentina, a la Comisión Nacional de Energía Atómica y en la República Federativa del Brasil, a la Comisión Nacional de Energía Nuclear.

6) Determinar que las entidades arriba mencionadas, establecerán antes del 30 de enero de 1987 los procedimientos necesarios para la ejecución del presente Protocolo.

RAUL RICARDO ALFONSH - JOSE SARRIE  
DANTE CAFUTO - ROBERTO ARREU SOGHE  
JUAN VITAL SOURDISVILLE - EILSON FUMARO

## PROTOCOLO 12 COOPERACIÓN AERONÁUTICA

El Gobierno de la República Argentina  
y el Gobierno de la República Federativa del Brasil

Considerando:

El Convenio firmado entre el Ministerio de Defensa de la República Argentina y la Empresa "EMBRAER" de la República Federativa del Brasil, el 17 de enero de 1966.

La importancia de desarrollar una cooperación técnica, industrial y comercial que conduzca a la máxima complementación posible entre las industrias aeronáuticas de los dos países para atender las necesidades de material aeronáutico, no sólo en sus respectivos mercados internos, sino principalmente en el mercado internacional.

La amplitud de los acuerdos ya firmados, así como la de aquéllos a celebrarse y el largo periodo de vigencia que los mismos prevén.

Deciden:

1) Concretar, a la brevedad posible, las acciones tendientes a la fabricación de aviones brasileños en el "Área Material Córdoba".

2) Estudiar y definir la posible utilización, por las respectivas Fuerzas Armadas, de aviones fabricados por la industria argentina y brasileña, dentro

de una adecuada cooperación industrial e integración armónica, condicionada a los intereses peculiares de cada una de ellas.

3) Crear un Grupo de Trabajo Conjunto destinado al estudio, asesoramiento y seguimiento del intercambio argentino-brasileño en el sector de la industria aeroespacial, bajo la supervisión de ambas Fuerzas Aéreas.

**RAUL RICARDO ALONSO** - **JOSÉ SAMIER**  
**DAWE CAPUTO** - **ROBERTO ANGELO SCOTTI**  
**JUAN VITAL SOBRINELLE** - **DILSON FUMARO**



## MISCELÁNEA



## CONSEJOS PARA EL ESTUDIANTE DE DERECHO

Dr. IGNACIO WINIKRY

Con estas líneas tratamos de sintetizar normas de conducta o más bien consejos para que la riqueza de tu tiempo en la Universidad la aproveches al máximo. Te pedimos un momento de reflexión y un esfuerzo continuado para seguir los que consideres más válidos, en la medida que te sea dado.

Con este espíritu te entregamos este pretencioso Decálogo que se suma a los que entre muchísimos otros redactaron, para los abogados, el profesor uruguayo Couture; para los jueces, nuestro eminente Enrique Díaz de Guirjarro, y el que atañe a los clientes de un abogado que escribimos hace más de veinte años.

### CONSEJOS PARA UN ALUMNO DE DERECHO

1. Has ingresado a la Facultad de Derecho. Todos esperamos mucho de ti. ¡Estudia!
2. Trabajar y estudiar es duro. Mas si no tienes ocupación, búsqueda. Ello te valoriza y aumenta experiencias.
3. No estudies para aprobar. Hazlo para aprender. No te apures. Un diploma no es todo.
4. Usa tus propios apuntes. Estudia en libros, ensayos, trabajos en revistas.
5. Aprovecha todas las bibliotecas para encontrar más material y otras lecturas.
6. Acostúmbrate a leer algún diario de jurisprudencia. Empieza aunque sea sólo por sus sumarios.
7. No temas preguntar a tus profesores y ejercítate en la discusión con ellos y tus compañeros.
8. Razona. Lee mucho. Escribe conciso, claro y aplica el orden clásico: prólogo, desarrollo, conclusiones.
9. Está atento a todas las manifestaciones del ser de tu tiempo y participa en las que están cerca de ti mismo.
10. Goza de tu juventud. Canta, baila, ama. ¡Vive!  
¡Ah! Y no olvides mejorar tu idioma y aprender otro.  
Son las herramientas básicas del camino que tomes en la vida.



## OBRAS PUBLICADAS POR EDITORIAL ASTREA

- ALBERTI, EDGARDO M. (director): *Elementos del derecho comercial.*
- 1-2. VITOLO, DANIEL: *Lex Mercatoria. Evolución en el continente europeo hasta los códigos modernos, incluyendo países socialistas.* 1987.
  3. LE PERA, SERGIO: *Common Law y Lex Mercatoria.* 1986.
  4. GAVALDA, ROBERTO: *Organización monetaria y financiera internacional desde Bretton Woods.* 1987.
  5. La llamada "Nueva Lex Mercatoria". *Unificación y uniformación. Armonización. Arbitraje.* 1987.
  6. *Código de Comercio argentino. Estructura. Relaciones con el Código Civil. Unificación.* 1987.
  7. MENCKE, HORACIO E. y GARIBOLDO, JUAN J.: *Comerciante. Estatuto del comerciante. Libros.* 1987.
  8. CARVAJAL, JUAN C.: *Agentes auxiliares del comercio.* 1987.
  9. AGUIÑIS, ANA M. DE: *Contratos legislados en el Código de Comercio.* 1987.
  - 10-11. ETCHEVERRY, RAÚL A.: *Nuevas figuras contractuales.* 1987.
  12. LABANCA, JORGE: *Prenda con registro y otros modos de asegurar las obligaciones, incluyendo cartas de créditos, contratos de custodia (escrow), garantías de cumplimiento. Prescripción de las obligaciones en el Código de Comercio.* 1987.
  13. LEGÓN, FERNANDO A.: *Títulos de crédito.* 1987.
  - 14-15. LEGÓN, FERNANDO A.: *Papeles de comercio.* 1987.
  16. MIZRAN, GUILLERMO J. H.: *Los mercados. Protección de la competencia. Sistemas.* 1987.
  - 17-18. FARGOSI, HORACIO P.: *Sociedades.* 1987.
  19. *Sociedades y empresas del Estado.* 1987.
  - 20-21. ALEGRIA, HÉCTOR: *Concursos.* 1987.
  22. LAQUIS, MANUEL A.: *Derechos industriales.* 1986.
  - 23-24. *Actuación y transacciones internacionales.* 1987.

25. RAY, JOSÉ D.: *Derecho de la navegación*. 1986.
26. FERNÁNDEZ BRITAL, OSCAR: *Derecho aeronáutico*. 1986.
27. *Derechos de los recursos naturales*. 1987.
28. SAVRANSKY, JORGE: *Bancos y entidades financieras. Operaciones. Contratos de préstamo. Oferta pública de valores*. 1986.
29. MORANDI, JUAN C. F.: *Seguros*. 1987.
30. SIMÓN, JULIO y CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA: *Protección del consumidor. Regímenes de promoción*. 1987.

ALCOURRÓN, CARLOS E. y BULVOIN, EUGENIO: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Reimpresión. 1987.

ALTAMIRA GIGENA, RAUL (coordinador): *Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada*. Autores: CAPÓN PILAS, R.; DE LA FUENTE, H.; ESCUTI, I.; FANJUL, A.; GARZÓN FERREYRA, I.; HERRERA, E.; LIVELLARA, C.; MANTARAS, L.; MARTÍNEZ VIVOT, J.; NOVILLO SARAVIA, E.; SAPPÀ, J.; SARDEGNA, M. A. y VAZQUEZ VIALARD, A.: 2 tomos. 1986.

ÁLVAREZ GARDIOL, ANIEL: *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*. Reimpresión. 1986.

ARAMOUNI, ALBERTO: *Manual práctico de sociedades. Modelos de contratos con sus modificaciones y variantes. Jurisprudencia ordenada por sociedades y cláusulas contractuales*. 1985.

ARCEBI, SAÚL A.: *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*. 1982.

ARGÜELLO, LUIS R.: *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*. 2ª edición corregida. Reimpresión. 1987.

BAGNARDI, HORACIO y DONATO, PEDRO E.: *Código de Procedimientos en Materia de Faltas Municipales. Comentado y anotado. Aspectos prácticos. Formularios usuales. Legislación*. 1987.

BALLESTER, ELIEL C.: *Derecho de respuesta. (Réplica). El público, la información y los medios*. 1987.

**BELLESIO, AUGUSTO C.** (director); **ZANONI, EDUARDO A.** (coordinador) y colaboradores: Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. 10 tomos.

**BIEDNA SCHADEWALDT, ALEJANDRO M.:** *Mora automática.* 1986.

**BLASCO, OSCAR E.:** Régimen jurídico de arrendamientos y aparcerías rurales. Comentado, anotado y concordado. Ley 13.246, texto ordenado con las reformas introducidas por las leyes 17.181, 17.253, 21.452, 22.298 y decreto ley 1639/63. Formularios de contratos. 1981.

**BOFFI BOGGERO, LUIS M.:** Tratado de las obligaciones. 6 tomos.

**BORINSKY CARLOS:** Derecho penal del cheque. Reimpresión. 1988.

**BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANONI, EDUARDO A.:** Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264. Reimpresión. 1987.

**BREBIA, FERNANDO P.:** Contratos agrarios. Arrendamiento rural. Aparcería agrícola. Mediería. Aparcería pecuaria. Capitalización de hacienda. Contrato accidental por cosechas. Pastoreo. Pastaje. Contrato de explotación de tambo en participación. Contrato de explotación de viñas y frutales. Régimen Nacional del Trabajo Agrario. 2ª edición actualizada y ampliada. 1982.

**BREBIA, FERNANDO P.:** Legislación agraria. Recopilación actualizada y ordenada de leyes nacionales concordadas con sus reglamentaciones. 2ª edición, corregida y aumentada. 1979.

Apéndice de actualización. Leyes 21.399, 22.054, 22.108, 22.153, 22.202, 22.248 y 22.298. 1981.

**BREBIA, ROBERTO H.:** Problemática jurídica de los automotores. 2 tomos.

- I. Responsabilidad extracontractual por los accidentes de automotores. 1982.
- II. Responsabilidad contractual por los daños causados por automotores. Transporte y seguro. Resarcimiento de los daños. Régimen del dominio y prescripción. Responsabilidad penal. 1984.

- BREGLIA ARIAS, OMAR y GAUNA, OMAR R.: Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. 2ª edición actualizada. 1987.
- CARDENAS, EDUARDO J.; GRIMSON, RICARDO y ÁLVAREZ, JOSÉ A.: El juicio de insania y la internación psiquiátrica. 1985.
- CARRÓ, GENARO R.: Sobre los límites del lenguaje normativo. 1973.
- CREUS, CARLOS: Derecho penal. Parte especial. 2 tomos. 1983.
- CREUS, CARLOS: Falsificación de documentos en general. 1986.
- CREUS, CARLOS: Reformas al Código Penal. Parte especial. 1985.
- D'ANTONIO, DANIEL H.: Derecho de menores. 3ª edición actualizada y ampliada. 1986.
- DONNA, EDGARDO A.: El exceso en las causas de justificación. Estudio del art. 35 del Código Penal. 1985.
- DROME, JOSÉ R.: Derecho administrativo económico. 2 tomos.
- DROME, JOSÉ R.: La licitación pública. Los contratos de la administración. Procedimientos de contratación. Concursos públicos. Etapas y vicios de la licitación. Relación, responsabilidad, fiscalización y protección jurídica. Reimpresión. 1985.
- DROME, JOSÉ R.: Manual de derecho administrativo. 2 tomos. 1987.
- ECHAVE, DELIA T.; URQUIJO, MARÍA E. y GUBOURG, RICARDO A.: Lógica, proposición y norma. Reimpresión. 1986.
- ESCUTI (H.), IGNACIO A.: Títulos de crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque. 1987.
- ETCHEVERRY, RAÚL A.: Derecho comercial y económico. Parte general. 1987.
- FASSI, SANTIAGO C. y GERHARDT, MARCELO: CONCEPTOS. Comentario exegético de la ley 19.551 con las reformas de la ley 22.917 y jurisprudencia actualizada. 3ª edición ampliada y actualizada. Reimpresión. 1987.
- FENOCHETTO, CARLOS y ARAZI, ROLAND: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Actualizado con las reformas de la ley 22.434. Comentado, anotado y concordado. 3 tomos.

- FERNÁNDEZ, ALBERTO V.: Arte de la persuasión oral. Teoría y práctica de la comunicación por la palabra. Reimpresión. 1987.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, EMILIO: Diccionario de derecho público. Administrativo. Constitucional. Fiscal. 1981.
- FLORIA, CARLOS: Análisis introductorio de la política y el Estado. 1986.
- GOLDENBERG, ISIDORO H.: La relación de causalidad en la responsabilidad civil. 1984.
- GOLDSTEIN, RAÚL: Diccionario de derecho penal y criminología. Reimpresión. 1983.
- GOYENA COPELLO, HÉCTOR R.: Procedimiento sucesorio. 5ª edición ampliada y actualizada. 1987.
- GUIBourg, RICARDO A.: Derecho, sistema y realidad. 1985.
- GUIBourg, RICARDO A.: El fenómeno normativo. 1987.
- HERRERA, ENRIQUE: Extinción de la relación de trabajo. Reimpresión. 1987.
- HUTCHINSON, TOMÁS: Ley nacional de procedimientos administrativos. Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales. 2 tomos.
- LE PERA, SERGIO: Joint venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresarial. 1984.
- LEVITAN, JOSÉ: Los recursos en el proceso civil y comercial. 1986.
- LIVELLARA, CARLOS A.: Medicina, higiene y seguridad de trabajo. 1987.
- LÓPEZ ROSAS, JOSÉ R.: Historia constitucional argentina. 3ª edición actualizada. Reimpresión. 1986.
- LOUTAVY RAREA, ROBERTO G. y OVEJERO LÓPEZ, JULIO C.: Cauducidad de la instancia. 1986.
- MARIGO, SUSANA M. y RAINOLTER, MILTON: Personal de la industria de la construcción. Ley 22.250 y su reglamentación. Comentada, anotada y concordada. 1983.
- MARTÍNEZ VIVOT, JULIO: Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social. 1987.

MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARIA A.; CAYUSO, SUSANA y colaboradores: Constitución y poder político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación. 2 tomos. 1987.

MONTESI, VICTOR L.: Extensión de quiebra. 1985.

NINO, CARLOS S.: Introducción al análisis del derecho. 2ª edición ampliada de "Notas de introducción al derecho". Reimpresión. 1987.

NINO, CARLOS S.: La validez del derecho. 1985.

POVINA, ALFREDO: Tratado de Sociología. 6ª edición ampliada. Reimpresión. 1985.

QUINTANA FERREYRA, FRANCISCO y ALBERTI, EDGARDO M.: Concursos. Ley 19.551 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada. 4 tomos.

Régimen de los concursos. Ley 19.551. Texto ordenado 1984 según dect. 3449/84 con las modificaciones de las leyes 20.312, 20.315, 20.595, 22.917 y 22.985. Complementado con la ley 21.488 de "ajuste de créditos concursales". Exposición de motivos. Revisado y comentado por ADOLFO A. N. ROUILLON. 2ª edición, actualizada. 2ª reimpresión. 1987.

Régimen de contrato de trabajo. Ley 20.744 reformada por la ley 21.297. Texto ordenado 1976 según dect. 390/76 con sus modificaciones posteriores. Revisado, comentado y concordado por RAUL FERNÁNDEZ CAMPÓN. Reimpresión. 1987.

Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550. Texto ordenado 1984 según dect. 841/84 con la incorporación de las leyes 19.060, 19.666, 19.880, 20.337, 20.468, 21.304, 21.357, 21.768, 22.182, 22.280, 22.686, 22.903 y 22.985 y régimen de nominatividad de títulos valores privados emitidos en serie (ley 20.643 modificada por leyes 20.954, 23.299 y decreto 83/86). Exposición de motivos, leyes 19.550 y 22.903. Revisado, ordenado y comentado por JORGE OSVALDO ZUNINO. 4ª edición actualizada. 1987.

REZZONICO, JUAN C.: Contratos con cláusulas predispuestas. 1987.

- ROUILLÓN, ADOLFO A. N.: *Reformas al régimen de los concursos*. Comentario a la ley 22.917. 1986.
- SAGÜES, NESTOR P.: *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Ley 16.986 comentada y concordada con las normas provinciales. Amparo entre particulares. Amparo por mora electoral y laboral. 3ª edición actualizada y ampliada. 1987.
- SALGADO, ALI J.: *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. 1987.
- SANGUINETTI, HORACIO: *Curso de derecho político. Historia del pensamiento político universal y argentino*. Ciencia política. 2ª edición corregida. 1986.
- VAZQUEZ VIALARD, ANTONIO: *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 2 tomos. 3ª edición actualizada. 1986.
- VELARDE, MARTA S.: *Manual de derecho minero*. 1986.
- VERÓN, ALBERTO V.: *Sociedades comerciales. Ley 19.550 y modificatorias*. Comentada, anotada y concordada. 4 tomos.
- VERÓN, A. V. y ZUNINO, J. O.: *Reformas al régimen de sociedades comerciales*. Comentario a la ley 22.903. 1984.
- WAYAR, ERNESTO C.: *Compra y permuta*. 1984.
- ZANNONI, EDUARDO A.: *El daño en la responsabilidad civil*. 2ª edición ampliada y actualizada. 1987.
- ZANNONI, EDUARDO A.: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. 1986.
- ZANNONI, EDUARDO A.: *Régimen de matrimonio civil y divorcio*. 1987.
- ZARINI, HELIO J.: *Análisis de la Constitución nacional. Comentario exegético, origen, reformas, concordancias y antecedentes*. 1986.
- ZARINI, HELIO J.: *Constitución de la Nación Argentina*. Actualizada. 1984. (edición bolsillo)
- ZUNINO, JORGE O.: *Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia*. 1982.
- ZUNINO, JORGE O.: *Sociedades comerciales. Disolución y liquidación*. 2 tomos.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Editorial Astrea, y la impresión se efectuó en Gráfica Minerva, Av. República 332, Ramos Mejía, prov. de Buenos Aires, en la primera quincena de agosto de 1987.



