



EL DERECHO

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Lecciones de España sobre lo que hay que hacer para que el sistema concursal fracase permanentemente

por MIGUEL EDUARDO RUBÍN

(Conclusión del diario del 14 de agosto de 2019)

4 Tercera lección: Cómo se deben importar (cuando hay que hacerlo) los institutos del derecho comparado

En el capítulo primero advertí que, en el mundo en que vivimos, ciertos sectores interesados en los temas concursales son proclives a pensar que las soluciones que vienen del extranjero (sobre todo si cuentan con una denominación en inglés) son superiores a las que el ingenio de nuestro medio es capaz de elaborar. En no pocas ocasiones ello es una falacia.

Nosotros, los argentinos, también hemos padecido el embeleso que nos generaron algunas figuras del *common law*, a las que les encontramos virtudes muy superiores a las que tienen en realidad⁽¹²¹⁾.

A pesar de lo antedicho, hay formas de aprender del derecho comparado. Para demostrarlo volveré al derecho español y al tema central de este estudio.

Desde hace algo más de diez años que en el ambiente concursalista español se habla del *scheme of arrangement*,

(121) Es lo que ocurrió con el *cramdown power*, que fue recibido con bombos y platillos en nuestro medio (DASSO, ARIEL A. [entre muchos aportes], *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown ley n° 24.522, Ad-Hoc y El cramdown del art. 48 LCQ. Una norma imperativa. Notas de su aplicación a través de dos casos jurisprudenciales paradigmáticos*, Revista Argentina de Derecho Empresario, N° 2, IJ-XXXIX-860; MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Cramdown y plan de empresa*, ponencia presentada ante el X Congreso Argentino de Derecho Concursal, libro de ponencias, pág. 227; BARREIRO, MARCELO G. - TRUFFAT, E. DANIEL - LORENTE, JAVIER A., *La aplicación de la facultad prevista en el art. 52.2 "b" de la ley 24.522 (el cramdown power en el derecho argentino)*, La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras del 8-7-05, pág. 34; VÍTOLO, DANIEL R., *Salvataje empresario, "cramdown", transferencia forzosa de acciones y defensa de la competencia*, ponencia presentada ante el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2001; y, *mea culpa*, RUBÍN, MIGUEL E., *Categorización, propuestas de acuerdo preventivo y atribuciones del juez del concurso. Buscando soluciones para los problemas surgidos durante cinco años de aplicación de la ley 24.522*, LL, 2000-E-1015) y que, a la larga, como ocurre en los Estados Unidos, no generó más que casos aislados; por ej.: CNCom., sala D, 27-12-16, "Iconsur S.A. s/conc. prev.", MJ103250.

instituto que apareció en la ley de sociedades inglesa⁽¹²²⁾ (*Companies Act*)⁽¹²³⁾ del año 2006, y que, visto con ojos argentinos, no tiene nada de otro planeta, pues es, ni más ni menos, que una especie de *acuerdo preventivo extrajudicial* similar al de nuestros arts. 69 a 76 de la Ley de Concursos y Quiebras⁽¹²⁴⁾.

Ese acuerdo no necesariamente debe ser llevado a cabo con todos los acreedores, pues alcanza con que se consiga la conformidad de los titulares de los créditos que conformen, por lo menos, el 75 % del pasivo y que, a su vez, sean, por número, la mitad más uno del total⁽¹²⁵⁾. Si se logra cerrar el convenio, sus reglas se aplican forzosamente a los demás acreedores, es decir, tanto a quienes no dieron su conformidad como a quienes se opusieron a él⁽¹²⁶⁾.

Más por lo que los jueces ingleses consienten en los casos que les toca juzgar que por lo que dice la ley de manera explícita, el *scheme of arrangement* es bastante dúctil⁽¹²⁷⁾, pues, entre otras cosas, permite que las deudas

(122) Ver <http://www.legislation.gov.uk/>.

(123) Sección 26: "Court sanction for compromise or arrangement".

(124) El *acuerdo preventivo extrajudicial* fue regulado en nuestro país por la ley 25.589 del año 2002. Sin embargo, era posible llevarlo a la práctica durante la vigencia de la normativa concursal anterior (TRUFFAT, E. DANIEL, *Aproximación a la ley 25.589 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y de la ley 25.563*, ED, 197-947).

Tanto nuestras normas sobre esta cuestión como la de muchos otros países (inclusive Inglaterra) se basaron en los *prepackaged plans* estadounidenses (ALEGRÍA, HÉCTOR, *Acuerdo preventivo extrajudicial [Caracterización, problemas y acuerdos privados]*, RDPC, 2002-3, pág. 145).

(125) No obstante, el procedimiento debe comenzar por el envío de una carta (denominada *practice statement letter* o "PSL") a todos los acreedores, ofreciéndoles la propuesta de acuerdo.

Con el obvio propósito de evitar las maniobras fraudulentas, la compañía debe explicar a los acreedores y al tribunal cuál es el objetivo que pretende lograr y su validez legal. También debe explicitar cualquier interés material que pudieran tener sus directores en el acuerdo (sea como acreedores o por cualquier otro motivo) y qué efecto podría tener ello respecto de otras personas.

El tribunal debe convocar a una audiencia en la que intervendrán los acreedores.

(126) PLANA PALUZIE, ÀLEX, *El scheme of arrangement (acuerdo de refinanciación) en UK*, disponible en <http://www.leyesjurisprudencia.com/2012/03/el-scheme-of-arrangement-acuerdo-de.html>.

(127) PAYNE, JENNIFER, *Schemes of arrangement: theory, structure and operation*, Cambridge University Press, pág. 29.

sean capitalizadas⁽¹²⁸⁾; alternativa que, como anticipé, para el derecho español, hasta que se sancionó el real decreto legislativo 1/2014, era considerada poco menos que imposible⁽¹²⁹⁾.

Todas esas circunstancias deslumbraron a buena parte de la doctrina española, sobre todo cuando aparecieron en escena los casos "Seda de Barcelona"⁽¹³⁰⁾ y "Metrovacesa"⁽¹³¹⁾, dos importantes empresas españolas que, ante sendos cataclismos financieros, y *forum shopping* mediante⁽¹³²⁾, consiguieron que los tribunales ingleses, en poco tiempo, con mínima actividad procesal y a

(128) FLETCHER, CHARLES, *Capital restructuring: when simpler is better*, disponible en <https://www.taylorvinters.com/article/capital-restructuring-simpler-better>.

(129) SAINZ, GRACIA - NÁJERA, ABRAHAM - FERNÁNDEZ AGUADO, JUAN I., *La capitalización de deudas como medida de refinanciación*, disponible en <https://cms.law/es/ESP/Publication/La-capitalizacion-de-deudas-como-medida-de-refinanciacion>; BALIBREA, ANTONIO, *La capitalización de deuda como medida para alcanzar el reequilibrio financiero*, disponible en <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/la-capitalizacion-de-deuda-como-medida-para-alcanzar-el-reequilibrio-financiero>.

(130) En este supuesto, el acuerdo implicaba una reorganización del grupo societario, que llevaría a la separación operativa y financiera de los negocios de *packaging* (APPE) de los de producción de PET y reciclado (Artenius).

También se refinanció la deuda *senior* (€30 millones), por lo cual la compañía se comprometió a aumentar fuertemente el capital, parte del cual sería suscripto por los acreedores (disponible en <https://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/18/suvienda/1303151857.html>).

(131) Metrovacesa, una empresa de bienes raíces con activos en España, Francia y Alemania, consiguió una refinanciación de su deuda con la conformidad de los acreedores, que representaban el 95,2 % de su pasivo de €5725 millones. Capitalizando €1200 millones (principalmente entre sus controlantes que también eran acreedores), disminuyó fuertemente el monto de sus obligaciones, a la vez que consiguió aplazarlas cinco años.

Vale aclarar que Santander, Banesto, BBVA, Caja Madrid, Banco Pastor, Banco Sabadell, La Caixa y Barclays se habían transformado en propietarios del 77 % del capital social de la compañía cuando, en el año 2009, ejecutaron las deudas de la familia Sanahuja, que, hasta entonces, era la dueña de la empresa.

(132) La ley inglesa admite que este tipo de causas judiciales sean juzgadas por sus tribunales por muy diversos motivos: porque la ley inglesa es aplicable a los préstamos, porque el centro principal de los negocios del deudor (COMI) está en Inglaterra, porque allí se encuentran los bienes o los domicilios de un número suficiente de acreedores, etc. Ello significa tener *sufficient connection* con Inglaterra.

Fue por eso que decenas de empresas extranjeras (unas cuantas, españolas) recurrieron a los jueces ingleses para conseguir la homologación de acuerdos de reestructuración de sus pasivos en condiciones que, en sus países de origen, no se habrían admitido (GUDEVIC, KRISTEN, *English schemes of arrangement of non-UK companies: jurisdictional issues*, disponible en <https://www.aciiclaw.org/news/2016/english-schemes-arrangement-non-uk-companies-jurisdictional-issues>).

CONTENIDO

DOCTRINA

Lecciones de España sobre lo que hay que hacer para que el sistema concursal fracase permanentemente, por Miguel Eduardo Rubín (Conclusión del diario del 14 de agosto de 2019) 1

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Pena: Privativa de la libertad: ejecución; prisión domiciliaria; revocación; patologías que afectan la salud del condenado; tratamiento médico adecuado; Servicio Penitenciario Federal; traslado del interno fuera del penal (CS, julio 2-1019) 5

COMERCIAL

Prueba de Peritos: Dictamen: impugnación; requisitos. **Factura:** Falta de impugnación oportuna: efectos (CNCom., sala F, julio 11-2019) 5

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Abogado: Honorarios: regulación; base arancelaria; moneda extranjera; dólares estadounidenses; valor de plaza; tipo de cambio más elevado; aplicación de porcentuales respectivos; art. 27, inc. g), del decreto ley 8904/77 (CApel.CC Morón, sala II, abril 4-2019) 7

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Media sanción para proyecto de registro de partidas de nacimiento con dos padres, por Jorge Nicolás Lafferriere 8

bajo costo, aprobaron sus respectivos acuerdos con los acreedores⁽¹³³⁾.

Ello quedó reconocido por el propio Gobierno español en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompañó al reciente Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (tema al que volveré): “En efecto, algunas importantes sociedades españolas en situación de crisis, en lugar de solicitar [en España] el concurso por razón de una insolvencia real o inminente, acudían, siempre que era posible, a foros extranjeros, con buenos resultados, para beneficiarse de soluciones de las que carecía la legislación española”.

Los *schemes of arrangement* homologados en Inglaterra provocaron gran revuelo en la doctrinaria española. Por ejemplo: ¿qué valor legal tenían dichos acuerdos en España? Algunos, tal vez con ánimo de defender la territorialidad profesional, pretextaron que tales convenios eran contrarios al orden público español⁽¹³⁴⁾. Otros, en cambio, se rindieron ante la evidencia de que esos concordatos, mientras el debate continuaba, cumplían sus efectos sin mayores contratiempos⁽¹³⁵⁾.

De todos modos, algo era evidente: para muchos, el *scheme of arrangement* era considerado como una herramienta legal fabulosa y, por ende, comenzó a crecer el anhelo por incorporarlo a la legislación hispana⁽¹³⁶⁾.

Como vimos, un primer atisbo de acuerdo extrajudicial sobre las obligaciones de un deudor insolvente apareció con la reforma de la Ley Concursal que motivó el real decreto ley 3/2009. Luego, a través de la ley 38/2011, se incorporó la posibilidad de solicitar la homologación judicial de dichos convenios. Pero fue sobre todo con la ley 14/2013⁽¹³⁷⁾ de Apoyo a los Emprendedores⁽¹³⁸⁾ que se presentó en sociedad el *acuerdo colectivo de refinanciación*, que algunos consideraron una adaptación del *scheme of arrangement* inglés⁽¹³⁹⁾.

Empero, su importación al régimen nacional fue rodeado de barrocos requerimientos formales⁽¹⁴⁰⁾, lo que hizo que su alcance terminara siendo muy limitado⁽¹⁴¹⁾. Ilustrativo ejemplo de ello fue la exigencia de que el acuerdo de refinanciación diera lugar a un complejo procedimiento a cargo de un notario⁽¹⁴²⁾, el que incluía la inevitable

(133) Vale aclarar que, a pesar del acuerdo homologado en Inglaterra, la Seda de Barcelona terminó cayendo en liquidación en España (disponible en https://www.infoconcursal.es/istdeta/oDTTn-jmCGjeM=LA-SEDA-DE-BARCELONA-SA_concurso-de-creedores.html; <https://mundoplast.com/la-seda-de-barcelona-en-liquidacion/>).

(134) Por ejemplo: CARRASCO PERERA, ÁNGEL - TORRALBA MENDIOLA, ELISA, *Schemes of arrangement ingleses para sociedades españolas: una crítica*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 14, 2011, pág. 362.

En contra, es decir, sosteniendo que tales acuerdos no violan el orden público español: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., *La eficacia en España de los schemes of arrangement ingleses*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 13, 2010, pág. 383.

(135) Para compulsar las diversas opiniones, ver CID-LUNA, ÁLVARO, *Scheme of arrangement, salvavidas o papel mojado para las empresas*, disponible en <http://www.expansion.com/2013/05/08/juridico/opinion/1368035069.html>; ENDRES, STEFANIE, *El acuerdo de refinanciación y el Scheme of Arrangement inglés*, disponible en <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/el-acuerdo-de-refinanciacion-y-el-scheme-of-arrangement-ingles>; CARRASCO PERERA, ÁNGEL - TORRALBA MENDIOLA, ELISA, *Schemes of arrangement...*, cit., pág. 349; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., *La eficacia en España...*, cit.

(136) En tal línea, ver OLIVENCIA RUIZ, MANUEL, *Los motivos de la reforma de la Ley concursal*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 17, 2012, pág. 23.

(137) Esta ley, recordemos, fue modificada en 2014 y 2015.

(138) TORRUBIA CHALMETA, BLANCA, *Los acuerdos de refinanciación tras el real decreto ley 4/2014, de 7 de marzo*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, año 33, N° 135, 2014, pág. 63.

(139) Un estudio de la evolución del instituto puede verse en PÉREZ CASAS, LUIS, *La homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, disponible en <https://perezcasasynavarro.wixsite.com/soloiuris/single-post/2014/11/10/LA-HOMOLOGACION-C3%93N-JUDICIAL-DE-LOS-ACUERDOS-DE-REFINANCIACION-C3%93N>.

(140) Los autores, desde hace muchos años, critican todas las variantes del concurso español por su extensión en el tiempo, sus costos excesivos y por la sobreabundancia procedimental (HEMMEN, ESTEBAN VAN, *Formalismo judicial, control e incentivos en el concurso de acreedores*, Estabilidad Financiera, N° 16, mayo/2009, pág. 110). Adicionalmente se señala el manifiesto desinterés del común de los acreedores por la suerte del proceso (GOIZUETA, JAVIER, *El gran fracaso de la Ley Concursal*, cit.).

(141) VILLORIA, IÑIGO, *¿Schemes of arrangement en la Ley concursal?*, disponible en https://www.cliffordchance.com/briefings/2011/04/_schemes_of_arrangementenlaleyconcursal.html.

(142) El notario (conf. art. 71 bis 2-e, LC) debe abrir un expediente, que culmina con una escritura pública en la que debe constar, entre otras cosas, “... las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes...” (PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Acuerdos de*

escritura pública⁽¹⁴³⁾, procedimiento cuya finalidad, por más explicaciones que se ensayaron⁽¹⁴⁴⁾, no se alcanzó a comprender⁽¹⁴⁵⁾. Desde luego, ello recarga el tiempo y el costo del procedimiento⁽¹⁴⁶⁾, incluso en casos de menor cuantía⁽¹⁴⁷⁾.

De hecho, España, a pesar de la preocupación que denota prestigiosa doctrina⁽¹⁴⁸⁾, es el país cuyos costos del proceso concursal están entre los más altos de Europa, solo superados por los de Italia⁽¹⁴⁹⁾. Ello también es predicable respecto de los procedimientos para convalidar judicialmente los acuerdos extrajudiciales⁽¹⁵⁰⁾.

Para más, tales costos y procedimientos no conllevan ningún beneficio, ni para el deudor, ni para sus acreedores, pues, a la larga, por más escritura pública, trámite notarial y registral que se haga, de todos modos, el acuerdo extrajudicial puede no ser homologado por el juez (entre otros motivos) por razones de equidad⁽¹⁵¹⁾, y, aunque lo homologue, posteriormente puede ser atacado judicialmente por uno o más acreedores⁽¹⁵²⁾.

Advertirá el lector que ni el notario, ni el Registro garantizan que solo hubieran participado del acuerdo los acreedores genuinos y por los importes y condiciones correspondientes, ni que el acuerdo fuera equánime tanto para los firmantes como para los no firmantes⁽¹⁵³⁾.

refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 20, 2014, pág. 43).

Una copia de esa escritura debe ser presentada en el Registro Mercantil. El cierre del expediente, asimismo, debe ser comunicado al Juzgado competente, y motiva una publicación en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal (art. 238, LC).

Para más detalles, ver MIELGO ÁLVAREZ, MARÍA T., *Los acuerdos pre-concursales de refinanciación*, Escritura Pública, N° 77, 2012, pág. 64; RIVAS RUIZ, AMANAY - GOMÁ LANZÓN, FERNANDO, *Actuación notarial en los expedientes de acuerdos extrajudiciales de pagos del artículo 242 bis de la Ley Concursal*, Notario del Siglo XXI, N° 65, enero-febrero/2016, disponible en <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-65/6064-actuacion-notarial-en-los-expedientes-de-acuerdos-extrajudiciales-de-pagos-del-articulo-242-bis-de-la-ley-concursal>.

(143) Al respecto, ver PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Disposición Adicional Quinta. Escrituras públicas de formalización de acuerdos de refinanciación*, en *Comentario a la Ley Concursal*, Francisco J. Arias Varona, Javier Megías López y Juana Pulgar Ezquerria (dirs.), Andrés Gutiérrez Gilsanz (coord.), Wolters Kluwer, pág. 2543.

(144) Por ejemplo, SÁNCHEZ MORENO, MARÍA, *La participación de notarios y registradores en la fase previa al concurso*, disponible en <https://mariasanchezmoreno.com/wp-content/uploads/2015/09/boletin2013-2.pdf>.

(145) Debo recordar que el *acuerdo preventivo extrajudicial* argentino puede ser otorgado en instrumento privado y que solo deben ser certificadas por escribano público las firmas de las partes y las representaciones invocadas (art. 70, LCQ).

(146) La Disposición Adicional Primera del ordenamiento concursal español estatuye que, “para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos de refinanciación a que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se aplicarán los aranceles correspondientes a los ‘Documentos sin cuantía’ previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989...”, a la vez que dispuso otras medidas para reducir el costo de la escritura, norma que, dicho sea de paso, trajo críticas (así, AZOFRA VEGAS, FERNANDO, *El nuevo régimen de los acuerdos de refinanciación*, El Notario del Siglo XXI, N° 25, 2009, disponible en <https://www.uria.com/pt/abogados/FAV?iniciales=FAV&seccion=publicacion&id=2216&pub=Publicacion>).

Sin embargo, ello no significa que los honorarios y demás costos de la actividad del notario no constituyan una pesada carga (véase al respecto CABANAS TREJO, RICARDO - BALLESTER AZPITARTE, LETICIA, *Estudio sobre la actuación del notario en el acuerdo extrajudicial de pagos*, disponible en <https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/04/13/comentario-mayo-adelantado/>).

(147) En efecto, el art. 242 bis de la LC regulaba un procedimiento especial de acuerdo extrajudicial de pagos de menor complejidad para las personas naturales no empresarias. Empero, en estos supuestos, también hay que recurrir al servicio del notario.

(148) Por ejemplo, ver BELTRÁN, EMILIO, *El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico*, en *La reforma de la legislación concursal*, Ángel Rojo [dir.], Marcial Pons, pág. 323.

(149) Del informe del Banco Mundial sobre Facilidad para Hacer Negocios del año 2018, disponible en https://espanol.doingbusiness.org/es/data/exploreconomies/spain#DB_ri.

(150) Es que el procedimiento es bastante complicado, incluso cuando no hay impugnaciones (SENÉS, CARMEN, *El proceso de homologación judicial de los acuerdos de refinanciación*, en *Los acuerdos de refinanciación y reestructuración. X Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*, Ángel Rojo y Ana B. Campuzano [dirs.] - María L. Sánchez Paredes [coord.], Thomson Reuters-Aranzadi, pág. 147).

(151) Resulta un buen precedente el fallo del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, Sección 2ª, del 25-9-17, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&data=ematch=AN&reference=8151367&links=41091470022017100001&optimizem=20170927&publicinterface=true>.

(152) LEÓN SANZ, FRANCISCO J., *La ineficacia de los acuerdos de refinanciación*, Anuario de Derecho Concursal, N° 33, 2014, pág. 126.

(153) TERREU LACORT, CARLOS, *Problemática del auditor ante la certificación de mayorías en los acuerdos de refinanciación*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 22, 2015, pág. 281.

Por otra parte, algunos de los atractivos que presentaba el *scheme of arrangement*, como capitalizar las deudas, no estaba claro que pudiera llevarse a cabo en España en condiciones similares a las que se empleaban en Inglaterra⁽¹⁵⁴⁾.

A nadie puede extrañar entonces que el número de acuerdos extrajudiciales de reestructuración de la deuda haya sido mínimo en los primeros tiempos y que, a pesar de tantas reformas, hubieran disminuido en el pasado reciente⁽¹⁵⁵⁾.

5 Cuarta lección: Para qué sirven las estadísticas y los estudios de economía

La Ley Concursal no es más una herramienta del sistema⁽¹⁵⁶⁾; sistema cuyo éxito o fracaso depende de diversos factores: las condiciones en la que se encuentra la economía nacional y regional, la política crediticia, el estilo de los jueces, lo que ocurre con otras normas jurídicas que también juegan en los casos de insolvencia, etc.⁽¹⁵⁷⁾.

Hay una forma simple de demostrar la tesis precedente: en la actualidad, según anticipé, se mide la eficiencia de los sistemas concursales a partir de distintos índices (porcentaje de recupero de los créditos, tiempo que demora el procedimiento, su costo, etc.). Si la Ley Concursal realmente fuera fundamental para alcanzar los mejores estándares, bastaría con copiar la normativa de alguno de los países que está en los primeros puestos de esas mediciones. Empero, es obvio que el trasplante legislativo no garantiza el logro de los objetivos⁽¹⁵⁸⁾.

No quiero decir con esto que una ley concursal técnicamente ajustada no ayude a conseguir mejores resultados, porque, en realidad, sí contribuye⁽¹⁵⁹⁾.

Hecha la aclaración precedente, veamos qué debe entenderse por un buen sistema de ley concursal. A mi juicio, la eficiencia del sistema concursal se consigue cuando, en la mayoría de los casos, se obtiene un reparto justo y tempestivo de los recursos (actuales o futuros) del deudor, a la vez que se le permite a este último recuperarse⁽¹⁶⁰⁾.

Cuando el régimen concursal es poco eficaz, la mayoría de los concursados terminan en la liquidación de bienes, el producido de esa operación no trae una razonable satisfacción a sus acreedores y la rehabilitación del concursado llegará tarde o nunca⁽¹⁶¹⁾.

Ahora bien, para que un sistema concursal alcance la eficacia es necesario, primero, hacer un diagnóstico. Para ello es indispensable contar con el auxilio de distintos pro-

(154) Para compulsar los distintos puntos de vista, ver CALVO VÉRGEZ, JUAN, *Entidades financieras y capitalizaciones de deuda en el marco del RDL 4/2014 y Ley 17/2014*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 22, 2015, pág. 369; RECALDE CASTELLS, ANDRÉS J., *Los acuerdos de refinanciación mediante la conversión de deudas en capital*, Anuario de Derecho Concursal, N° 33, 2014, pág. 85; SAGRARIO NAVARRO LÉRIDA, MARÍA - MANZANEQUE LIZANO, MONTSERRAT, *Refinanciaciones y capitalización de deuda: una aproximación económico-jurídica*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 21, 2014, pág. 171; TAPIA HERMIDA, ALBERTO J., *La compensación de créditos mediante su conversión en acciones como medida de refinanciación de las sociedades cotizadas y la obligación de formular una OPA*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 13, 2010, pág. 107.

(155) En 2017 los acuerdos de refinanciación homologados disminuyeron un 24 % respecto al año anterior. Y si bien en el primer semestre de 2018 se incrementaron un poco, la tendencia en el segundo semestre mostró un estancamiento (SÁNCHEZ, LUIS J., *15 aspectos clave que definen los primeros 15 años de la Ley Concursal*, disponible en <https://conflegal.com/20181208-15-aspectos-clave-que-definen-los-primeros-15-anos-de-la-ley-concursal/>).

(156) EZCURRA, HUÁSCAR R., *La muerte del sistema concursal*, cit.

(157) LÓPEZ GUTIÉRREZ, CARLOS, *Insolvencia financiera en la Unión Europea: efecto de la legislación concursal sobre la valoración del mercado (tesis doctoral)*, disponible en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10585/0de5.CLGprevio.pdf.txt?sequence=12>.

(158) Ejemplo: República Dominicana adoptó, textual, el Código Civil de Napoleón, en francés (para comprender el contexto: GUZMÁN ERITO, ALEJANDRO, *La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas*, disponible en http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/civilfrance_codificacioneamaericanas.pdf). No por ello el desempeño de su sistema jurídico estuvo a la par del régimen francés (CAMPILLO PÉREZ, JULIO, *Los códigos dominicanos. Apuntes para su historia, en Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales*, ONAP).

(159) URQUÍA GRANDE, ELENA - CAMACHO MIÑANO, MARÍA DEL MAR - EZAMA, DAVID P., *¿Son eficientes los procesos concursales?*, Estrategia Financiera, N° 279, 2011, pág. 58.

(160) En similar orientación, ver LÓPEZ-GUTIÉRREZ, CARLOS - TORRE-OLMO, BEGOÑA - SANFILIPPO AZOFRA, SERGIO, *¿Puede una ley...*, cit.

(161) RIVERA, JULIO C., *El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio*, en *Reformas concursales*, Rubinzal-Culzoni.

fesionales⁽¹⁶²⁾. Además, deben ser oídos todos los sectores involucrados: las organizaciones empresarias, los sindicatos, los bancos, las asociaciones de consumidores, etc.

Seguidamente, teniendo a la vista las opciones, los responsables de la política deben determinar cuáles son las metas a perseguir y las vías para alcanzarlas⁽¹⁶³⁾.

En este punto hay que determinar cuáles son las normas necesarias o convenientes para mejorar o cambiar el sistema en la dirección seleccionada⁽¹⁶⁴⁾. A tal fin es conveniente recurrir a los estudios que permiten determinar cuál es el impacto que la norma puede tener en el desarrollo económico, en la productividad, etc.⁽¹⁶⁵⁾.

Recién entonces deberían aparecer los abogados especialistas para construir la normativa apropiada⁽¹⁶⁶⁾.

En España la ley 12/1989⁽¹⁶⁷⁾ de Función Estadística Pública regula de qué modo todos los departamentos de la Administración Pública deben nutrirse de los datos oficiales. Como veremos en la sexta lección, desde hace bastante tiempo, también hay disposiciones que imponen laberínticas cargas para el dictado de normas jurídicas⁽¹⁶⁸⁾.

Con todo, abundan las quejas por los defectos que suelen exhibir las leyes que se sancionan⁽¹⁶⁹⁾.

España, en materia concursal, está ampliamente abastecida de estadísticas⁽¹⁷⁰⁾ y de estudios economi-

(162) En la actualidad hay diversas formas de predecir técnicamente lo que podría ocurrir alterando, creando o haciendo desaparecer uno o más elementos de juicio. Ello tiene gran predicamento en la economía (BECERRA BENÍTEZ, FELISA, *Proyecciones económicas: Diversas aproximaciones y metodologías*, eXtoikos, N° 20, 2017, pág. 91, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6407659.pdf>).

Metodologías similares pueden emplearse para legislar con fundamentos técnicos y no basándose en subjetivismos. Para un buen ejemplo véase SALAS RONDÓN, MILLER H. - JIMÉNEZ SERPA, JOSÉ C., *Aplicación de modelos econométricos para estimar la aceptabilidad de una tasa por congestión vehicular*, INGE CUC, vol. 13, N° 2, julio-diciembre/2017, pág. 60, disponible en <http://doi.org/10.17981/>.

(163) MENDES, GILMAR, *Cuestiones fundamentales de técnica legislativa*, Revista Electrónica sobre Reforma del Estado (Brasil), N° 11, 2007, disponible en [http://www.legislarbien.com.br/artsAdj/Tecnica_legislativa_cuestiones_fundamentales_de_il_brasil_\(en_portugues\).pdf](http://www.legislarbien.com.br/artsAdj/Tecnica_legislativa_cuestiones_fundamentales_de_il_brasil_(en_portugues).pdf).

(164) Contemporáneamente, para determinar el impacto que pueden tener las normas que se dicten, se recurre, entre otros estudios, al *Análisis Económico del Derecho* (AED), área en la cual España cuenta con voces calificadas (v. gr., MERCADO PACHECO, PEDRO, *Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, N° 47, 2013, pág. 85, disponible en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/2159/2303>).

En nuestro país, hace casi 20 años, se emplearon esa clase de estudios para mensurar el efecto que podría tener una reforma judicial (CHAYER, HÉCTOR M., *Condiciones para el éxito de la Reforma Judicial*, ED, 195-989).

Desde luego, no hay que pensar que el AED todo lo resuelve. Según como se manejen los datos pueden falsearse las conclusiones (GOERTZEL, TED, *El modelo econométrico como ciencia basura*, Psicología Política, N° 24, 2002, pág. 95, disponible en <https://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N24-5.pdf>).

(165) MARCOS, FRANCISCO, *Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo*, Revista de Administración Pública, N° 179, mayo-agosto/2009, pág. 333.

(166) En realidad, la "especialidad" debería requerirse en dos direcciones: una, tendiente a contar con el auxilio de expertos en la materia a regular (en este caso, derecho concursal, aunque, para cuestiones convergentes, también vale acudir, por ejemplo, a laboralistas, penalistas, etc.); la otra, en busca de profesionales entrenados en técnica legislativa.

En ese sentido debo apuntar que, entre otras, en la Universidad Nacional de Buenos Aires existe la carrera de posgrado en Especialización en Elaboración de Normas Jurídicas (ver http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr_esp_elaboracion_normas.php).

(167) Ver <https://www.boe.es/eli/es/l/1989/05/09/12>.

(168) LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, JESÚS, *La elaboración técnica de los proyectos de ley*, en *La técnica legislativa a debate*, Jesús M. Corona Ferrero, José Tudela y Francesc Pau i Vall (coords.), Asociación Española de Letrados de Parlamentos - AELPA, pág. 185.

(169) SANZ PÉREZ, ÁNGEL L., *Apuntes sobre la técnica legislativa en España*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, N° 26, 2012, pág. 11; GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, PIEDAD, *Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario*, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, N13, 2005, pág. 121, disponible en <https://www.asambleamadrid.es/RevistasAsamblea/R.13.%20Piedad%20Garcia%20Escudero%20Marquez.pdf>.

(170) El Instituto Nacional de Estadística trimestralmente prepara un estudio denominado Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) (el del primer trimestre del año 2019 puede verse en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177018&menu=ultiDatos&idp=1254735576550).

El EPC, como se señala en el mencionado documento, "tiene como objetivo proporcionar información trimestral sobre el número de deudores concursados, así como del tipo de concurso (voluntario o

cos⁽¹⁷¹⁾; estudios que, en muchos casos, contienen sugerencias de modificación de la ley⁽¹⁷²⁾. Algunas instituciones oficiales, como el Banco de España, también suelen presentar informes sobre esta materia⁽¹⁷³⁾.

Nada de ello parece haber sido suficientemente aprovechado a la hora de elaborar las reformas legislativas en materia concursal.

La tarea de redactar las normas concursales es encargada preponderantemente a los abogados⁽¹⁷⁴⁾. Muchas veces, entre esos abogados son convocados jueces y profesionales dedicados en exclusiva a la actividad académica, quienes, por lo tanto, no están en contacto directo con el día a día de los problemas que motiva la insolvencia y, por lo tanto, forman criterio a partir de experiencias que les son relatadas.

El resultado de esa práctica está a la vista.

6 Quinta lección: Cómo hacer para acatar formalmente las normas de la Comunidad dejando todo más o menos como estaba

Hasta el año 2017 estuvo vigente el Reglamento Europeo de Insolvencia 1346/2000, normativa que, es justo subrayar, no tenía normas alusivas a los procedimientos concursales.

Recién en el año 2012 el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión Europea que estudiara la posibilidad de armonizar ciertos aspectos de los preceptos jurídicos relacionados con la reestructuración de pasivos afectados por la insolvencia. Después de un análisis preliminar se llegó a la conclusión de que era urgente abocarse a esa misión.

En consonancia con ese objetivo, el 12-12-12 se presentó en Estrasburgo una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para modificar el referido Reglamento 1346/2000.

No obstante, hubo que esperar hasta el 12-3-14 para que la Comisión Europea emitiera una Recomendación no vinculante sobre un Nuevo Enfoque frente a la Insolvencia y el Fracaso Empresarial (2014/135/UE). Tal Recomendación puso el acento en el derecho preconcursal⁽¹⁷⁵⁾.

necesario), de la clase de procedimiento (ordinario o abreviado) y de la existencia de propuesta anticipada de convenio y de su contenido (quita, espera, quita y espera u otra proposición)". "La información se obtiene a partir de los boletines judiciales que rellenan los Juzgados de lo Mercantil, Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con competencia mercantil".

(171) En España existen numerosos eventos de economistas dedicados a temas concursales. Es así como, recientemente, tuvo lugar en Elche el IX Foro Concursal para Profesionales organizado por el Colegio de Economistas de Alicante (ver <https://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/alicante/2019/06/07/5cf9421afdddf86948b4667.html>).

En esa ocasión se presentaron investigaciones sobre la Ley Concursal, en general objetando las numerosas reformas introducidas por los distintos gobiernos y poniendo de resalto el fracaso del régimen vigente. Algunos propusieron mejoras.

Algo similar ocurrió con los economistas del Registro de Economistas Forenses (REFOR) que, en el año 2018, organizaron el XIV Foro Concursal, en el cual presentaron, resumidos en quince puntos, cuáles son las luces y sombras del sistema concursal. Véase al respecto SÁNCHEZ, LUIS J., *15 aspectos clave...*, cit.

(172) En el mentado XIV Foro Concursal se propuso reformular el régimen de segunda oportunidad, sugiriendo que, entre otras medidas, quedara incluido en este procedimiento el crédito público. También procuraron que el convenio se extendiera a los avalistas y fiadores y que se facilitara la venta de las unidades productivas (actualmente, quien compra una empresa en marcha asume al 100 % las obligaciones fiscales y el sistema de seguridad social que tiene el concursado). Asimismo, se planteó reducir sensiblemente el alcance de los privilegios de los créditos fiscales y generar un procedimiento aliviado para las pymes y micropymes.

En análogo sentido se pronunció el documento titulado *Catorce reformas para que la Justicia no frene la economía española*, disponible en https://www.eleprensario.com/noticias/economia/2018/03/07/catorce_reformas_para_que_justicia_no_frene_economia_espanola_79265_1098.html

(173) Así, GARCÍA-POSADA, MIGUEL - VEGAS, RAQUEL, *Las reformas de la ley concursal durante la gran recesión*, Documentos de Trabajo del Banco de España, N° 1610, 2016, disponible en <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriasadas/DocumentosTrabajo/16/Fich/dt1610.pdf>.

(174) En ocasiones aisladas, como ocurrió con el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal del 16-12-10, que fue el fruto del trabajo de 17 profesionales, algunos de los cuales eran economistas.

(175) CARPUS CARCEA, MIHAELA, *La Recomendación de la Comisión Europea sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N° 22, 2015, pág. 299.

FONDO EDITORIAL



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Walter F. Krieger
Sergio S. Barocelli

DERECHO DEL CONSUMIDOR

Segunda edición
corregida y aumentada

ISBN 978-987-3790-61-4
141 páginas

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

Finalmente, en el año 2015, el Parlamento Europeo y el Consejo promulgaron el nuevo Reglamento 848/2015⁽¹⁷⁶⁾.

Como anticipé, las reformas operadas en el régimen concursal español por los reales decretos leyes 4/2014 y 11/2014 y las leyes 17/2014, 9/2015 y 25/2015 teóricamente tuvieron por objeto introducir las innovaciones que reclamaban los organismos de la Comunidad y el FMI para favorecer la continuidad de empresas viables⁽¹⁷⁷⁾.

Posteriormente, esto es, el 26-6-17, entró en vigor el nuevo Reglamento Europeo 848/2015⁽¹⁷⁸⁾ sobre Procedimientos de Insolvencia⁽¹⁷⁹⁾.

Dicho Reglamento, que en gran medida agrupó y sistematizó normas precedentes, se concentró en temas como la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento recíproco de decisiones, la coordinación entre procedimientos principales y secundarios e, incluso, sobre los concursos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas (arts. 56-60, RPI)⁽¹⁸⁰⁾, iniciativas todas que lucen influenciadas por la Ley Modelo UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza⁽¹⁸¹⁾.

Empero, a la hora de adaptar esas medidas, España —como vimos— en buen grado las complicó, lo cual desató las críticas, incluso, de su propia doctrina⁽¹⁸²⁾.

Y recientemente, cuando hubo que adoptar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Marcos de Reestructuración Preventiva, Segunda Oportunidad y Medidas para Aumentar la Eficacia de los Procedimientos de Condonación, Insolvencia y Reestructuración⁽¹⁸³⁾, todo lo que hizo España fue sancionar el Proyecto de Texto Refundido de la Ley Concursal al que me referiré seguidamente.

Todavía hoy, culminando la segunda década del siglo XXI, España no cuenta con norma alguna que contemple el concurso de grupos económicos⁽¹⁸⁴⁾.

(176) Véase sobre el particular, GERBAUDO, GERMÁN E., *El ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 sobre insolvencia. La prevención de la insolvencia*, MJD13662.

(177) CHECA PRIETO, SUSANA - PAREDES SERRANO, CRISTINA, *Retos de los procesos...*, cit.

(178) Al respecto, además de los estudios ya citados, ver PÉREZ BENÍTEZ, JACINTO J., *Incidencia de la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre insolvencia. El nuevo reglamento europeo 848/2015, sobre procedimientos de insolvencia*, en *Las administraciones públicas en el concurso*, María del Mar Hernández Rodríguez (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, pág. 840; PULGAR EZQUERRA, JUANA, *Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, La Ley, pág. 620.

(179) Debo aclarar que el 26-7-18 entró en vigencia el Reglamento 2018/946 del Parlamento Europeo y del Consejo, que no tuvo más finalidad que sustituir los anexos "A" y "B" del mencionado Reglamento 848/2015 sobre las denominaciones que, en el derecho nacional de los Estados miembros, se dan a los procedimientos de insolvencia y a los administradores concursales.

(180) GARCÍA BARTOLOMÉ, DAVID, *La reciente entrada en vigor del Reglamento Europeo de Insolvencia*, disponible en <https://www.abogacia.es/2017/06/29/la-reciente-entrada-en-vigor-del-reglamento-europeo-de-insolvencia/>.

(181) CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, *Unión Europea: entrada en vigor del Reglamento Europeo de Insolvencia*, disponible en <https://cartasblogatorias.com/2017/07/11/union-europea-entrada-en-vigor-del-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia/>.

(182) GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J., *Los procedimientos concursales...*, cit.

(183) ESTRUCH, JUAN J., *La directiva europea introduce cambios en materia concursal en España*, disponible en <http://comeva.es/la-directiva-europea-introduce-cambios-en-materia-concursal-en-espana/>.

(184) SEBASTIÁN, RAFAEL, *La insolvencia de los grupos de sociedades: una reforma pendiente*, en *La Ley concursal y su aplicación*, Anto-

7 Sexta lección: La torre de Babel concursal

Puesto que es muy extendida la opinión de que la Ley Concursal española no cumple los objetivos para la que fue dictada y, por ende, debería recibir una profunda reforma para ponerla a tono con las necesidades del país⁽¹⁸⁵⁾, hubiera sido lógico que se encarara seriamente esa labor⁽¹⁸⁶⁾. Pero eso no ocurrió y, lo que es más, el Gobierno y Parlamento españoles dedicaron un enorme esfuerzo para, dejando las mismas normas más o menos como estaban, darle una presentación formal diversa⁽¹⁸⁷⁾.

Todo ese operativo tuvo ribetes insólitos. España, como integrante de la Comunidad Europea, estaba obligada a incorporar a su derecho interno la directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Protección de los Conocimientos Técnicos y la Información Empresarial no Divulgados (secretos comerciales). Fue así como dictó la ley 1/2019⁽¹⁸⁸⁾, precisamente, de Secretos Empresariales.

Ese ordenamiento, evidentemente, no tenía nada que ver con la materia concursal. Sin embargo, la Disposición Final 3ª de la ley le encargó al Gobierno que, en un plazo de ocho meses, apruebe un nuevo texto refundido de la Ley Concursal⁽¹⁸⁹⁾. Ni el texto de la ley 1/2019, ni su preámbulo justifican tal decisión.

Sea como fuere, cumpliendo esa manda, el 20-3-19 los Ministerios de Justicia y Economía y Empresa presentaron un proyecto de real decreto legislativo⁽¹⁹⁰⁾ que tiene el texto refundido de la ley concursal 22/2003 y sus sucesivas reformas⁽¹⁹¹⁾.

¿Qué fue lo que se hizo? Se modificó la redacción de unas cuantas normas⁽¹⁹²⁾ sin alterar su sentido⁽¹⁹³⁾ y se redistribuyeron sus contenidos, lo que llevaría a triplicar el número de artículos (de 242 a 751⁽¹⁹⁴⁾), con lo cual la Ley Concursal española, hasta donde llega mi conocimiento, se transformaría en la más extensa del mundo⁽¹⁹⁵⁾.

nio Fernández Rodríguez, José A. Rodríguez, Rafael Sebastián (dirs.), Papeles de la Fundación N° 33, Fundación de Estudios Financieros, pág. 93.

(185) En esa línea, ver AMÉRIGO ALONSO, JOSÉ, *La reforma pendiente de la administración concursal*, Revista Auditores, N° 23, 2016, pág. 20.

(186) El Gobierno, en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que justificaría el reciente Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, implícitamente lo reconoció: "... no faltarán quienes consideren que el Gobierno hubiera debido aprovechar la ocasión para clarificar más el régimen jurídico aplicable a esos institutos y, en especial, del régimen aplicable a los acuerdos de refinanciación —un régimen más preocupado por la consecución de determinados objetivos que por la tipificación institucional—, solventando las muchas dudas que la aplicación de las normas legales ha permitido identificar".

(187) La supuesta necesidad de generar un texto refundido de la Ley Concursal ya aparecía en la Disposición Final Octava de la ley 9/2015, iniciativa que recibió el beneplácito de algún prestigioso autor (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, JUAN, *Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal*, El Blog de Juan Sánchez Calero Guilarte, 1-6-17, disponible en <http://jsanchezcalero.com/propuesta-texto-refundido-la-ley-concursal/>).

(188) Ver https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2364.

(189) Dice la norma: "Al objeto de consolidar en un texto único las modificaciones incorporadas desde su entrada en vigor a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se autoriza al Gobierno para elaborar y aprobar, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Empresa, en un plazo de ocho meses a contar desde la entrada en vigor de la presente ley, un texto refundido de la citada norma. Esta autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos".

(190) El texto puede leerse en http://mediasviewer.wkcols.com/pdf-View.ashx?url_data_id=10463857&repositoryType=es&action=GET.

(191) Véase sobre el particular, GILO GÓMEZ, CÉSAR, *La administración concursal en la propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal*, La Ley Mercantil, N° 54, enero/2019, pág. 4.

(192) Hubo reformas que se hicieron únicamente para cambiar el tiempo de verbo de un vocablo.

(193) Pues, como vimos, la ley 1/2019 no autorizó a llevar a cabo modificaciones de fondo.

(194) Dichos artículos quedaron distribuidos en tres libros, a su vez integrados por títulos, capítulos y, en ocasiones, secciones y subsecciones.

El esfuerzo por separar los temas y subtemas de la ley en artículos independientes hizo que un solo artículo del texto anterior pasara a ocupar un capítulo completo en la nueva redacción (GIL PECHARROMÁN, XAVIER, *El Ministerio de Justicia rehace la Ley Concursal en un texto refundido*, disponible en <https://www.economista.es/legislacion/noticias/9771532/03/19/El-Ministerio-de-Justicia-rehace-la-Ley-Concursal-en-un-texto-refundido.html>).

(195) Recordemos que la ley argentina tiene menos de 300 artículos, lo que no es poco.

Se ha dicho que ello se hizo para facilitar la lectura y comprensión de los preceptos⁽¹⁹⁶⁾. Empero, bastará leer el texto resultante para comprobar que esa finalidad no se alcanzó.

Además, es notorio que el proyectista no pensó en problemas prácticos (algo pedestres, es cierto, pero no menos respetables) como someter a los estudiantes de la materia a esta especie de Constitución de Weimar concursal, o el de los profesionales (abogados, jueces y académicos) que, para abordar la literatura acerca de la Ley de Concursos de los últimos 16 años, deberán recurrir al alambicado procedimiento de buscar en la Tabla de Correspondencias que se encuentra en la Memoria del Proyecto el número de artículo (muchas veces la remisión es a varios artículos) del texto refundido que corresponde a una norma anterior.

Como se ha hecho tradición, ni bien apareció el proyecto arrecieron las críticas⁽¹⁹⁷⁾.

El Proyecto también incurrió en algunas corruptelas en punto a la técnica legislativa. Para comprobarlo hay que hacer un poco de historia.

Ya en el año 1980 España dictó una Orden de la Presidencia del Gobierno⁽¹⁹⁸⁾ (hoy derogada) sobre normas para la elaboración de la Memoria Económica Justificativa de los Proyectos, a nivel nacional⁽¹⁹⁹⁾, de leyes y disposiciones administrativas.

En julio de 2005 aparecieron las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por el Consejo de Ministros. Pero fue recién en el año 2009, mediante el real decreto 1083/2009⁽²⁰⁰⁾, que en el ámbito de la Administración General del Estado se introdujo la figura de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo⁽²⁰¹⁾, la que se completaba con la Guía Metodológica para la Elaboración de la Memoria de Impacto Normativo⁽²⁰²⁾.

Se supone que, de respetarse dicha Guía Metodológica, todo proyecto normativo debería contar con la información necesaria para determinar el impacto que sus disposiciones podrían tener para el Estado desde el punto de vista presupuestario, de reducción de las cargas administrativas, de distribución de las competencias, así como respecto de una multiplicidad de cuestiones que podrían afectar a los justiciables, como ser las que hacen a los temas de género⁽²⁰³⁾.

Ese régimen volvió a ser modificado por el real decreto 931/2017⁽²⁰⁴⁾. Como lo expresa la nota de elevación de

(196) Se consideraron objetivos de la reforma (textual): "Sistematizar un texto desestructurado por desordenadas reformas; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende de aplicar, y eliminar contradicciones —o incluso normas duplicadas o innecesarias—".

(197) Algunas de ellas lanzadas desde la perspectiva gremial de los abogados (por ejemplo, ARIAS LÓPEZ, RAQUEL, *La necesaria reforma de las sucesivas reformas de la Ley Concursal*, disponible en <https://www.abogacia.es/2016/04/22/la-necesaria-reforma-de-las-sucesivas-reformas-de-la-ley-concursal/>).

(198) Ver <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-3070>.

(199) También hay numerosos plexos provinciales de este estilo, como las Directrices para la Elaboración de Proyectos de Ley, Decretos, Órdenes y Resoluciones del Consejo de Gobierno del País Vasco del 23-3-93.

(200) Ver <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/07/03/1083/dof/spa/pdf>.

(201) Sobre el particular, ver LAVILLA RUBIRA, JUAN J., *El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después*, Revista Española de la Función Consultiva, N° 11, pág. 17; REVUELTA PÉREZ, INMACULADA, *Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, N° 193, enero-abril/2014, pág. 83; ORTÍ FERRER, PAULA, *Transparencia y buena regulación: el derecho de acceso a los expedientes normativos y la evaluación de impacto*, en CANALS AMETLLER, DOLORS, *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, pág. 123.

(202) Esta Guía está aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros del 11-12-09, disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/impacto_normativo/parrfo/0/text_es_files/guia-metodologica-ain-1264084813.pdf.

(203) Según la nota oficial de presentación de ese ordenamiento: "La finalidad última de la Memoria del análisis de impacto normativo consiste en garantizar que, a la hora de elaborar y aprobar un proyecto normativo, se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes". "Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de reducción de cargas administrativas, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias".

(204) Texto oficial disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13065>.

dicho plexo jurídico, ello se hizo a instancias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁽²⁰⁵⁾ y de la Comisión Europea⁽²⁰⁶⁾, así como por la aparición de la ley 39/2015⁽²⁰⁷⁾ de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la ley 40/2015⁽²⁰⁸⁾ de Régimen Jurídico del Sector Público.

Fue así como se obligó a que todos los proyectos normativos presentaran una Memoria del Análisis de Impacto Normativo que incluyera un farrago de requisitos que, en muchos casos, lucían superfluos.

Vale señalar que, adicionalmente, la ley 19/2013⁽²⁰⁹⁾ de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno consideró como uno de sus objetivos la revisión y simplificación legal para que la normativa pueda entenderse por el común de los mortales. La Disposición Adicional Segunda puso en cabeza de la Administración General del Estado la revisión, simplificación y, en su caso, la consolidación normativa, para lo cual "habría de efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hubieran quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido, de conformidad con las previsiones constitucionales y legales sobre competencia y procedimiento a seguir, según el rango de las normas que quedasen afectadas".

¿Tiene alguna consecuencia legal negativa dejar de cumplir (o cumplir deficientemente) la obligación de presentar la Memoria de Impacto Normativo?

En un caso, el Tribunal Supremo⁽²¹⁰⁾, basándose en precedentes anteriores, declaró nula una Orden por no haber cumplido cabalmente ese débito⁽²¹¹⁾. En cambio, en otro precedente, el Tribunal Constitucional dispuso que los defectos de técnica legislativa no constituyen motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de una norma⁽²¹²⁾.

La tendencia jurisprudencial predominante parece restarle importancia a esa clase de faltas⁽²¹³⁾. En general, los jueces son permisivos con algunas prácticas que, aunque constituyen mala técnica, aprecian que no tienen entidad como para justificar una invalidez legal⁽²¹⁴⁾.

En consecuencia, es habitual que los proyectos de normas jurídicas no cumplan con el deber de elaborar la Memoria más que de un modo formal⁽²¹⁵⁾. El caso del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal que veremos a continuación es un buen ejemplo⁽²¹⁶⁾.

(205) Así resulta de la Recomendación de la OCDE sobre Política Normativa y Gobernanza de 2012 y de su informe del año 2014, titulado *Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement*, disponible en <https://www.oecd.org/spain/spain-from-administrative-reform-to-continuous-improvement.htm>.

(206) Que publicó, en mayo del 2015, su "Paquete de Mejora Normativa", disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4988_es.htm.

(207) Ver <https://boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10565-consolidado.pdf>.

(208) Ver <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>.

(209) Ver <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>.

(210) Tribunal Supremo, sentencia del 14-3-12, disponible en <http://laadministraciondialia.inap.es/noticia.asp?id=1057507>.

(211) TAS/592/2008 relativa a las Bases Reguladoras de la Concesión de Subvenciones.

(212) STC 136/2011, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2011/136>.

(213) Puede encontrarse una síntesis de los pronunciamientos judiciales más importantes en CÓRDOBA CASTROVERDE, DIEGO, *Irregularidades en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos: alcance de los incumplimientos detectados. Respuesta de los Tribunales*, Revista de Jurisprudencia El Derecho, N° 1, EDB 2011/8218.

(214) BURZACO SAMPER, MARÍA, *Calidad de las normas y regulación económica: maridaje imperfecto y búsqueda de soluciones*, disponible en https://www.researchgate.net/publication/268509341_Calidad_de_las_normas_y_regulacion_economica_maridaje_imperfecto_y_búsqueda_de_soluciones.

(215) SEBASTIÁN, CARLOS, *Sobre la producción normativa en España*, disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2014/10/21/sobre-la-produccion-normativa-en-espana/>.

(216) La Memoria que se presentó con el Proyecto puede ubicarse en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429-192635?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMemoria_de_Analisis_de_Impacto_Normativo_del_Proyecto_de_Real_Decreto_Legislativo_por_el_que_se_ap.PDF.

El texto oficial del Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal contiene una gigantesca Memoria del Análisis de Impacto Normativo (118 págs.), para cuya elaboración –según se afirma– se emplearon la Guía Metodológica aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros del 11-12-09 y la Disposición Adicional Primera del real decreto 1083/2009.

Empero, por entonces, el real decreto 1083/2009 había sido derogado por el real decreto 931/2017⁽²¹⁷⁾, que, como acabamos de ver, generó una nueva modalidad de Memoria del Análisis de Impacto Normativo⁽²¹⁸⁾.

Veamos, someramente, lo que se dijo para cumplir los requisitos en cuestión:

- Respecto de las *principales alternativas consideradas* se expresó: “No se han valorado otras alternativas, ya que el texto refundido es el único modo de alcanzar los objetivos que persigue el proyecto”. No se explica cuáles son los fundamentos de esa aseveración.

- En punto a los *efectos sobre la economía en general* se afirmó que es “positivo, porque la simplificación y aclaración normativa favorece el conocimiento de la normativa por parte de sus destinatarios e incrementa la seguridad jurídica”. Tampoco se aclara el porqué de tal aserto.

- Otros recaudos se cubrieron con el mismo esmero con el que se llena un formulario intrascendente. Por ejemplo, sobre si la reforma legislativa implica generar nuevas cargas administrativas para el presupuesto del Estado y, en su caso, cuantificarlas, o sobre el impacto sobre las cuestiones de género.

Como corolario, me permitiré parafrasear a CASTELLANOS SÁNCHEZ⁽²¹⁹⁾ cuando, para tratar de definir el objetivo del derecho concursal, y evocando a Simbad, recordó que “para viajar no se necesitan de ‘alfombras mágicas’; basta una buena brújula”.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - SOCIEDADES - SOCIEDADES COMERCIALES - CONCURSO PREVENTIVO - CONCURSOS Y QUIEBRAS - PRIVILEGIOS - EMPRESAS - DERECHO COMPARADO - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - JURISPRUDENCIA - ECONOMÍA

(217) Texto oficial disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-13065>.

(218) Tal real decreto, dictado el 27-10-17, según la Disposición Final única, entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, mucho antes de dado a conocer el proyecto de Texto Refundido de la Ley Concursal.

(219) CASTELLANOS SÁNCHEZ, LUIS F., *Las mil y una noches del derecho concursal. Unos objetivos y principios de cuento*, Thémis Revista de Derecho, N° 57, pág. 199.

JURISPRUDENCIA

Pena:

Privativa de la libertad: ejecución; prisión domiciliaria; revocación; patologías que afectan la salud del condenado; tratamiento médico adecuado; Servicio Penitenciario Federal; traslado del interno fuera del penal.

1 – *Es admisible el recurso extraordinario y corresponde revocar la sentencia de Cámara que concedió la detención domiciliaria a un condenado en razón de las patologías que afectan su salud, pues el a quo no debió disponer esa medida excepcional sin antes haber corroborado que el Servicio Penitenciario no podía garantizar que el interno recibiera la atención médica necesaria para resguardar su salud aun cuando permaneciera en prisión* (del dictamen del PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN que la Corte comparte y hace suyo).

2 – *Corresponde revocar la detención domiciliaria concedida por la Cámara a quo pues, en el caso de autos, no está en discusión que las patologías que padece el condenado pueden recibir el tratamiento médico adecuado aun cuando permanezca en prisión, sino que lo que no se ha logrado precisar es si el Servicio Penitenciario Federal es incapaz de cumplir con su deber de trasladar oportunamente al interno para que reciba cierta atención profesional necesaria fuera del penal, o bien si los incumplimientos registrados se debieron a errores que pueden ser evitados en el futuro* (del dictamen del

PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN que la Corte comparte y hace suyo).

3 – *La detención domiciliaria es una medida excepcional dirigida a evitar el trato cruel, inhumano o degradante del privado de su libertad o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar, como el derecho a la salud* (del dictamen del PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN que la Corte comparte y hace suyo). M.E.

60.203 – CS, julio 2-1019. – A., G. A. s/incidente de recurso extraordinario (causa n° FCB 93000172/2009/TO1/5/1/1/CS1).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL ANTE LA CORTE: I. La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal concedió la detención domiciliaria a G. A. A., condenado en 2010 a la pena de prisión perpetua por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba (fs. 1/6 vta.). Contra lo decidido por el *a quo*, el representante de este Ministerio Público interpuso recurso extraordinario (fs. 7/22 vta.), que fue concedido (fs. 30 y vta.).

II. El recurrente calificó como arbitraria la resolución impugnada. Por un lado, señaló que de los informes médicos agregados a las actuaciones surge que A. presenta patologías que pueden ser atendidas debidamente en la prisión donde estaba alojado, y que no existía ninguna constancia de que su estado de salud hubiera empeorado a raíz de esa detención, por lo que no había fundamento suficiente para concederle la medida cuestionada. No desconoció que el Servicio Penitenciario Federal incumplió con su deber de trasladar oportunamente al condenado para que realizara algunas visitas médicas dispuestas por el tribunal de ejecución penal, pero afirmó que este tribunal ya había ordenado que se remediara esa situación, y que se lo informara de las causas de eventuales incumplimientos futuros. En segundo lugar, con cita de numerosos fallos de la Corte, sostuvo que el *a quo* omitió el análisis del aumento del riesgo de fuga que genera la concesión de la detención domiciliaria en este caso, por lo que se vulneró el especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados en procesos como el *sub examine*, en relación con los cuales el Estado argentino asumió la responsabilidad intencional de garantizar la realización del derecho penal (fs. 7/22 vta.).

III. Entiendo que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, con base en las consideraciones expuestas a ese respecto en la sentencia dictada el 27 de agosto de 2013 en los autos O. 296, XLVIII, “O. R., Jorge Carlos s/recurso de casación”, por lo que me remito a ellas en beneficio de la brevedad.

IV. El *a quo* admitió que, como señala el recurrente, el Cuerpo Médico Forense opinó que la permanencia de A. en la unidad carcelaria no impedía el tratamiento médico adecuado a sus dolencias. Por ello, si bien tuvo en cuenta que aquel tiene más de setenta años de edad, el argumento determinante de su decisión fue que, en más de una ocasión, el Servicio Penitenciario Federal no logró cumplir de manera eficiente con su traslado para que pudiera ser atendido por médicos externos a esa institución (fs. 1/6 vta.).

En particular, según lo expuesto por la juez Figueroa en su voto en disidencia, A. perdió cuatro turnos médicos debido a su traslado tardío o frustrado. Al responder al requerimiento del juez de ejecución acerca de las razones por las cuales se había incumplido con el traslado ordenado para el 30 de junio de 2016, el jefe del complejo penitenciario donde estaba alojado afirmó que se debió a un error en el diligenciamiento del oficio, y destacó que la gran cantidad de internos y demanda de trámites superan en algunas ocasiones la capacidad del departamento judicial. En relación con el resto de los incumplimientos en cuestión, según el mismo voto, no se conocen las razones (fs. 4 vta. y 6 y vta.).

Por otro lado, en uno de los votos que integró la mayoría se afirma, con cita del mismo informe, que el jefe del complejo penitenciario puso de manifiesto “una situación de desborde por la gran cantidad de internos allí alojados que impiden cumplir en tiempo y forma los distintos requerimientos efectuados por los órganos judiciales”. Y se señaló que incluso el representante de este Ministerio Público consideró que esos incumplimientos son violatorios de derechos básicos de las personas privadas de su libertad, por lo que resultan inaceptables e inadmisibles (fs. 3 vta.).

En conclusión, advierto que en autos no está en discusión que las patologías de A. pueden recibir el trata-

miento médico adecuado aun cuando aquel permanezca en prisión, pero no se ha logrado precisar si el Servicio Penitenciario Federal es incapaz de cumplir con su deber de trasladar oportunamente al interno para que reciba cierta atención profesional necesaria fuera del penal, o bien si los incumplimientos registrados se debieron a errores que pueden ser evitados en el futuro. A mi modo de ver, la aclaración de esa cuestión era decisiva para resolver fundadamente el caso pues, según la posición ya sentada por esta Procuración General, la detención domiciliaria es una medida excepcional dirigida a evitar el trato cruel, inhumano o degradante del privado de su libertad o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar, como el derecho a la salud (cf. dictamen emitido en el precedente “O. R.”, citado *supra*, punto III).

Por ello, entiendo que el *a quo* no debió disponer esa medida excepcional sin antes haber corroborado que el Servicio Penitenciario no puede garantizar que A. reciba la atención médica necesaria para resguardar su salud. En particular, no pierdo de vista que, según surge de la decisión impugnada, no existía una situación de urgencia por la cual se debía considerar que la salud o la vida del interno corrían un peligro inminente y, en consecuencia, debía adoptarse esa decisión con premura, aun cuando se careciera de una información que, como se ha dicho, resultaba decisiva (cf. fs. 6).

V. Por todo lo expuesto, sin que esto importe emitir juicio sobre la decisión que deberá adoptarse sobre el fondo, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la resolución impugnada.

Buenos Aires, 7 de diciembre 2017. – *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, 2 de julio de 2019

Vistos los autos: “A., G. A. s/ incidente de recurso extraordinario”.

Considerando:

Que esta Corte comparte y hace suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyos términos se remite en razón de brevedad.

Por ello, concordemente con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Notifíquese y vuelvan los autos al tribunal de origen con el fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo expuesto. – *Carlos F. Rosenkrantz* (en disidencia). – *Elena I. Highton de Nolasco*. – *Juan C. Maqueda*. – *Ricardo L. Lorenzetti*. – *Horacio Rosatti*.

DISIDENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Notifíquese y devuélvase. – *Carlos F. Rosenkrantz*.

Prueba de Peritos:

Dictamen: impugnación; requisitos. **Factura:** Falta de impugnación oportuna: efectos.

1 – *Si los datos brindados por el perito no son compartidos por los litigantes, estos deben probar la inexactitud de lo informado; resultan insuficientes las meras objeciones, pues es menester arrimar evidencias capaces de convencer al juez acerca de que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus afirmaciones son equivocados.*

2 – *Aunque el experto desarrolle conclusiones personales, si sus afirmaciones obedecen a elementos de juicio que ha tenido en cuenta y se apoyan suficientemente en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos, quedará satisfecha su labor como auxiliar de la justicia a la que contribuye con su saber, ciencia y conciencia. Por lo cual, para ser atendible, la impugnación de la pericia debe tener suficientes fundamentos para evidenciar la falta de competencia, idoneidad o principios científicos en que se funda el dictamen.*

3 – *Dado que el art. 474 del derogado cód. de comercio establece que las facturas poseen óptima eficacia liquidataria*

y probatoria del negocio que instrumentan, cabe concluir que, en el caso, debe estarse a los términos que emergen de las facturas cuyo pago se reclama, ya que ha transcurrido el plazo legal sin mediar impugnación. Máxime que, si bien la demandante no logró acreditar la recepción de las mercaderías detalladas en los respectivos remitos, existen en la causa otros elementos probatorios que permiten aceptar in totum el reclamo impetrado. R.C.

60.204 – CNCom., sala F, julio 11-2019. – Winners Productos Deportivos S.A. c. G. H. E. y otros s/ordinario.

En Buenos Aires a los 11 días del mes de julio de dos mil diecinueve, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “Winners Productos Deportivos SA c/ G. H. E. y otros s/ordinario” (Expediente COM 2348/2014) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Vocalía N° 18, N° 16 y N° 17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 356/367?

El Sr. Juez de Cámara Dr. *Rafael F. Barreiro* dice:

I. LOS ANTECEDENTES

Presentaré, resumidas, las posiciones sostenidas por los sujetos procesales intervinientes en la causa y las aristas dirimientes del conflicto suscitado que estimo útiles para su elucidación (CSJN, Fallos 228:279 y 243:563).

a) Winners Productos Deportivos SA, por medio de apoderado, promovió demanda contra H. E. G., L. M. C., H. A. G., M. B. S. y Sprint SRL por cobro de la suma de \$151.139,03 con más intereses y costas.

En primer lugar, explicó que su mandante es una empresa dedicada a la venta de productos e indumentaria deportiva. Relató que, en el marco de dicha actividad, su representada vendió cierta mercadería a Sprint SRL mediante un sistema de cuenta corriente, conforme las facturas que en copia simple acompañó.

Denunció que las facturas no fueron abonadas.

Indicó que los codemandados, el 20.3.11 habían suscripto a favor de su poderdante una fianza comercial constituyéndose en garantes solidarios, fiadores, lisos, llanos y principales pagadores con el mismo carácter que el deudor principal, por un plazo de 5 años de cualquier clase de deudas contraídas por Sprint SRL.

Describió el intercambio epistolar que su representada entabló con los defendidos.

Señaló que ante la falta de respuestas concretas, su mandante procedió a la determinación de la deuda mediante certificación contable, conforme se había estipulado al otorgar la garantía, detallando las facturas que se corresponden con la acreencia que invoca.

Destacó que los Sres. G. serían socios de la deudora principal y que Sprint SRL se encuentra en concurso preventivo que tramita por ante la Justicia de Río Negro.

Concluyó que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula novena del contrato de fianza, al estar el deudor principal en concurso, todas las obligaciones allí comprendidas deben considerarse de plazo vencido.

Fundó en derecho su reclamo y ofreció prueba.

b) A fs. 60 la demandante desistió de la acción incoada contra Sprint SRL y a fs. 97/100 amplió demanda.

c) H. A. G., por medio de apoderado, contestó la acción entablada en su contra con la presentación de fs. 126/129. Formuló una negativa tanto de los hechos invocados por la actora en la demanda como de la documentación adjuntada, aunque reconoció en particular el contrato de fianza comercial y la autenticidad de las misivas de fecha 06.12.13 enviadas por la actora a los codemandados G., S. y C. y de la del 11.01.14 que H. G. remitiera a la actora.

Formuló oposición a la producción de ciertos medios probatorios ofrecidos por la accionante y fundó en derecho su defensa.

d) L. M. C., H. E. G. y M. B. S. contestaron demanda, adhiriendo a la presentación realizada por H. A. G. (v. fs. 141 y 149).

II. LA DECISIÓN RECURRIDA

En la sentencia de fs. 356/367, la Sra. Juez *a quo* hizo lugar a la demanda intentada por Winners Productos De-

portivos SA contra H. E. G., L. M. C., H. A. G. y M. B. S., a quienes condenó a pagar a la parte actora la suma de \$ 151.139,03, más intereses y costas.

Para así resolver, señaló –en primer lugar– que no se encuentra controvertida: (i) la relación comercial habida entre la accionante y Sprint SRL; y (ii) los codemandados suscribieron de la accionante una fianza comercial constituyéndose en garantes solidarios, fiadores, lisos, llanos y principales pagadores con el mismo carácter que el deudor principal, por un plazo de 5 años de cualquier clase de deudas contraídas por Sprint SRL.

De seguido, juzgó que se encuentra acreditado en la causa la autenticidad de las facturas, la entrega de las mercaderías y el saldo deudor denunciado.

En razón de ello, condenó a los accionados a que le abone a la accionante la suma de \$151.139, 03 con más los réditos que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones con descuento a treinta días a partir del vencimiento de cada una de las facturas y hasta su efectivo pago.

III. EL RECURSO

La parte demandada apeló la sentencia a fs. 368. La apelación fue concedida libremente a fs. 369. Expresó agravios a fs. 376/377 y la contestación de los mismos se encuentra glosada a fs. 379/381.

Las quejas plasmadas por la recurrente se circunscriben a la interpretación que la primer sentenciante hizo de los elementos probatorios rendidos en la causa.

IV. LA SOLUCIÓN

1. Antes de entrar al estudio de las cuestiones traídas a esta Alzada, entiendo necesario señalar que no he de seguir a la apelante en todos y cada uno de sus planteamientos, limitándome en el caso, a tratar sólo aquellas que son “conducentes” para la correcta adjudicación de los derechos que les asisten. Me atengo, así, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha estimado razonable esta metodología de fundamentación de las decisiones judiciales (conf. doctrina de Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, entre muchos precedentes).

A lo que debo añadir que examinaré cada cuestión –hechos, pruebas y fundamentos– de manera que nada que sea sustancial quede sin tratar e intentaré ser conciso, por motivos de claridad para sustentar la decisión; bien entendido que he valorado todas las pruebas y reflexionado sobre todos los argumentos expuestos por las partes (CSJN, en Fallos 265:301; 278:271; 287:230; 294:466, etc.).

2. Hecha esta aclaración, entiendo necesario señalar que no se encuentra controvertido la relación comercial habida entre la accionante y Sprint SRL; como así tampoco que los codemandados se constituyeron en garantes de todas las obligaciones contraídas por Sprint SRL con Winners Productos Deportivos SA.

3.1. Sentado lo anterior, analizaré a continuación las quejas ensayadas por la accionada.

En tal labor, debo señalar que el agravio de la recurrente es el producto de un rotundo disenso respecto de la apreciación de la prueba efectuada por la anterior sentenciante.

En este marco decisivo, resulta necesario recordar que la ley no prefija ni la admisibilidad ni la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba, labor que queda decididamente librada al criterio y convicción de cada magistrado (ST San Luis, 1996/09/03, L. R. y otro, DJ, 1997-2-617).

Por otro lado, debe tenerse presente que en el decurso del proceso el art. 377 del Cpr. pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y ello no depende sólo de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso (CNCom., Sala A, 14.6.07, “Delpech, Fernando Francisco c. Vitama SA”, entre otros). La consecuencia de esta regla es que quien no ajuste su conducta a esos postulados rituales debe necesariamente soportar las inferencias que se derivan de su inobservancia, consistentes en que el órgano judicial tenga por no verificados los hechos esgrimidos como base de sus respectivos planteos (CNCiv., Sala A, 1.10.81, “Alberto de Río, Gloria c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, íd., Sala D, 11.12.81, “Galizzi, Armando B. c. Omicron SA”; íd., 3.5.82, “Greco Jospe c. Coloiera Salvador y otro”; CNCom., Sala A, 12.11.99, “Citibank

NA c. Otarola Jorge”; íd., “Filan SAIC c. Musante Esteban”, Sala B, 16.9.92, “Larocca Salvador c. Pesquera Salvador”; íd., 15.12.89, “Barbara Alfredo y otra c. Mariland SA y otros”; Sala E, 29.9.95, “Banco Roca Coop. Ltda. c. Coop. de Tabacaleros Tucumán Ltda.”, esta Sala, 27.4.2010, “Lucchini Hernán Ricardo c/ Banco de La Nación Argentina y otro, s/ ordinario”, íd., 16.11.2010, “Pugliese Hnos. S.H. de J. L. Pugliese y Damiano Pugliese c/ Refinería Neuquina SA, s/ ordinario”; íd., 18.11.2010, “Belli y Compañía SA, c/ Seguettis SRL y otro, s/ ordinario”; íd., 28.06.2011, “Mazzei, Juan Carlos c/ Boix Vargas Carlos Alberto, s/ ordinario”).

Tal postura no implica imponer la carga de la prueba solamente a uno de los litigantes, sino a aquel que se encuentra en mejores condiciones de probar.

3.2. Luego de analizar las pruebas rendidas en la causa, a la luz de la jurisprudencia precedentemente reseñada, juzgo que el agravio ensayado debe ser desestimado.

Paso a continuación a fundar mi posición.

Es criterio de esta Sala que la irrestricta negativa de la demandada sobre los extremos en que se funda la acción puede presentarse como un proceder contrario a la regla de la buena fe, según la cual es dable exigir frente a afirmaciones concretas del actor al menos una explicación fundada pues no es suficiente como principio una cómoda negativa que comúnmente sólo tiende a poner a cargo de la contraparte la prueba de los extremos que por un elemental deber de lealtad en el proceso, corresponde sean inicialmente propuestos por las partes con claridad y veracidad (esta Sala, 11.08.2011, “Mancinelli Juan Carlos c/ Siemens IT Solutions and Services S.A. s/ordinario”; íd. “Raúl Mel Propiedades SRL c/D’Arriens SA s/Ordinario” del 16.08.18; íd. “Farace Miguel Ángel c/ Galeno Aseguradora de Riesgo de Trabajo SA s/ordinario” del 28.08.18, entre otros).

Es que la correcta interpretación del art. 356 del Cpr., en lo que hace a la forma de contestación de la acción, debe contener necesariamente la posición de la parte respecto a cada una de las afirmaciones. La mera negativa de los hechos con el propósito de provocar de esa manera la carga probatoria de la contraria, importa la transgresión de un elemental principio de buena fe procesal, pero lo que es aún peor, de falta de colaboración que se concreta en no expresar al tribunal a través de formas positivas, cuáles han sido las reales circunstancias, a fin de que la litis pueda tratarse sobre pautas de verdad que posibiliten una sentencia justa. Y en la medida que ello no se cumpla, deberá aplicarse en la sentencia las consecuencias de la admisión procesal que prevé la citada norma instrumental (CNCom., Sala B, “López Arean Héctor c/ Alberto J. Armando SA”, 05/07/1974).

En este sentido, las corrientes más “modernas” postulan que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegando a sostener que el *favor probationis* o la “Teoría de las cargas dinámicas” se inclina –más allá de todo elemento presuncional– por poner la carga de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo.

Superándose el sistema de las reglas clásicas absolutas –estáticas– en la materia, poniéndose en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla; sin preceptos rígidos en la búsqueda de la solución justa, según las circunstancias de cada causa (v. Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED, 107-1005), doctrina que puede entenderse asumida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar la necesidad de “valorar la conducta asumida por las partes en el proceso” (Fallos 311:73) y “que las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales– a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal” (CSJN, “Gallis de Mazzucci, Luisa c/ Correa, Miguel y otro” del 6.2.2001, LL 2001-C, 959).

Debe resaltarse, asimismo, que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración), por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendientes en el proceso, y que les previene asimismo del deber moral de contribuir al

esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional.

En el *sub lite* se puede observar que la posición asumida por la defendida se circunscribe al desconocimiento y la impugnación de los hechos y elementos probatorios ofrecidos por la contraria, lo que configura –a mi entender– un obstáculo para el sentenciante al momento de esclarecer la verdad objetiva de lo acontecido.

Véase que:

(i) negó todos y cada uno de los hechos relatados por la parte actora en su escrito de inicio, como así también la documentación adjuntada (v. fs. 126/127, 141 y 149);

(ii) se opuso –sin éxito– a la prueba informativa y pericial contable ofrecida por accionantes (v. fs. 128, 141 y 149); y

(iii) omitió ofrecer prueba.

En contrapartida a la posición asumida por la parte demandada, corresponde remarcar que la accionante puso sus registros contables a disposición del perito contador (v. fs. 206).

Asimismo, debo decir que de la compulsa realizada por el experto surgen las facturas que en este litigio se reclaman, se encuentran impagas (v. fs. 206, respuestas N° 2 y 3°).

En este marco, creo necesario señalar que si los datos brindados por el perito no son compartidos por los litigantes, deben estos probar la inexactitud de lo informado, resultando insuficientes las meras objeciones, pues es necesario algo más que disentir, es menester probar, armar evidencias capaces de convencer al juez que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas o que los datos proporcionados como sostén de sus afirmaciones son equivocados (CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 07.06.05, “Esso SAPA c/ Norpetrol SA”, LLBA 2005-1260). En este trámite, más allá de las explicaciones pedidas por las accionadas, que no significaron ningún aporte relevante, nada se comprobó en punto a la exactitud de la conclusión a que llegó el perito.

Y aunque el experto desarrolle conclusiones personales, si sus afirmaciones obedecen a elementos de juicio que ha tenido en cuenta y se apoyan suficientemente en los antecedentes de la causa y en sus conocimientos técnicos específicos, quedará satisfecha su labor como auxiliar de la justicia a la que contribuye con su saber, ciencia y conciencia (CSJN, 01.12.92, “Pose, José Daniel c/ Chubut, Provincia del y otra s/ daños y perjuicios”, Fallos 315:2834, cons. 5°; esta Sala, 2.09.2010, “Vecor Internacional SA c/ Shell Compañía Argentina de Petróleo SA, s/ ordinario”).

Por tal motivo, no corresponde desechar el asesoramiento pericial cuando éste carece de deficiencias, no siendo razonable descartar la idoneidad probatoria del informe. Para ser atendible, la impugnación de la pericia debe tener suficientes fundamentos para evidenciar la falta de competencia, idoneidad o principios científicos en que se funda el dictamen (CNCom., Sala B, 10.10.06, “Peñaflores S.A. c/ Del Virrey SRL”, LL 2006-F-743).

Súmase a ello que el art. 474 del derogado Código de Comercio establece que las facturas poseen óptima eficacia liquidatoria y probatoria del negocio que instrumentan. En razón de ello, corresponde estar a los términos que emergen de ella en caso de haber transcurrido el plazo legal sin mediar impugnación, tal como aconteció en el *sub lite*.

A mayor abundamiento, considero necesario decir que si bien la demandante no logró acreditar la recepción de las mercaderías detalladas en los remitos N° 51284, 51285 y 51286, existen en la causa otros elementos probatorios que permiten aceptar *in totum* el reclamo impetrado.

En efecto, considero que en el *sub lite* no puede prescindirse de la misiva glosada en copia a fs. 23.

De la lectura de la misma surge que: (i) Sprint SRL (deudora principal) entregó como medio de cancelación de las facturas en cuestión cuatro cheques de pago diferido y (ii) los cartulares fueron rechazados por falta de fondos.

Repárese, además, que el Correo Argentino en su informe de fs. 204 afirmó que la citada carta documento es auténtica.

Es de observar, que tal informe no fue impugnado por la accionada en los términos del art. 403 del Código Procesal, de modo que, bajo ese prisma, es pertinente recordar que la falta de todo cuestionamiento por la parte interesada en punto a la veracidad de la afirmación denunciando su falsedad, importa consentimiento sobre lo informado y, por ende, no cabe prescindir de su valoración en juicio, cabiendo estar a dichas constancias, en cuanto —como ocurre en el *sub lite*— no existen elementos que la desvirtúen (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencialmente y bibliográficamente, Santa Fe, 1994, t. 8, p. 235 y sus citas).

Por todo lo expuesto, considero que el criterio de análisis empleado se ajusta a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones.

A mayor abundamiento, debo señalar que el agravio esbozado requiere la invocación y demostración de vicios graves en el pronunciamiento, razonamientos ilógicos, o contradictorios, o aparentes; apartamiento palmario de las circunstancias del proceso. Nada hizo la demandada y ello resta razonabilidad y consistencia a su defensa (arts. 163 inc. 5° *in fine* y 386 Cpr.).

3.3. Entonces, en la situación antes descripta, la desestimación de la queja en examen se impone como única solución posible con la consecuente confirmación del decisorio apelado.

V. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, propongo al Acuerdo: a) rechazar la apelación articulada por la demandada; y b) Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arg. Cpr: 68).

Así voto.

Por los mismos fundamentos los Dres. *Alejandra N. Tevez* y *Ernesto Lucchelli* adhieren al voto que antecede.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: a) rechazar la apelación articulada por la demandada; y b) Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (arg. Cpr: 68).

II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. – *Rafael F. Barreiro*. – *Alejandra N. Tevez*. – *Ernesto Lucchelli* (Sec.: María F. Estevarena).

Abogado:

Honorarios: regulación; base arancelaria; moneda extranjera; dólares estadounidenses; valor de plaza; tipo de cambio más elevado; aplicación de porcentuales respectivos; art. 27, inc. g), del decreto ley 8904/77.

1 – Cuando, para determinar la base arancelaria a utilizar, el tema involucra moneda extranjera, resulta de aplicación lo establecido por el art. 27, inc. g), del decreto ley 8904/77, correspondiendo estar al valor de plaza conforme al tipo de cambio más elevado que establezcan las autoridades pertinentes. Es decir, para establecer el monto del litigio, al momento de efectuar la regulación, se debe establecer el valor de la moneda extranjera, y luego, determinada la base, corresponderá aplicarle los porcentuales respectivos.

2 – El decreto ley 8904/77 no prevé, de ningún modo, la fijación de los estipendios en moneda extranjera.

3 – No asiste razón al planteo de la apelante quien sostiene que, teniéndose en cuenta la variabilidad de la moneda extranjera –que en forma diaria va cambiando su valor–, la regulación de honorarios debió establecerse en una suma en pesos equivalente a la cantidad de dólares estadounidenses, que debió estipularse en el porcentaje que fijan los arts. 21 y 26 del decreto ley 8904, equivalencia que debería estable-

cerse al momento del efectivo pago, ya que de lo contrario se produciría una depreciación del honorario del profesional, pues el decreto ley 8904/77 no prevé, de ningún modo, un mecanismo como el propuesto por la recurrente, lo que implicaría directamente la fijación de los estipendios en moneda extranjera, alternativa que de ninguna manera es contemplada por la ley arancelaria. M.A.R.

60.205 – CApel.CC Morón, sala II, abril 4-2019. – C., G. L. y otros c. B., L. M. N. y otros s/resolución contractual.

En la Ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, el 04 de abril de 2019, reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal, los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, del Departamento Judicial de Morón, Doctores José Luis Gallo y Roberto Camilo Jorda, para pronunciar sentencia interlocutoria en los autos caratulados: “C. G. L. y otros c/ B. L. M. N. y otros s/resolución contractual”, Causa N° mo-25028-2009, habiéndose practicado el sorteo pertinente –art. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires– resultó que debía observarse el siguiente orden: Gallo-Jorda, manteniéndose dicha integración a los efectos del presente no obstante lo resuelto en el Acuerdo Extraordinario 822/18, teniendo en cuenta la fecha de sorteo del estudio de orden y votación en las presentes actuaciones, resolviéndose plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

A la cuestión propuesta el Señor Juez Doctor *Gallo*, dijo:

I. Respecto de la base arancelaria adoptada para regular sus honorarios a fs. 163/vta., la Dra. S. ha interpuesto recurso de apelación, cuyos fundamentos lucen en la presentación electrónica código de referencia 237200441014477171 y que, bilateralizados, han merecido la réplica plasmada, electrónicamente, en el escrito código de referencia 240300441014525538.

En esencia, la apelante plantea que teniéndose en cuenta la variabilidad de la moneda extranjera –que en forma diaria va cambiando su valor– debió establecerse los honorarios en la suma en pesos equivalente a la cantidad de dólares estadounidenses que debió fijarse en el porcentaje que fija el art. 21 y 26 del Decreto Ley 8904, equivalencia que deberá establecerse al momento del efectivo pago, pues de lo contrario se produce una depreciación del honorario del profesional.

Argumentando en tal sentido.

Considero que no le asiste razón.

Llega incuestionada la aplicación, para determinar los estipendios, del Dec. Ley 8904/77.

En el contexto del mismo, cuando para determinar la base arancelaria a utilizar el tema involucrara moneda extranjera, resulta de aplicación lo establecido por el art. 27 inc. (g): se estará al valor de plaza conforme al tipo de cambio más elevado que establezcan las autoridades pertinentes.

Es decir, para establecer el monto del litigio se debe, al momento de efectuar la regulación, establecer el valor de la moneda extranjera.

Luego, determinada la base, corresponde aplicar a la misma los porcentuales respectivos.

Cabe señalar, llegado este punto, que el Decreto Ley en cuestión no prevé, de ningún modo, un mecanismo como el propuesto por la recurrente: ello implicaría directamente la fijación de los estipendios en moneda extranjera e, insisto, tal alternativa de ninguna manera es contemplada por la ley arancelaria e incluso se contrapone con el esquema ya reseñado.

Consecuentemente este planteamiento no podría prosperar.

Con todo, viniendo atacada la base con tales argumentos (lo que abre nuestra jurisdicción revisora con amplitud, arts. 260, 266 y 272 del CPCC) y siendo que los valores para determinar los estipendios han de ser computados a la fecha mas próxima a la regulación definitiva (arg. art. 27 inc. a) Dec. Ley 8904/77 en cuanto manda a computar los valores “al momento en que se practique la resolución” y no existe razón alguna para que ello se circunscribe,



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Tel.: (011) 4349-0277

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

únicamente, al caso de los inmuebles; a lo que se añade el principio de los arts. 163 inc. 6° y 272 CPCC relativo a la necesidad de tener en cuenta las circunstancias sobrevinientes al momento de resolver), se advierte que la cotización adoptada para la divisa extranjera (\$37,76) para nada se condice con la existente a la fecha, y los honorarios no han adquirido aún firmeza (pues ambas partes lo han cuestionado).

Sentado ello, computando el valor de la divisa extranjera al día de ayer (\$43,90, conforme la información suministrada por el Banco de la Nación Argentina <http://www.bna.com.ar/Personas>) multiplicado por la suma de u\$s 90.000, la base arancelaria que debemos adoptar para regular honorarios a la Dra. S. —única que ha introducido el tema— es la de \$3.951.000.

En tal sentido, propondré se modifique la resolución apelada.

II. En relación al monto de los estipendios, atento a la naturaleza, importancia y eficacia de las tareas desarrolladas en autos, conforme lo dispuesto por los arts. 274 del C.P.C.C. y 13, 14, 15, 16, 21, 22, 23, 26, 28, 46 y ccdtes. del Dec. Ley 8.904/77, tomando como base regulatoria la suma de \$3.362.400, que llega firme a esta Alzada, no resultando elevados los honorarios fijados en la resolución apelada a favor de los Dres. J. C. G., A. L. B. y R. A. C., y no habiéndose interpuesto recurso de apelación por bajos contra los mismos, deberán confirmarse en las sumas respectivas de pesos sesenta mil (\$60.000), de pesos sesenta mil (\$60.000) y de pesos veinte mil (\$20.000); asimismo, tomando como base regulatoria la suma de \$3.951.000, conforme lo resuelto en la presente, propongo se regulen los estipendios de la Dra. S. L. S. en la suma de pesos doscientos veintiún mil doscientos (\$221.200); todas con más la adición legal.

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta parcialmente por la negativa.

A la misma cuestión, el Señor Juez Doctor *Jorda*, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el Dr. Gallo.

Autos y Vistos:

Considerando: Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la resolución apelada en cuanto a la base arancelaria para regular honorarios a la Dra. S., estableciéndose la misma en la suma de \$3.951.000; consecuentemente, se confirman los honorarios allí fijados a favor de los Dres. J. C. G., A. L. B. y R. A. C. en las sumas respectivas de pesos sesenta mil (\$60.000), de pesos sesenta mil (\$60.000) y de pesos veinte mil (\$20.000) y se regulan los estipendios de la Dra. S. L. S. en la suma de pesos doscientos veintiún mil doscientos (\$221.200), todas con más la adición legal.

Regístrese. Remítase encomendándose a la instancia de origen las pertinentes notificaciones. — *José L. Gallo.* — *Roberto C. Jorda.*

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Media sanción para proyecto de registro de partidas de nacimiento con dos padres

El 17 de julio de 2019 el Senado de la Nación aprobó un proyecto de ley que reforma la ley 26.413 de Regulación del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que entre otros puntos, incluye la posibilidad de registrar partidas de nacimiento con dos padres varones.

El proyecto fue presentado por la senadora Sigrid Kunath, en 2016, y reproducido en 2018 (expte. S-8/18), obtuvo dictamen de la comisión de Legislación General el 10 de octubre de 2018 (Orden del Día 911-2018), y deberá ser debatido ahora en la Cámara de Diputados (expte. 33-S-2019). Se propone una amplia reforma de la ley 26.413 para adecuarla a la ley 26.743 de identidad de género y al nuevo

Código Civil y Comercial. Los principales cambios que introducen son: registro de las uniones convivenciales, normas relativas a los hijos nacidos por técnicas de fecundación artificial incluyendo lo relativo a la donación de gametos o embriones, normas relativas a las consecuencias del cambio de identidad de género en la forma de registrar el nombre y las partidas, procedimiento para los casos de matrimonio por personas con falta de capacidad, entre otros.

La modificación de los contenidos de las partidas: El proyecto propone modificar el inc. c) del art. 36 de la ley 26.413 que regula los contenidos de la inscripción registral de los nacimientos y las partidas respectivas. Actualmente, el inciso dice que la partida contendrá: "c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad...".

El proyecto de reforma propone la siguiente redacción: "c) El nombre y apellido del padre y/o de la madre o de ambos padres o de ambas madres, según el caso, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad...".

Los fundamentos: En un pasaje de los fundamentos del proyecto (expte. S-8/18), se afirma: "La ampliación de las maternidades y paternidades está ratificada en el nuevo Código, ya sabemos que no hay necesariamente una mamá y un papá; puede haber mamá y mamá, papá y papá y, además, alguna o alguno de ellos o ambos pueden ser personas trans. Asimismo, pueden tener hijos por reproducción natural, por adopción o por técnicas de reproducción asistida, pueden decidir casarse, convivir, o no. Pueden decidir divorciarse, sin culpas, separarse, formar una nueva familia, ensamblarse". Ello parece orientar la interpretación a afirmar que busca registrar las inscripciones de los hijos nacidos de dos varones, lo que necesariamente presupone que se ha hecho un alquiler de vientre. Pero en otro pasaje de los fundamentos se sostiene que la ley 26.413 vigente "no tiene en cuenta que, si bien para el nuevo código madre sigue siendo quien da a luz, también reconoce que un varón trans puede dar a luz".

Dos casos: De la lectura del nuevo texto del inc. c) del art. 36 surgen dos posibles casos comprendidos en la posibilidad de anotar "dos padres":

a) Persona "trans" que da a luz: la persona que da a luz es biológicamente mujer, pero como se ha cambiado el género a "varón", para los fines registrales según la ley 26.743, se la anota como "padre" del recién nacido. Este caso deja al descubierto las inconsistencias de la ley 26.743 que incurre en un reduccionismo antropológico al ignorar la dimensión corporal de la persona humana.

b) Maternidad subrogada o alquiler de vientre: la persona que da a luz, que siempre es biológicamente una mujer, ha firmado un contrato de alquiler de vientre o subrogación con dos varones y ellos pretenden hacer valer tal contrato ante el Registro Civil y anotar al niño con dos padres sin que conste en la partida de nacimiento el nombre de la madre. Recordemos que el alquiler de vientres o maternidad subrogada es el contrato en virtud del cual una mujer se obliga a gestar un niño y entregarlo a los requirentes luego de su nacimiento, quienes pretenden inscribirlo como su hijo.

Esta segunda posibilidad parece excluida porque se mantiene el deber de registrar a quien da a luz, aunque el proyecto de ley deja de utilizar el término "madre". En efecto, mientras que actualmente el art. 33 de la ley 26.413 obliga a dejar constancia en el certificado médico de nacimiento: "a) De la madre: nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha", el proyecto de ley con media sanción propone en su lugar que el inc. a) del art. 31 diga: "a) Nombre, apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio y la impresión dígito pulgar derecha de quien dio a luz". En todo caso, más allá de las críticas que merece esa exclusión de la palabra "madre", se registra a la persona de sexo biológico femenino que ha dado a luz y queda excluida cualquier posibilidad de legalizar el alquiler de vientres.

Si se pretendiera hacer valer este segundo caso, el proyecto de ley se apartaría del Código Civil y Comercial, que establece que madre sigue siendo quien da a luz, como reconoce el mismo proyecto en sus fundamentos y surge de manera concluyente de los arts. 562 y 565 del cód. civil y comercial.

De todos modos, la redacción es deliberadamente ambigua y no puede menos que señalarse que parece querer imponerse sin debate un paso más hacia la progresiva legalización del alquiler de vientres, que fue claramente rechazado por el Congreso en 2014 cuando se aprobó el Código Civil y Comercial, pero que intenta entrar en vigencia por la presión de un activismo judicial y, en este caso, por vías legislativas encubiertas.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

www.centrodebioetica.org

29 de julio de 2019

VOCES: ADOPCIÓN - MATRIMONIO - FAMILIA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - MENORES - PATRIA POTESTAD - LEY - PERSONA - FILIACIÓN - PODER LEGISLATIVO - UNIÓN CONVIVENCIAL - CÓDIGOS - DERECHOS HUMANOS - BIOÉTICA - REGISTROS - REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

NOVEDADES 2019

Código Civil
y Comercial
de la Nación

Texto aprobado por la ley 26.994

Nueva
edición
2019

EL DERECHO

**CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL**

NUEVA EDICIÓN 2019

El Derecho
2019

520 páginas

ISBN 978-987-3790-85-0

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar