

# LA REPARACIÓN DE DAÑOS Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

(Visión de un comercialista)

**Efraín Hugo RICHARD**

En libro "Derecho de Daños" coordinado por el Prof. Carlos A. Gherzi, Ed. Abeledo Perrot, BuenosAires 1999, págs. 71 a 87.

**"La justicia es gratuita; lo que cuesta son los medios de llegar a ella" de Eugenio Brieux**

Existe consenso colectivo sobre la inaplazable necesidad de asegurar operativamente el postulado del libre e irrestricto acceso a la justicia, pero al mismo tiempo poco se ha avanzado en la tarea de concretización de sus proyecciones <sup>(1)</sup>, sobre lo que también hay consenso.

Es un tema de la vigencia y eficacia del sistema jurídico, al decir de Alf Ross. Es el derecho a reaccionar frente a la agresión, requiriendo la intervención del Estado.

Esas acciones y recursos no son un derecho a peticionar, son el ejercicio concreto de reacción contra el poder, contra el incumplimiento, contra quién daña, y los mismos son reglados. Lo no reglado sería la sedición o la justicia con mano propia. Hoy podemos advertir como grupos sociales se marginan del sistema jurídico, unos por su poder, otros por su total falta de acceso a ese sistema y a sus bienes, y otros voluntariamente para delinquir contra los que están dentro del sistema <sup>(2)</sup>.

<sup>1)</sup> Cfme. BERIZONCE, Roberto O. Necesidad de una ley de bases sobre garantías del efectivo acceso a la Justicia ponencia al XV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Cincuentenario, Córdoba, 16 al 19 de agosto de 1989, tomo I pág. 2. El mismo remite a las garantías judiciales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pacto de San José de Costa Rica.

<sup>2)</sup> Cfme. nto. Posibilidad y conveniencia de la refomra del derecho privado. Aspectos metodológicos: "La constatación de la realidad impone pensar que parte de la sociedad es la que se somete a los sistemas jurídicos. Día a día parece advertirse que dos franjas bastante importantes de la población no aceptan ese sometimiento. Por una parte una vinculada al gobierno y a los grandes grupos económicos, lo que se revela a través de leyes de consolidación, donde el Estado declara su cesación de pagos y no hace ningún esfuerzo propio para solucionar la cuestión, sino que la transmite a la población sometida, mientras se dictan

Los que se mantienen dentro del sistema y ven afectados sus derechos, particularmente cuando son dañados intentan revertir esa situación accionando a través de un sistema que les asegure la reparación, pero que sienten lento y muchas veces ineficaz: la sentencia largamente esperada no puede ejecutarse por falta de bienes o por el concurso del condenado.

## **\* II. EL DAÑO COMO CONNATURAL DE LA ACTIVIDAD ORGANIZADA.**

1. La intermediación en la adquisición de bienes, realización de servicios, obtención de financiamiento y en la asunción del riesgo constituyen tradicionalmente la materia mercantil, lo que supone una actividad organizada de intermediación, como empresa.

La organización empresaria se vincula a una evaluación de medios para elaborar una ganancia, planificación que impone evaluar diversos riesgos.

La reparación de los daños y la ponderación del riesgo se vincula a que quien pone en marcha una empresa asume un riesgo, no pudiendo aspirar a una reparación integral. Este es el riesgo empresario, normalmente asegurable <sup>(3)</sup>. La reparación integral debe ser para el caminante o para el consumidor -quienes no pudieron anticipar la previsión del daño-.

Esos riesgos son múltiples: el riesgo por incumplimiento de los deudores, el consecuencialismo jurisprudencial <sup>(4)</sup>, la interpretación exegética o axiológica de la ley <sup>(5)</sup>.

---

normas a repetición destinadas a solucionar los incumplimientos de aquellos grupos económicos. Y por otro lado la franja marginada de población, que no tienen ingreso ni siquiera a los derechos constitucionales básicos, y los que también voluntariamente se marginan y desconocen el sistema jurídico, no tienen domicilio para ser citados, no tienen patrimonio para ser responsabilizados". En libro colectivo "Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996, correspondiente al XI Encuentro de las academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 12 y 13 de octubre de 1995, pág. 61 a 111.

<sup>3)</sup> Cfr. nto. El riesgo asegurable en Jurisprudencia Argentina tomo 12-1971 - doctrina.

<sup>4)</sup> "Es difícil encontrar en los tribunales tres jueces que tengan una misma opinión sobre el alcance de un artículo de la ley" Honorato de Balzac.

<sup>5)</sup> "En el porvenir, el progreso será estrechar cada vez más el círculo de las leyes positivas y, por el contrario, ensanchar más el de las leyes naturales. Toda ley natural

2. Recordemos, ante ello, la génesis del derecho comercial. La movilidad de las organizaciones y modalidades propias de los empresarios impuso el aseguramiento de las relaciones. Por ello históricamente tuvieron un derecho propio que murió en la codificación francesa y fueros especiales que también fueron abolidos. Los fueros le aseguraban la rapidez en la solución de los conflictos.

Las insidias del cientificismo y conceptualismo fueron generando un estatismo, incluso en lo jurisdiccional, quitando esos privilegios. Pero los agentes económicos generaron su reacción, particularmente los que pueden -por su poder económico- imponer reglas.

Del avance del Estado sobre los medios de producción, aparece un panorama alarmante por la ineficiencia de su manejo y la corrupción, estimulada desde las grandes corporaciones para iniciar otro de los vaivenes en beneficio de grupos de interés: la privatización de los mismos, particularmente de aquellas empresas que prestaban servicios a consumidores cautivos, iniciada en el año 1984 con la British Telephone.

A la par del crecimiento del derecho de protección a los consumidores y de los riesgos de la competencia en mercados libres, los grandes grupos económicos intentan estar fuera del mercado y asegurarse mercados cautivos de consumidores, respecto de los cuales no se apliquen las mismas reglas, específicamente generando Comisiones reguladores dependientes del Estado que tienen la misma ineficiencia para controlar a los prestadores y defender a los consumidores.

El Siglo culmina con una preminencia de la *lex mercatoria*, o sea en las conductas internacionales generadas por reglas uniformes y por los contratos autónomos propuestos por los grandes grupos económicos, donde el derecho de cada país se subalterniza, incluso en la aplicación de las normas procesales.

Sin embargo existe un gran desarrollo en los aspectos vinculados a la circulación y provisión de capitales y servicios financieros: el fideicomiso, el arrendamiento financiero, la prefinanciación de emisiones, el perfeccionamiento de los títulos valores, su desmaterialización, las operaciones bursátiles, etc. etc.

Correlativamente con ello, los países dominantes ofrecen una atractiva legislación de protección de los derechos intelectuales: patentes, marcas, procedimientos, innovaciones, diseños, know how, que defienden en los foros internacionales para lograr transferencias de fodos de toda la comercialización y producción en todo el mundo hacia esos países. La balanza comercial queda postergada por la balanza de pagos.

---

es un principio que se realiza por la precisión de sus consecuencias. Toda ley positiva es un expediente que se dilata por sus complicaciones" Emilio Gilardin.

**El Código de Comercio queda vaciado, y el fenómeno es la empresa y las leyes en torno a su organización, que da gran auge al derecho de las sociedades y al derecho concursal.**

**La defensa de la competencia, la protección al consumidor y la transferencia del riesgo son parte de la concepción de la empresa.**

**Frente a este estado de cosas, no existe dudas de como se desarrollará el nuevo contenido del derecho empresario en el inicio del siglo XXI, particularmente ante la inseguridad material y jurídica que venimos subrayando:**

**La bancarización, o sea la concentración de todas las transacciones de dinero a través de los Bancos, con sistemas automáticos para disminuir gastos -eliminando puestos de trabajo-, con utilización de toda la tecnología que ya se encuentra insinuada: tarjetas de pago y de crédito, dinero plástico electrónico, banca electrónica.**

**Acentuación de la desmaterialización de los títulos valores, reemplazados por anotaciones en cuentas, inscripciones electrónicas, ya exclusiva para los títulos públicos.**

**Sustitución de la firma ológrafa por la firma impresa en facsímil, ya entroncada en el sistema societario y de cheques para la actividad privada. Las obligaciones serán asumidas por contraseñas disponibles unidas a una tarjeta de habilitación.**

**Valorización legal de la documentación con asiento electrónico, hoy introducida ya en los sistemas de contabilidad, y valorada contractualmente entre partes, particularmente por la actividad bancaria.**

**3. La "eficiencia jurídica" la acercamos no sólo a la seguridad jurídica o sea a la efectivización del derecho sustantivo a través del acceso a la jurisdicción, sino también a la velocidad de ese restablecimiento que implica que el daño sea reparado en el menor tiempo posible.**

**Es de práctica en el comercio internacional que las partes inserten cláusulas especiales para determinar, conforme la autonomía de su voluntad, cual será el derecho aplicable para regir su relación, en particular los conflictos, eligiendo el más adecuado a sus fines, e inclusive determinando el juez competente.**

**Esa forma de inmunizar los contratos suele incluir cláusulas de autoejecución, generándose una suerte de sistema jurídico mercantil transnacional. Se recurre en muchos casos a la "garantía a primer demanda". Se trata de evitar que deba ocurrir ante la justicia pública para lograr allí la coerción de la prestación incumplida.**

Estas constataciones implican una inmediata actualización, movilización y cambio de las relaciones jurídicas tradicionales, que se abandonan para afrontar novísimas formas contractuales, que guardan algún resabio analógico con aquellas. Creatividad, complejidad, escape al marco normativo, internacionalización, autoejecución de los contratos, son algunas de las pautas que guían la conducta de los agentes económicos, generando un nuevo microclima, que incluso impulsa la política. Se genera una nueva *lex mercatoria* en beneficio de los grandes grupos económicos, lo que es natural, lo que no resulta natural es que el Estado no asuma una tendencia similar de protección para los otros grupos, incluso para la pequeña y mediana empresa frente a la globalización económica.

Las dificultades se acumulan para asegurar la reparación del daño. Por eso debe ponerse en revisión la política legislativa y jurídica de nuestro país.

### \* III. FACTORES QUE AFECTAN EL ACCESO A LA JURISDICCION.

1. "Son varias las barreras que hacen que la justicia esté alejada del ciudadano: el alto costo, la prolongación de los procesos, el desconocimiento de sus derechos y el modo de ejercerlos, la falta de legitimación y protección de los derechos humanos y sociales, que se exteriorizan en situaciones de simples ciudadanos, inquilinos, consumidores, titulares de pequeños derechos, que se dan en el barrio, en la propiedad horizontal, en el club, en el ámbito del trabajo, etc. <sup>(6)</sup>.

Como factores que limitan el acceso a la justicia pueden señalarse el cultural, el económico, el cronológico y el social <sup>(7)</sup>.

El factor cultural esta ligado, al igual que los restantes a la "globalización económica", que tiende a generar situaciones más complejas, pues mientras se declaman derechos de tercera generación <sup>(8)</sup>, se hace cada vez más difícil el acceso a la justicia -como nosotros la

---

<sup>6)</sup> De la ponencia de Cristina Ester Delucchi Alternativas del acceso a la justicia en XV Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit. , tomo I pág. 21. Con cita de MORELLO, Augusto Mario El arreglo de la disputa sin llegar a una sentencia final (El Tribunal de las Pequeñas Causas de Brasil en JA 1985 III 743 "El gigantismo del Estado de bienestar ha puesto en jaque la concepción que en el acceso a la Justicia se conformaba con la actitud de un Estado pasivo limitado a reconocer nada más que las personas podían defender sus derechos, sin avanzar en una postura que al cabo las dejaba en su gran mayoría, en "la indigencia jurídica", es decir en la imposibilidad, concretamente, de a) conocer cuales son sus derechos; b) el modo de ejercerlos y en su caso obtener la protección debida; c) a través de qué apoyos, compensaciones o equilibrios razonables pero ciertos, en la práctica cobrar consistencia el derecho igualitario de todos a pedir Justicia, única forma de que deje de ser un postulado sólo teórico; d) de que manera a su vez, los derechos humanos y sociales sucesivamente ampliados y que se radican en múltiples exigencias de situaciones tutelables ... no queden aislados, marginados de un encaje funcional".

<sup>7)</sup> NÖEL, Alfredo Pablo Indefensión encubierta ponencia al XV Congreso Nacional de Derecho Procesal cit. t.I pág. 47 y ss..

<sup>8)</sup> Clasificación realizada por Karel Vasak en los años setenta, en su Teoría de derechos del hombre de la solidaridad. Dicho autor dividía a los derechos humanos en los de primera generación: los derechos civiles y políticos (que el llamara derechos de la libertad), de segunda generación: los derechos económicos, sociales y culturales (denominados como derechos de la igualdad) y de la tercera generación: los derechos al medio ambiente decente, al agua limpia, al aire puro, y el derecho a la paz (derechos de la

concebimos- para quiénes no integran los grupos económicos que predisponen los contratos y la legislación misma <sup>(9)</sup>.

El factor económico se potencia por las razones expuestas en el párrafo precedente. Los costos materiales y temporales, el hipergarantismo, el costo de la mediación jurídica en Argentina <sup>(10)</sup>, los costos del asesoramiento y las tasas del acceso a la jurisdicción, son parte de esos problemas. Sobre ello resulta otra crítica si convertimos el tema que nos convoca "La reparación del daño y el acceso a la justicia" en una ecuación económica: no existe equivalencia entre la efectiva reparación del daño, muchas veces simbólica pese a una sentencia favorable, con las tasas de iniciación del juicio y de regulación de honorarios del abogado del actor; el jurídicamente ganancioso puede aún ser más dañado al tener que afrontar esa tasa y honorarios pese a nada recibir ante la insolvencia del legitimado pasivo. Una sentencia contra un insolvente es un éxito jurídico vacuo, con resultado aún más pernicioso para el dañado y con total frustración del "acceso a la justicia".

El factor temporal es superado o soslayado por quienes predisponen la situación como legitimados activos, y usado en su beneficio en casos de responsabilidad contractual o extracontractual en que ellos mismos sean legitimados pasivos. Referimos la práctica negocial de introducir la "garantía a primer demanda". Dos o tres etapas procesales pueden atenderse en la reparación del daño y el acceso a la justicia: una primera para la declaración de la imputación y quizá la fijación del monto para reparar el daño, quizá una segunda donde se determina el monto indemnizatorio en el caso que no se haya

---

solidaridad). Lo exponemos más ampliamente en nro. trabajo con Emma Mini de Muiño al I CONGRESO EUROPEO DE LATINOAMERICANISTAS sobre DEUDA EXTERNA Y DERECHOS HUMANOS, realizado en SALAMANCA, 26/29 de junio de 1996, intitulado Deuda externa y subdesarrollo.

<sup>9)</sup> Imponiendo la flexibilización laboral incluso por decreto; regulando las tarifas monopólicas en perjuicio de sectores sin representación estable, generando disposiciones societarias que resguardan a los grupos de poder o de regulaciones concursales que favorecen la actuación de administraciones sin previsión patrimonial suficiente, activamente dañosa para la sociedad, los socios y los terceros.

<sup>10)</sup> Uno de los más altos del mundo conforme a un viejo estudio de la Universidad Nacional de La Plata. Por "mediación jurídica" debe entenderse todo lo vinculado a trámites que no generan valor agregado, así en el establecimiento de una fábrica los gastos del contrato social, su inscripción y publicidad, la rubricación de libros, los planos, la medición del terreno, los trámites de habilitación municipal, etc. etc.. Los mismos corresponden a sellados a pagar a entidades públicas, honorarios y gastos de intervención de contadores, abogados, notarios, tramitadores, agrimensores, ingenieros, arquitectos ....

materializado en la sentencia, y una última necesaria que es la ejecución misma, para extraer efectiva y normalmente compulsivamente aquella suma del patrimonio del legitimado pasivo e incorporarla al patrimonio del actor.

El factor social se vincula a que en la sociedad moderna existe un "descreimiento generalizado en la justicia, donde todo parece muy complejo. La duración de los procesos, el costo de los mismos, su ritualismo a veces excesivo, el sistema escriturario han creado una desconfianza hacia el Poder Judicial" <sup>(11)</sup>. Esa desconfianza es acentuada cuando se debe enfrentar a quien ostenta poder económico o influencia política <sup>(12)</sup>. Hoy enfrentamos ese descrédito asumiendo el periodismo o comisiones legislativas un rol de tribunales populares o investigadores paralelos, como en el caso llamado de la "aduana paralela" (ver Informe Córdoba del mes pasado).

2. En este ensayo queremos exceder de estos límites aunque lo hagamos en forma introductoria. Es la visión de un comercialista que exponemos en forma suscitan, para generar el debate, mostrando sólo algunas aristas, dejando de lado -como hemos anticipado- las tradicionales, o aspectos del abuso del proceso <sup>(13)</sup>.

#### **\* IV. ARISTAS QUE DIFICULTAN EN FORMA OBJETIVA LA SATISFACCION DEL DERECHO DE QUIEN PRETENDE RESOLVER SU AFECTACION PATRIMONIAL A TRAVES DEL ACCESO A LA JURISDICCION.**

1. Aristas que hacen a la difícil determinación del monto de la reparación. La prueba del daño es de por sí una cuestión ligada al hipergarantismo. Quién daño se escuda en ese exceso de formalismos y tutelas <sup>(14)</sup>.

En la empresa el daño es normalmente evaluado en forma previa. El riesgo de poner un producto en etapa de investigación en el mercado, el daño por decidir no cumplir con una provisión, una locación de obra, un servicio, el no satisfacer una deuda por el costo del dinero financiero para efectivizar ese pago en tiempo normal. Todo ello es adecuadamente medido -o debió serlo- por los administradores. El daño que se genera cuando una sociedad continúa su giro infracapitalizada, implica que los

<sup>11)</sup> Nöel ponencia cit. pág. 51.

<sup>12)</sup> "Los tribunales no deben ser, por celo mal entendido, resorte del gobierno ni auxiliares de una política dada; sino espejo de la conciencia nacional y brazo impasible y firme de la justicia" Tácito.

<sup>13)</sup> Cfr. la cuestión en el excelente trabajo de otro de los panelistas convocados: GOZAINI, Osvaldo Alfredo El abuso del proceso frente a la litigiosidad innecesaria en Tribuno, Año II n° 6 pág. 218, doctrina, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba.

<sup>14)</sup> "Un proceso civil es casi siempre la consecuencia y el síntoma de falta de honradez, cuando no un delito más o menos disfrazado o disimulado". Gabriel Tarde.



administradores avizoran la imposibilidad de cumplir en el futuro sus obligaciones, pero prefieren seguir usufructuando del patrimonio social contaminando a todos los terceros con los que contratan.

El que reclama debe probar más allá de los usos sociales y comerciales la existencia del daño. Incluso de lo que considera correcto el común de la gente. Se exige una prueba que no es connatural con los usuales procederes, todo acreditado por medios fehacientes. Los tiempos de la justicia dificultan más aún esa cuestión al olvidarse o desaparecer los testigos de los acontecimientos. Y particularmente cuando obtenida una sentencia condenatoria de cierta importancia, quién daño y se escudó en el hipergarantismo se escuda en un proceso concursal por la supuesta insolvencia que le causa la sentencia, y a cuyo fin se preparó por años transfiriendo u ocultando bienes, o deslizando la actividad hacia otra sociedad donde continúa el ciclo de perjuicios futuros.

El juicio por jurados para considerar si existe obligación de reparar y la determinación de ese daño a través de la consideración más o menos libre de sus integrantes puede paliar esa cuestión. Quién daña actúa como si deserrajara un pistoletazo sobre el patrimonio del dañado, y éste no se encuentra ni en ese momento, ni en los momentos sucesivos, acompañado de un notario, dos testigos y un fotógrafo para acreditar los perjuicios.

**1.1. La tasa de interés. Las consecuencias mediatas y el incumplimiento doloso.** Una prueba de lo expresado en el apartado anterior es la restricción jurisprudencial respecto a las tasas de los intereses que integran la indemnización y compensan la dilación hasta su reparación integral, normalmente a tasa pasiva. Si quién daña sabe que deberá responder sólo con el pago de intereses a tasa pasiva no se sentirá dispuesto a obtener crédito bancario para satisfacer su obligación. Por otra parte en nuestro país, y como integrante del "costo argentino" las tasas pasivas son internacionales pues la pagan a los ahorristas y las activas son internacionales sólo para los grandes grupos económicos por la competencia y usurarias para la pequeña y mediana empresa <sup>(15)</sup>.

Sobre el punto recordamos que <sup>(16)</sup>: "Parecería que la cuestión de la tasa de interés se ha vuelto una cuestión conceptual. Como lucro cesante el interés a aplicar sería el de la tasa pasiva promedio. Escapa a esa situación el caso en que por una razonable derivación corresponde aplicar la tasa activa como cuando el afectado es una entidad financiera.- Pero no obstante ello, si el damnificado probara como daño emergente del incumplimiento el que debió procurarse los fondos, corresponderá la tasa activa. Pero el daño emergente no sólo corresponde a las consecuencias mediatas sino también a las inmediatas. Se trata sólo de un problema de prueba. Y esto parece absolutamente lógico."

Quién incumple a sabiendas -porque decide no cumplir un contrato o por actuar sin el patrimonio suficiente para satisfacer las obligaciones contraídas- lo hace dolosamente y deberá responder por los efectos dañosos inmediatos, mediados y causales que genere.

**1.2. Los problemas del recupero y los costos del dinero.** El otorgamiento de crédito impone tasas extras en virtud del "riesgo" de cobro. El riesgo de cobro no es sólo la insolvencia del deudor sino la demora en recuperar el crédito, lo que sumado a la previsión normativa o jurisprudencial que pueda hacerse sobre el monto del interés incidirá directamente sobre la determinación de la tasa de interés "compensatorio" con que se otorgará el crédito <sup>(17)</sup>.

---

<sup>15)</sup> Sobre el punto puede verse toda la fundamentación de la Cámara de Diputados para abonar el dictado de la nueva ley de cheques 24.522 y de factura de crédito 24.760 (B.O. 13.1.97).

<sup>16)</sup> Cfr. nto. trabajo en Libro colectivo "La Responsabilidad" Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo Perrot, Abril 1995, a pág. 293 Las tasas de interés y las consecuencias mediatas en la responsabilidad civil.

<sup>17)</sup> Nto. Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en las tasas equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste, en pág. 121 y ss. del libro colectivo "Convertibilidad del Austral" Estudios jurídicos. Primera Serie. Ed. Zavallía, Buenos Aires 1991.

## **2. Daño cuantitativamente pequeño en relación al legitimado activo.**

La cuestión debe vincularse con la noción de daño, conforme a la apreciación del riesgo creado que tiene el empresario. Siendo pequeño el daño que se infiere a un consumidor o a un accionista, debe suponerse que el mismo no ha de reclamar por la barrera del costo del "acceso a la justicia".

No hay que confundir las "pequeñas causas" (de origen vecinal), con un daño con múltiples afectados, cada uno titular a una indemnización "pequeña".

**2.1. La teoría de la indemnización punitiva como solución para esa arista.** Esos pequeños daños deben ser asumidos a través del daño punitivo o de las acciones en representación, preparada dentro de la reforma al derecho societario, que comentaremos, y con un esbozo en el art. 55 de la ley de consumo nº 14.240.

Sobre la indemnización punitiva en el IV CONGRESO INTERNACIONAL DE DAÑOS, Buenos Aires, Abril de 1995, como relator y en nuestro trabajo escrito "FRACCIONAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE A CONSUMIDORES Y TERCEROS A TRAVES DE LOS CONTRATOS DE COLABORACION", expresamos:

"Debe primar una nueva concepción: ante el método de cambio, el método de empresa. En este último el análisis no es en relación al daño causado al que reclama, al que se indemniza, sino que se disuade a través del daño punitivo o como indemnización lo ganado por dañar, incluso en favor de un individuo, si es que no se quiere formalizar con ello un fondo de garantía.... El análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto, y el resarcimiento no debe ser sólo digno e integral, sino que debe tener el poder de disuasión preventiva.- La aplicación de la teoría de los "daños punitivos" o sancionatorios, que excediendo el monto del daño directo, tiende a disuadir económicamente a la empresa de mantener una conducta, absorbiendo todas las utilidades que puedan resultar de un sector o de la totalidad de su producción.... Muchas veces a la hora de lanzar un producto conscientemente defectuoso al mercado, suelen, los que efectúan un estudio de costos y de riesgos, hacer el siguiente análisis: Cuánto nos cuesta lanzar este producto defectuoso al mercado, aún teniendo que pagar la indemnización de los daños que se puedan causar, estadísticamente previsibles?, si se llega a la conclusión de que nos cuesta diez y ganamos treinta, entonces lanzamos el producto; es mas barato pagar las indemnizaciones que corregir los defectos que tiene.... Esa nueva concepción debe primar ante el método de cambio, constituyendo una nueva técnica del método de empresa. En este último el análisis no es en relación al daño causado al que reclama, al que se indemniza, sino que se tiene en cuenta lo que se programó o debió planear dentro de la empresa para evitar dañar y disuade a través del daño punitivo o mandando a pagar como indemnización lo ganado por dañar, incluso en favor de un individuo. Esto si no se quiere formalizar con ello un fondo de garantía. Allí veremos el nuevo rol del Estado: no realiza prestaciones sino que asegura la distribución de la riqueza y al dañado la reparación integral, que no sale del presupuesto

gubernamental sino de un fondo especial.- Los daños causados por productos con un vicio de fabricación representa para la empresa un coste ulterior respecto de los costos normales de la actividad productiva, pero además de cumplir una función preventiva de los daños a través de la preocupación de la mejora cualitativa de la producción, sirve para racionalizar la dinámica empresarial al marginar aquellas empresas que destruyen un valor mayor del que crean. Por eso es importante la evolución de la jurisprudencia americana sobre "products liability" <sup>(18)</sup>."

**2.2. La ampliación de la legitimación activa a través de las acciones ejercidas en representación de una clase o categoría de dañados.** Dentro del acceso a la justicia, particularmente ante la multiplicidad de perjudicados, o ante las dificultades que tienen ciertos grupos de vencer la presión o decisiones de mayoría, aparece la cuestión de la LEGITIMACION PROCESAL ACTIVA ampliada.

La cuestión puesta en debate en esta comisión del V Congreso de Daños impone avizorar nuevos recursos para asegurar el acceso a la justicia. En tal sentido las acciones derivativas y las acciones en representación.

a. Con las primeras se pretendió introducir en el Proyecto de Ley de Sociedades <sup>(19)</sup> la riqueza de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial americana, con experiencia contradictoria en el ejercicio de las acciones societarias en forma derivada por los socios, como modalidad de protección de las minorías, con un resultado práctico: la "distribución del monto recuperado (fruto del ejercicio de la acción de responsabilidad) ... entre los accionistas".

Conforme a esas normas proyectadas (art. 21 y ss. LS) se caracterizan las ACCIONES DERIVADAS <sup>(20)</sup>: "Un socio, administrador o director de una sociedad puede solicitar del juez autorización para iniciar procedimientos en representación de la sociedad o cualquiera de sus controladas, o para intervenir en representación de la sociedad o cualquiera de sus controladas en procedimientos de las que cualquiera de ésta sean partes, para proseguirlos, defenderlos o concluirlos".

No se avizora en el derecho positivo argentino la posibilidad del accionista minoritario de accionar directamente por la responsabilidad social de los administradores o de la controlante, lo que importa una acción social, pero limitándola a su propio interés para así limitar costos y riesgos. La Suprema Corte de Ohio se pronunció sobre la admisibilidad de una acción directa del socio de minoría contra los accionistas de mayoría en una sociedad cerrada (close corporation). La minoría reclamaba el pago del daño causado por las graves irregularidades cometidas por los socios de control, administradores y dirigentes de la

<sup>18)</sup> Cfme. TARELLO Il realismo giurídico americano Milán, 1962.

<sup>19)</sup> "Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales". Elaborado por la Comisión designada por Res. MJ 465/91, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993.

<sup>20)</sup> Una modalidad de acciones oblicuas o subrogatorias pero en lo interno de un ente, donde no es la relación acreedor-deudor la que lo justifica, sino una razón funcional.

sociedad, tales como: pagos a sí mismos de compensaciones excesivas; uso de bienes de la sociedad en provecho propio y actividad personal; pago con bienes de la sociedad de las expensas personales, etc.. Los demandados opusieron la falta de acción, sosteniendo que tal acción debía proponerse a través de la sociedad, en asamblea, y eventualmente ejercitar una acción derivada o sea una acción individual en beneficio social. Esta última posición fué recogida por la primera instancia, pero revocada por la segunda Instancia, acogimiento que fué confirmado por la Corte, argumentando que una sociedad cerrada permite a la mayoría de control oprimir a la minoría, por ejemplo con la no distribución de las utilidades o pagándose a sí mismos compensaciones exorbitantes, privando a la minoría de oportunidades iguales. Exigir la promoción de una acción derivativa, o sea en beneficio de la sociedad, no es un remedio efectivo, porque los autores del ilícito serían los principales beneficiarios de la reparación del daño <sup>(21)</sup>.

b. La decisión de política legislativa entre instaurar fondos de reparto o destinar la indemnización punitiva en favor del reclamante -como señalamos en el parágrafo correspondiente-, puede afrontarse a través de la ampliación de los legitimados activos para reclamar conforme las llamadas "class actions". Se trata de instaurar sistemas de responsabilidad que se correspondan a la relación de consumo, ejercitados por representación <sup>(22)</sup>, para evitar la sinergia del daño; o con modalidades que correspondan a un método normativo de empresa y no de contratos de cambio -o de mercado-, como la referida indemnización punitiva.

Conforme a esa política (Artículo 23) las ACCIONES POR REPRESENTACION se autorizan "En las sociedades por acciones, si un accionista inicia una acción contra la sociedad o un director, y otros accionistas tienen el mismo o similar interés al del objeto de la acción, el juez puede designar, con citación de los demás accionistas, a ese accionista para que represente a todos o algunos de los otros accionistas que tengan un interés idéntico o similar".

Ejemplos de esa forma de dañar -y de aplicación de lo sugerido- es la actitud de alguna empresa de tarjetas de crédito que con cierta periodicidad incluye pequeños pero injustificados débitos en todas las cuentas, estadísticamente es conocido que sólo un puñado de los perjudicados inician algún trámite administrativo. O una liquidación incorrecta de los intereses de acciones preferidas en el dividendo de una sociedad, que importe una pequeña quita al monto real que debía pagarse. Si alguno de los accionistas o de las usuarios de tarjeta de crédito que advirtió la maniobra pudiera ejercitar acciones en

---

<sup>21)</sup> Crosby v. Beam N° 88-1516, Ohío Sup. Ct. 20.12.89. Cfme.Segurities Regulation y Law Report vo. 22 19 enero 1990 p. 109; Minority Shareolders May SueDirectly for Breach Of Duty, Ohio Court Decides.

<sup>22)</sup>4) Sobre el punto puede verse el Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades de la Comisión que integráramos en el seno del Ministerio de Justicia, publicado por Ed. Astrea 1993, arts. 23 y ss..

representación de la totalidad de ellos seguramente no se repetiría la acción deliberada de la parte dominante.

La ley del consumo n° 24.240 instala algo semejante en el art. 53, pero con sentido preventivo más que indemnizatorio.

\* 3. La dificultad en determinar al legitimado pasivo. El punto se vincula a otro problema que debe resolver el legitimado activo: ¿quién debe reparar el daño?

En algunos casos es imposible esa determinación, como en el daño por contaminación sinérgica, o en un daño causado por un vehículo inidentificado. Para cubrir esta franja se postulan fondos, como los indicados en parágrafo precedente.

3.1. Dentro del campo de la determinación del deudor, o sea en cuanto a la legitimación pasiva, toma especial relevancia otras cuestiones o facetas tales como:

a. el fraccionamiento de la responsabilidad por el uso de contratos de colaboración <sup>(23)</sup>

b. la elusión de la responsabilidad por el uso de personas jurídicas o de técnicas jurídicas que alteran las imputaciones, como el fideicomiso o el leasing <sup>(24)</sup>.

El gran desafío es el abuso de los medios técnicos y la responsabilidad de los administradores y de los controlantes. Tanto frente a partícipes del negocio, de socios o de terceros.

3.2. Vinculamos al punto anterior específicamente con el uso abusivo del recurso técnico de la organización y centro imputativo "sociedad", cuando el mismo es usado por terceros desde la sombra, amparados en la irresponsabilidad e, incluso, en la insolvencia de la sociedad "usada" (o abusada).

La actuación de socios o terceros que a través de una sociedad afecte a terceros, o a los socios, o a la propia sociedad, generará una responsabilidad de los mismos a través de la imputación aditiva del acto imputable también a la sociedad. Esa imputación no se limitará a los daños sino a la integridad de la actuación (la relación jurídica y los daños), conforme resulta de la interpretación del art. 54 LS <sup>(25)</sup>.

Se impone, en este aspecto, agravar la responsabilidad de administradores y controlantes, particularmente ante la actuación

<sup>23)</sup> Sobre el punto puede verse nuestro relato en el IV Congreso Internacional de Daños Buenos Aires, Abril de 1995 Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración.

<sup>24)</sup> Sobre el punto remito a mi trabajo en el libro colectivo en Homenaje a Atilio Alterini, Ed. Abeledo Perrot, en prensa La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso.

<sup>25)</sup> Cfr. nto. trabajo La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades, en pág. 81 del n° 4 de la Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal Culzoni.

reparatoria de terceros se debe alentar las acciones por la actuación indebida.

**\* 4. Perjuicio irreparable por la sustitución de la prestación por la indemnización.**

4.1. En muchos supuestos se daña incumpliendo a sabiendas su prestación -dolosamente-, para no perjudicar actualmente su patrimonio y diferir hacia el final de un intrincado juicio la reparación patrimonial de la prestación incumplida. Así el damnificado no logra la prestación debida, difiriéndosele en el tiempo una prestación dineraria sustitutiva retaceada por las razones expuestas.

Ante la falta de ética, uno podría recordar el discurso que pronunció Paul Valéry en la Academia Francesa acerca de la virtud: "Virtud, señores, la palabra virtud ha muerto, o por lo menos está a punto de extinguirse. A los espíritus de hoy no se muestra como la expresión de una realidad imaginable de nuestro presente.... Yo mismo he de confesarlo no la he escuchado jamás y, es más, sólo la he oído mencionar en las conversaciones de la sociedad como algo curioso o con ironía. Podría significar esto que frecuento una sociedad mala sin no añadiese que tampoco recuerdo haberla encontrado en los libros más leídos y apreciados de nuestros días; finalmente, me temo no exista periódico alguno que la imprima o se atreva a imprimirla con otro sentido que no sea el del ridículo. Se ha llegado a tal extremo, que las palabras "virtud" y "virtuoso" sólo pueden encontrarse en el catecismo, en la farsa, en la Academia y en la opereta".

En este punto consideramos que mientras nuestra sociedad no deje de contemplar con desagrado al desesperado, y considere al pícaro como un exitoso, no emprendemos el camino de la reconstrucción de la sociedad.

4.2. En este supuesto adquiere relevancia fundamental la aplicación de medidas cautelares cuyo contenido coincide total o parcialmente con lo que se pretende sea objeto mismo de la sentencia de mérito <sup>(26)</sup>, cautelas que "conlleven efectos prácticos análogos a las decisiones definitivas".

**\* V. LOS PROBLEMAS EN LA ORGANIZACION SOCIETARIA.**

Algunas de las cuestiones anteriores vinculan a la sociedad en lo externo. Pero a esa problemática de la empresa se agregan las relaciones de administradores, controlantes y socios e inversores, a cuya problemática hemos anticipado alguna apreciación.

En lo interno de la organización societaria, además de acciones que disponen los socios, existen otras cuestiones que pueden dañar a la empresa y afecta fuentes de trabajo: son los conflictos societarios. En lo interno en la sociedad, un juicio desgasta, liquida todos los bienes. Quién intenta ampararse en la empresa cuestionando que los administradores

<sup>26)</sup> Cfme. de LÁZZARI La cautela material ponencia al XVII Congreso de Derech Procesal de Santiago del Estero.

actúan en su propio interés, debe actuar con su propio patrimonio, se la cuestiona la posibilidad de otorgar como garantía sus propias participaciones o acciones, mientras los administradores se defienden usando del propio patrimonio social o sea en parte del mismo que cuestiona. Largos procedimientos afectan a la empresa y el éxito no es sino meramente declarativo pero no compensatorio ni resarcitorio de los daños.

Los problemas internos de los entes importan una situación similar a una cuestión de la organización familiar, y debería ser dilucidada por métodos particulares, como la mediación, arbitraje ejecutivo o en audiencia judicial única <sup>(27)</sup>.

## **\* VI. LA PROBLEMÁTICA CONCURSAL.**

1. La cesación de pagos como potenciadora del incumplimiento. El incumplimiento para afrontar el daño, sea inicialmente o para cumplir la sentencia, se potencia cuando se vincula a cesación de pagos o dificultades económicas o financieras generales del obligado.

Además de los referidos fenómenos jurídico económicos generados dentro de la globalización económica y el mercado a través del empleo de los instrumentos o técnicas jurídicas referidas en párrafos precedentes, dentro del acceso a la justicia (como la concebimos) se interpone el fenómeno de la cesación de pagos y los concursos.

A través de sistemas concursales que desconocen la realidad de la empresa y de su ética la "responsabilidad" pasa a estar en cabeza de los acreedores y no de los accionistas que tienen responsabilidad limitada.

Adviértase los efectos devastadores del incumplimiento previsto: un solvente pasa a ser insolvente si su deudor insolvente -que no quiebra- no documentó en títulos de crédito su deuda, y el solvente a quién no le pagan pasa a ser sujeto de una quiebra si otorgó títulos ejecutivos (aunque no necesariamente la quiebra pueda dictarse por el incumplimiento sólo de títulos ejecutivos tal es la realidad). Además la cesación de pagos se comunica como un cáncer al resto de la comunidad donde actúa el insolvente.

2. Los daños y el derecho concursal. El tráfico actual impone nuevos parámetros en la concepción de quienes son los interesados a integrar la masa patrimonial pasiva y su posible afectación por el efecto extintivo que pudiera pergeñarse (art. 42 LQ). Así, pese a ser relaciones anteriores al concurso, con efectos dañinos ya producidos: a) el consumidor afectado por un vicio de un procedimiento de desarrollo, que quizá recién advertirá ese daño y su derecho a ser resarcido mucho tiempo después al de caducidad; o b) la obligación eventual que se

---

<sup>27)</sup> Cfr. BERIZONCE, Roberto O El abogado negociador, ponencia al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993, particularmente en el capítulo II "Colapso de la justicia tradicional y "medios alternativos" donde justifica la mediación como medio propio en casos como los que señalamos en el texto, y no simplemente como sustitutivos de la justicia estatal.



genera por la existencia de fondos de pensión, o de complementación jubilatorio, o compensatorios de retiro, que aún no tienen un derecho creditorio concreto, aunque el daño ya se haya producido. Punto a destacar son los derechos de los trabajadores -aunque en el momento no se les deba nada- por los daños que se puedan producir sobre la extensión de la relación laboral por el incumplimiento del acuerdo y la quiebra consecencial: la responsabilidad de los administradores parecería una consecuencia lógica, pero no es aplicada.

Las presentaciones en representación de todos esos grupos para asegurar fondos o participación debería imponerse como necesidad, exigiéndose la denuncia obligatoria por el órgano de representación de la concursada, bajo responsabilidad si no lo expusiere.

La caducidad y/o efecto novatorio debería tener un efecto relativo en esos supuestos, engendrándose en todos los casos un derecho sustitutivo contra todos los administradores o representantes de la empresa en dificultad (individual o social).

**3. La extensión de responsabilidad como base de las soluciones concursales.** Los problemas concursales -o de crisis de empresa- no pueden solucionarse dentro de la legislación concursal si, al mismo tiempo, no se integran el análisis con las normas de organización de la empresa a través de la sociedad y la responsabilidad de sus administradores.

Correlativamente con ello la situación de insolvencia de empresas controladas por las solventes, puede protegerse extendiendo la responsabilidad a la sociedad controlante.

**4. Los concursos como constatación de forma de abreviación de los procesos.** Dentro de nuevas técnicas a que nos estamos refiriendo, las normas concursales en cuanto sistema procesal-substancial imponen la suspensión de juicios de contenido patrimonial y su sustitución por el proceso verificadorio o el fuero de atracción.

La primera solución se correspondía al sistema de la ley 19.551, pero no concitó toda la aplicación que permitía la norma, quizá por cuanto elimina costas e impone al juez la angustia de tiempos y versación universalista a la que no siempre está acostumbrado. Se perdió de vista el atisbo de una verdadera revolución procesal que, a partir del concurso, pudiera infiltrarse en el resto del sistema de solución de conflictos <sup>(28)</sup>.

La nueva ley de concursos n° 24.522 privilegia el fuero de atracción del juez del concurso, pero deja en ciertos casos a opción del actor la prosecución de la acción de imputación de daños (entre otras declarativas) o insinuar su pretensión por la verificación de créditos permitiendo una inmediata sentencia con trámites recursivos abreviados.

Un concurso con cinco mil acreedores -bajo el sistema de suspensión total de acciones de contenido patrimonial contra el concursado-, impone que las cinco mil causas sean resueltas en los limitados plazos que imponen las leyes concursales, agregando la

<sup>28)</sup> Cfme. nto. libro en colaboración con Norma Beatriz Alvarez y César Maldonado Suspensión de acciones y fuero de atracción en los concursos, Ed. Astrea, Buenos Aires 1994.

participación del síndico y el control múltiple de todos los acreedores de cada relación jurídica en análisis.

Ello es demostrativo de la posibilidad de simplificar los trámites judiciales de reconocimiento del crédito. Y los de ejecución de la sentencia no deberían representar un factor de dilación para la reparación integral, cumpliendo con la efectivización del "acceso a la justicia".

**\* VII. LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR.** Un postrer comentario respecto a la restricción a los derechos laborales, vinculada a la globalización económica, advertida tanto en nuevas normativas que regulan esas relaciones como en la tendencia gubernamental a dar excesivas ventajas o garantías para la radicación de empresas, o sea para disminuir sus riesgos (vide parágrafo \* II), trasladándolos a los trabajadores.

En este punto si se entiende que la actividad de las empresas no pueden generar daño al trabajador, no existirá límite a la baja de las garantías y de la reparación de eventuales daños que realmente sufran, atendiendo particularmente a los trabajadores esclavos de algunos países extraños al Mercosur. Ante ello, la reparación del daño será imposible, por cuanto los Gobiernos se interesarán en propender a generar mayor radicación de empresas y la apariencia de gestación de puestos de trabajo, cuando se puede estar produciendo un fenómeno de subsalarios y falta de seguridad social, de efectos explosivos diferidos. En este sentido debería intentarse fijar bases en el Mercosur o en Mercados comunes dentro de los cuales no podrían otorgarse menos derechos a los trabajadores de los previstos (resguardar su patrimonio de las contingencia dañosas), imponiendo barreras aduaneras para productos fabricados en países fuera de ese Mercado Común, particularmente de los que no respetaran esas reglas sociales.

Cuando no se paga un crédito a un asalariado la cuestión no puede tratarse como si el mismo fuere un acreedor más. Se trata de un daño inferido a su subsistencia misma, atento el carácter asistencial del salario. El trabajador no fué un otorgante de crédito como una entidad financiera. No obstante ello, la entidad financiera recupera más rápido el crédito impago y las consecuencias dañosas del incumplimiento (intereses) que el trabajador sus salarios e intereses.

-----

Esbozamos estas ideas deshilvanadas en ánimo a que sean motivadoras, por su contraste, de un debate encendido y de un diálogo fecundo que rectificara y enriquecerá las modestas aportaciones que introducimos en una temática que corresponde dogmáticamente a los procesalistas. Se advertirá que muchas de las aristas deben asumirse a través de modificaciones procedimentales, pero en otros por el medio de recepción de prácticas naturales a la conducta humana y no a la creación seudo científicista.

En el caso hemos soslayado -por exceder de nuestra capacidad- la situación del individuo o de la sociedad afectada por la actividad del Estado, particularmente por su estado de "cesación de pagos" que lo lleva al incumplimiento y al dictado de leyes de consolidación de dudosa

constitucionalidad, generando incumplimientos en cadena y la insolvencia de los que registran patrimonialmente importantes créditos contra los entes públicos. No dudamos que caminos similares a los indicados en el texto de esta comunicación deberían aplicarse, particularmente la responsabilidad de los administradores.

Aspiramos a que "El juez del porvenir volverá a parecerse al árbitro bajo la triple relación de economía, sencillez y confianza de los litigantes"<sup>(29)</sup>.

---

<sup>29</sup>) MANCINI, Pisanelli y Scialoja, Vol. II, p. 12, en cita CHIOVENDA Jose, Derecho Procesal Civil, T.I., Ed. Reus S.A., Madrid, trad. de 3ra. Italiana por Jose Casals y Satalo, 1932, p. 132.