

**Simplificación de las
funciones judiciales.**

**Límites a la
delegación y a la
sustitución de las
funciones judiciales**


Aída Kemelmajer de Carlucci,

Bs. As., Junio 2006.

**Hemos hecho del procedimiento
un instrumento de lujo, que ya no
sirve para salvaguardar el derecho
de defensa sino para obstaculizar
la marcha de la Justicia
*(Marcel Storme)***

**Litigation delay is the principal evil
facing contemporary systems of
civil procedure *(Georges Bermann)*.**

**Cost, delay and vexation form
the three headed hydra.**



**Ninguna ley es inocente. Los
propósitos que plasman las
normas tienden a proteger o
privilegiar determinados
intereses, lo que supone
posponer o menguar otros
(Morello).**

Toda la construcción legal en pos de lograr la determinación del pasivo y, al mismo tiempo, evitar su desguace mediante las acciones individuales, no sirve de nada si su contracara, la realización del activo falencial, no se produce en un tiempo tal que el dividendo concursal sea de cierta utilidad para los acreedores.

Transcurrido ese lapso de tiempo, que es inexorable, los acreedores se desentienden absolutamente del procedimiento por la sencilla razón de que el costo del seguimiento del expediente es más alto que las expectativas de cobro de sus acreencias.

LAS PREGUNTAS SUGERIDAS. UN CAMBIO EN EL ORDEN DE ABORDAJE

- **Primera pregunta: ¿Vale la pena abrir un debate, en los países respectivos de cada uno de los participantes, sobre el tema de la delegación o sustitución?**

- **La realidad argentina. Carencias de estadísticas.**
- Una estadística “casera” de Mendoza
- Promedio del tiempo de duración para la totalidad de las quiebras analizadas (directas e indirectas): 56 meses (cuatro años y ocho meses).
- Quiebras directas, promedio 22 meses (un año y diez meses). Dividendos obtenidos por los acreedores quirografarios, 23,66%.
- Quiebras indirectas, promedio setenta meses (cinco años y diez meses), Dividendos “liquidados”, 12,35 %

**Roosvelt: Algo
hay que hacer.**

2º pregunta.

¿Hay límites (de naturaleza constitucional, legal, cultural o de otra índole) a la delegación de facultades que hoy se desempeñan en la órbita de la judicatura, o a su sustitución por parte de entes no judiciales?

a) La “*desjudicialización*”. **El procedimiento no judicial**

- **Todo se judicializa (salud, vivienda, etc).**
- **Intento de desjudicializar el proceso concursal.**
- **¿Paradoja o consecuencia?**

Los límites constitucionales a la *desjudicialización*

- Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, *o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* (art. 8 Convención americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica)

- Todas las soluciones que se inspiran en el principio del contradictorio están signadas por la constante y benéfica preocupación de oír a todas las partes. De tal modo, el **juez** puede escuchar el tañido de todas las campanas, para así elegir aquella cuyo sonido considere más grato a la justicia. Ese perpetuo sonar de todas las campanas debe mantenerse, en principio, durante todo el desarrollo del debate (Peyrano).

- Art. 18 de la Constitución argentina:

Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

- Compatible con la ejecución fuera del proceso (?). La defensa judicial *anterior, concomitante, posterior.*
- Chiovenda: “En un proceso puede ser necesario el conocimiento con anterioridad a la ejecución; en otro puede ser admitida la ejecución sin previo conocimiento, y en otro, aún puede admitirse el primer sistema como regla y el segundo como excepción”.

- **La simultaneidad o paralelismo.**
- El ejecutado tiene la posibilidad de cuestionar la deuda que se le atribuye mediante un proceso de conocimiento, de carácter declarativo, que si bien no paraliza la ejecución, tampoco se ve impedido por ésta. Por ello, la decisión que niega al deudor la mencionada facultad resulta descalificable por arbitrariedad (CSN, Laperuta c/The Chase Manhattan Bank, 5/2/1987)

- No es lo mismo un proceso de conocimiento *inserto* que uno *paralelo*:
 - * en el inserto (juicio ejecutivo tradicional) hay posibilidad de deducir excepciones, y esa posibilidad impide que se pase a la efectiva ejecución; hay que esperar que la sentencia de remate mande llevar adelante la ejecución.
 - * en el paralelo, la ejecución se inicia, sigue adelante, se subasta y paga mientras en el procedimiento paralelo no se resuelva suspenderla provisoriamente, o ponerle término definitivo si el pronunciamiento que en él se dicte llega a tiempo.

- Desjudicialización.....*ma non troppo*.....
- Las etapas del proceso.
- ***preparatoria de la venta***: extrajudicial o mediante alguna autorización judicial.
- ***venta propiamente dicha***: judicial o notarial, otros agentes.
- ***distribución o producido del precio***: judicial, notarial o directa

- La necesaria recurrencia a la actuación judicial previa o la exigencia de formalidades especiales para la ejecución de la cosa dada en garantía (dentro de un proceso judicial o fuera de él) no resuelven hoy eficazmente problemas específicos que se pueden presentar. Así, **la subasta judicial o el remate público no aseguran el mejor precio objetivo de los bienes** (y en verdad no podría exigirse ese resultado). Por el contrario, esos procedimientos necesariamente conllevan demoras y costos que, lamentablemente, inciden sobre aquel a quien pretenden proteger. Las demoras, en cuanto permiten que se sigan devengando intereses y el crédito aumente; los costos, porque a veces insumen gran parte de lo que realmente se obtiene en subastas o remates (Alegría)

Algunos ejemplos en la ley de concurso de la Argentina

- Funcionarios no judiciales
- ARTICULO 177.- Incautación: formas.
Inmediatamente de dictada la sentencia de quiebra se procede a la incautación de los bienes y papeles del fallido, a cuyo fin el juez designa al funcionario que estime pertinente, **que puede ser un notario.**

- **ARTICULO 215.- Títulos y otros bienes cotizables.** Los títulos cotizables en mercados de valores y los bienes cuya venta puede efectuarse por precio determinado por oferta pública en mercados oficiales o estén sujetos a precios mínimos de sostén o máximos fijados oficialmente, deben ser **vendidos en las instituciones correspondientes**, que el juez determina previa vista al síndico.

- ARTICULO 213.- Venta directa. El juez puede disponer la venta directa de bienes, previa vista al síndico cuando, por su naturaleza, su escaso valor o el fracaso de otra forma de enajenación resultare de utilidad evidente para el concurso. En ese caso, determina la forma de enajenación, que puede confiar al síndico **o a un intermediario, institución o mercado especializado**. La venta que realicen requiere aprobación judicial posterior.

- ARTICULO 261.- Enajenadores. La tarea de enajenación de los activos de la quiebra puede recaer en **martilleros, bancos comerciales o de inversión, intermediarios profesionales en la enajenación de empresas, o cualquier otro experto o entidad especializada.**
- El martillero es designado por el juez, debe tener casa abierta al público y seis años de antigüedad en la matrícula.

La experiencia argentina. Algunos supuestos de desjudicialización

- Ejecuciones a favor de Bancos “oficiales” (algunos, hoy, privatizados)
- La facultad del Banco hipotecario nacional para ordenar por sí y extrajudicialmente la venta en remate público del bien hipotecario a su favor **no** vulnera las garantías contenidas en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, pues ello comporta una seguridad insustituible para los intereses de la institución, que no deben ser perturbados *con las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos judiciales* (CSN 25/4/2000, Vukic, Juana c/ Banco de la Nación.)

- No se viola ni el art. 17 (propiedad privada) ni el 18 de la CN. En cuanto al primero, porque la pérdida de la propiedad se conjura pagando la deuda que da origen a la ejecución; en cuanto al segundo, porque el deudor podrá hacer valer sus derechos con toda amplitud en la acción ordinaria si realmente el procedimiento ha sido arbitrario o irregular, con toda la garantía que supone la solvencia del banco de la nación argentina.
- Las particularidades del caso. Participación en el proceso administrativo

Otros supuestos “tradicionales”

- warrant (n° 9643 de 1914);
- la prenda con registro privada (art.39 del decreto-ley 15.348/46, ratificado por ley 12.962 y modificado según decreto 897/95);
- la prenda comercial común (arts. 580 y 585 del Código de Comercio)

- Art. 17 ley 9643: El acreedor del warrant deberá pedir, dentro de diez días de la fecha de su vencimiento, la venta en público remate de la mercadería afectada. El pedido de venta se hará **ante el administrador del depósito**, quien, una vez comprobada la autenticidad del warrant, por su conformidad con las constancias del registro, ordenará el remate por intermedio de los mercados de cereales o bolsas de comercio, donde existan; y donde no los hubiere, por martilleros especiales designados por orden de nombramiento dentro de una nómina que anualmente formarán los tribunales superiores de comercio de la jurisdicción respectiva. Esta resolución será comunicada al deudor y a los endosantes cuyos domicilios consten en el registro
- El remate tendrá lugar en la plaza comercial donde estuviese situado el depósito, y en su defecto, en una de las más inmediatas

- La venta de los efectos por falta de pago del warrant **no se suspenderá por quiebra,** incapacidad o muerte del deudor, ni por otra causa que no sea orden judicial escrita, previa consignación del importe de la deuda, sus intereses y gastos calculados.
- El producido del remate será **distribuido por el administrador del depósito** respectivo, siempre que no mediare oposición dentro del tercer día. En caso contrario, lo depositará a la orden del juez correspondiente, para su distribución, dentro del orden de preferencias consignadas en el art. 22

**Un caso de
desjudicialización
discutido. La ley de
fideicomiso.**

Desjudicialización aparentemente total.

- ARTICULO 16.- Los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones, no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, **la que estará a cargo del fiduciario**, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24.

Desjudicialización “parcial” Ejecución hipotecaria.

- Procedimiento ejecutivo extrajudicial especial no automático; hay que pactarlo e incluirlo en la escritura de constitución de la hipoteca, en la letra y en los cupones.
- Importa una renuncia al derecho a la jurisdicción.
- Por qué no se ha convertido en cláusula de estilo.

- **Caracteres generales del procedimiento.**
- No hay sentencia de trance y remate,
- ni orden judicial de embargo o subasta,
- ni proceso para la desocupación en caso de hallarse el bien en poder de terceros,
- ni aprobación judicial de la subasta,
- gran limitación de las causas de oposición
- el objetivo perseguido por la presentación ante el tribunal no se dirige al cobro, sino a la designación de notario para la constatación y, en su caso, el lanzamiento.

- El acreedor recurre al juez, no para promover la acción ejecutiva hipotecaria, sino para dos actividades de sustancia *cautelar asegurativa del bien*:
 - * Verificar el estado físico y de ocupación del inmueble objeto de la hipoteca.
 - * Obtener del acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo.
- Ambas actividades no son ejecutadas materialmente ni por el juez ni por sus funcionarios, sino por el **notario propuesto por el acreedor**, que el juez se limita a designar.

- Si hay ocupantes, el escribano intima a la desocupación en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública.
- El escribano labra un acta y la presenta al juez como cabeza de las actuaciones judiciales. Si en 10 días no han desalojado, el escribano, con auxilio de la fuerza pública, procede al desahucio y la entrega vacua de la tenencia al acreedor.
- Fin perseguido por la ley: que el inmueble esté libre de ocupantes en el momento de la subasta, para obtener mejores resultados económicos

- Etapa de ejecución judicial propiamente dicha, con causas de oposición limitadísimas.
- El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento, ni la subasta, salvo que acredite verosímilmente alguno de los siguientes supuestos.
 - a) Que no está en mora.
 - b) Que no ha sido intimado de pago
 - c) Que no se ha pactado la vía elegida o
 - d) Que existen vicios graves en la publicidad.
- En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta

- **Subasta**
- Remata el martillero, pero con la presencia del escribano.
- **Distribución o producido del precio**
- El pago debe hacerse dentro de los cinco días de aprobado el remate, *directamente al acreedor* y éste sólo está obligado a depositar en el expediente el saldo de precio.

La reacción doctrinal y jurisprudencial

- "La constitucionalidad de una norma procesal no debe ser analizada desde la exclusiva óptica del demandado, pues la defensa en juicio y el debido proceso se extienden también a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin al conflicto; por eso, en la ponderación constitucional de una norma procesal habrá de juzgar si las facultades del demandado para el ejercicio de su defensa son acordes con la estructura del proceso y con el bien jurídico que el mismo pretende tutelar".

- Presunta inconstitucionalidad por incoherencia:
- Incompatibilidad del desalojo anticipado con el derecho a sobreseer el juicio ejecutivo (pago posterior a la subasta).
- Subasta sin sentencia.

La cuestión en la ley de concursos.

- **El péndulo histórico-ideológico: privatización/ judicialización/ desjudicialización. Del síndico “superman” al juez sabelotodo.**
- **Presunta incompatibilidad entre la extrajudicialidad y la carga de verificar**

- **ARTICULO 23.- Ejecuciones por remate no judicial.**
- Los acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial bienes de la concursada o, en su caso, de los socios con responsabilidad ilimitada, deben rendir cuentas en el concurso acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los 20 días de haberse realizado el remate. El acreedor pierde a favor del concurso, el 1% del monto de su crédito, por cada día de retardo, si ha mediado intimación judicial anterior. El remanente debe ser depositado, una vez cubiertos los créditos, en el plazo que el juez fije.

- Si hubiera comenzado la publicación de los edictos que determina el artículo 27, antes de la publicación de los avisos del remate no judicial, el acreedor debe presentarse al juez del concurso comunicando la fecha, lugar, día y hora fijados para el remate, y el bien a rematar, acompañando, además, el título de su crédito. La omisión de esta comunicación previa vicia de nulidad al remate.
- La rendición de cuentas debe sustanciarse por incidentes con intervención del concursado y del síndico.

Otras alternativas judiciales, de defensas restringidas

- ARTICULO 126.- Verificación: obligatoriedad. Todos los acreedores deben solicitar la verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista por Artículo 200, salvo disposición expresa de esta ley.
- Créditos prendarios o hipotecarios. Sin perjuicio del cumplimiento oportuno de esa carga, los acreedores con hipoteca, prenda o garantizados con warrant, pueden reclamar en cualquier tiempo el pago mediante la realización de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el Artículo 209 y fianza de acreedor de mejor derecho.

- **ARTICULO 209.- Concurso especial.** Los acreedores titulares de créditos con garantía real pueden requerir la venta a que se refiere el Artículo 126, segunda parte, mediante petición en el concurso, que tramita por expediente separado.
- Con vista al síndico se examina el instrumento con que se deduce la petición, y se ordena la subasta de los bienes objeto de la garantía. Reservadas las sumas necesarias para atender a los acreedores preferentes al peticionario, se liquida y paga el crédito hasta donde concurren el privilegio y remanente líquido, previa fianzas en su caso.

LAS RESPUESTAS FINALES

- ¿Se puede prescindir de la judicatura para ejecutar créditos con o sin garantías? **SI, con garantías**
- En los países en los cuales inexorablemente se requiere intervención judicial en la ejecución de créditos, ¿puede limitarse esa intervención judicial de modo de hacer más rápidos y efectivos los mecanismos de ejecución? **SI**
- En todo caso, frente a créditos impagos ¿es posible instrumentar mecanismos de cobro que logren un adecuado equilibrio entre la demanda de efectividad por parte del acreedor y la necesaria protección del deudor? **SI**

PERO.....

- **Los “usus fori” locales pueden llevar al desuetudo de la mejor de las normas.**
- **Los créditos laborales en la Argentina empobrecida.**

- **“Una vez que los grupos se instalan, al juez del concurso sólo le quedan dos posibilidades: resignar su papel y con él su autoridad, o bien, imponer su autoridad por la fuerza. En ambos casos, las consecuencias pueden ser impredecibles.**
- **Esta es la triste realidad de las quiebras en el contexto de esta Argentina empobrecida y arrodillada. Conocer el problema en toda su crudeza es el primer paso para hallar soluciones” (De las Morenas).**

Recuperar los valores básicos del proceso.

- a)** Precisión (*accuracy*) en determinar y caracterizar los hechos y la ley.
- b)** Eficiencia (*efficiency*) en la utilización de los recursos públicos y privados (minimizar costos y tiempos del proceso).
- c)** Buena fe o corrección (*fairness*) de las partes e imparcialidad en quien debe resolver el conflicto, o sea due process

