



**MARCIAL ELESTE VARVELLO**

**“TABLERO DE COMANDO JURÍDICO  
PARA PYMES”**

**AÑO 2012**

**ABOGACÍA**

## **Resumen**

La realidad en la que están inmersas las Pequeñas y Medianas Empresas exige, con el mismo rigor de enfoque dinámico que se tiene desde las técnicas de la gestión económica, una mirada crítica del marco jurídico, de manera tal de detectar sus emergentes y actuar en consecuencia. Este trabajo se propone brindar no solo una herramienta concreta de aplicación del Derecho Empresario, sino también, abrir paso a un criterio metodológico para el tratamiento de la problemática jurídica en este tipo de organizaciones, las cuales, tampoco resultan de una elección antojadiza o casual, ya que las grandes compañías tienen contrataciones acordes para su abordaje aún respondiendo al principio de economicidad, cosa que, de realizarse de similar manera, sería imposible para las pequeñas y medianas. Desde esta propuesta, las Pymes podrán contar con un análisis estratégico verdaderamente integral, con una especie de radar que permitirá detectar, en el comportamiento de las distintas variables en juego, los más importantes resortes del entramado jurídico que las sostiene, lo cual arrojará un diagnóstico imprescindible para la creación de valor. Este Tablero de Comando Jurídico para Pymes administra una serie de relojes jurídicos cuyos diseños se han basado en casos reales, entonces, la posibilidad de lectura y utilización para con las estrategias empresarias de este especial tipo de personas ideales, no es mito, sino realidad.

## **Abstract**

The reality Small and Middle-Sized Businesses are immersed into demands, using the same dynamic focus rigour used in economic management techniques, a critical look at the legal frame, in order to detect its emergent items and act accordingly. This work aims at offering not only a concrete tool to apply Business Law, but also to give way to a methodological criteria in the treatment of legal problems in this type of organizations, which are not the result of a fortuitous or capricious choice, since big companies make contracts according to the different approaches in each situation and following the principle of profitability, which is impossible for Small and Middle-Sized Businesses to do. With this proposal, Small and Middle-Sized Businesses will have a really complete strategic analysis; a kind of radar which will allow them to detect, in the behaviour of the different variables, the most important triggers of the legal network that holds them, this will offer an essential diagnosis for the creation of value. This Legal Command Panel for Small and Middle-Sized Businesses

administers a series of legal clocks designed on real cases, so, the possibility of interpreting and using business strategies for a special type of ideal people is not a myth but a reality.

## ÍNDICE

I. Introducción.....	6
II. Marco Teórico	
1. Antecedentes.....	9
2. Metodología.....	13
III. Desarrollo	
1. Primer Reloj: “La Responsabilidad Civil en la cadena comercial de la Pyme”.....	19
2. Segundo Reloj: “Emergentes Jurídicos de la relación entre la Pyme y el Mercado. Financiero”.....	38
3. Tercer Reloj: “El Fisco y la Pyme, una realidad que se debate entre el Derecho de Fondo y el Derecho Adjetivo”.....	54
4. Cuarto Reloj: “La balanza se puede desinclinarse, la Pyme y el Derecho del Trabajo”	67
5. Quinto Reloj: “Un océano de extrajudicialidad, aptitud y actitud negociadora de la Pyme”.....	82
6. Sexto Reloj: “La riqueza contractual en la vida de la Pyme”.....	88
7. Los relojes y la estrategia.....	92
8. Conclusión.....	94
• Bibliografía.....	98

## **Agradecimientos**

Es muy lindo poder agradecer, es bueno tener siempre la posibilidad de hacerlo en la vida.

En primer lugar a mi esposa, por el gran aguante que me ha hecho, que es irremplazable.

A mis hijos, por la observación silenciosa que me inspira en saber que el ejemplo les sirve.

A mi madre, gran rezadora ante cada examen y una luz de optimismo siempre encendida, que desde este 21 de septiembre pasó a tener el brillo de la eternidad.

A todos los amigos, que por suerte son unos cuantos, y decidieron esperarme

A esta casa de estudios, que ha sido muy clara desde el inicio, lo mío debía concentrarse en estudiar, ella puso a mi disposición los recursos necesarios y suficientes, que por cierto, a medida que pasan los años uno se da cuenta que son de vanguardia a nivel internacional.

# **I. INTRODUCCIÓN**

## Introducción

Este es el permiso que se le pide al lector para entrar en su mente, ampliarlo a su corazón sería demasiado ambicioso, más que nada por la temática de este trabajo, no obstante, la consideración social que se les dará a las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) a lo largo de estas páginas.

Pensar en un *Tablero de Comando Jurídico para Pymes* se traduce en solventar su defensa y su estrategia. La Pyme, tal como está plasmada en esta propuesta, es más Pequeña que Mediana, o sea responde más al concepto popular urbano que circula de las mismas que a su definición técnica. Defensa y Estrategia también pueden mentalizarse como defensa y ataque, este último, probablemente, sea el popular urbano correspondiente respectivo, pero lo que se pretende es salir precisamente del liso y llano ataque jurídico, el cual puede y seguramente lo hará, involucrarse en diversas intervenciones de aquí en más, pero estrategia implica una mayor y necesaria complejidad por la intervención de distintas variables las cuales en general no se pueden controlar. Entonces, he aquí, un primer paso, lo Jurídico desde lo Estratégico (no se descarta la inversa, será de utilidad también)

La idea de tablero tiene que ver con la posibilidad de una lectura oportuna de las situaciones que se presentan, en este sentido, las ciencias dedicadas a la administración de la ecuación económica de las empresas han avanzado considerablemente, tal vez, se les pueda asignar la autoría en el empleo del término *tablero*, no faltaron quienes se refirieron a un semáforo a estos fines metafóricos. El impulsor principal de esta necesidad, es el carácter dinámico que tienen las actividades empresarias (Pizarro y Vallespinos, 2008). Dentro de este marco, se ha observado un notable olvido por las cuestiones legales, como dejadas en un departamento de actuación independiente, con la sola consideración de situaciones extremas, entonces, consecuencia, un funcionamiento defectuoso o mas bien incompleto de la matriz de análisis empresario denominada F.O.D.A (Fortalezas; Oportunidades; Debilidades; Amenazas). Maximizado este problema cuando este tipo de herramientas comenzó a formar parte de las decisiones cotidianas. Hoy las Pymes están adentrándose en el análisis estratégico, por necesidad, por sobrevivencia, lo cual justifica con creces que la gran “oportunidad” es perfeccionar la técnica con la incorporación (que en este trabajo no será complemento sino elemento principal) del análisis jurídico (Stern y Stalk 1998).

Diversos factores surgidos de la continua y dinámica actividad que realizan las empresas hacen que exista una exposición a riesgos o amenazas, en principio no contempladas porque no ofrece síntomas para ello, pero que pueden torcer el rumbo de los negocios y transformar lo, a priori rentable, en no rentable (Pizarro y Vallespinos, 2008). Estas eventualidades no se satisfacen con la ya conocida evaluación del aspecto legal que se incorpora dentro del estudio de los proyectos de inversión. Esta no satisfacción se produce por ciertas razones, primero porque la evaluación de proyectos no es una herramienta de uso frecuente sobretodo en las Pymes, segundo porque necesariamente, aún con técnicas de simulación, hay considerable estaticidad en el análisis o bien en la consideración de las variables en juego, tercero porque al hacerse dificultosa la cuantificación del riesgo legal, se lo suele circunscribir a los caracteres más formales que sustanciales, y por último, el ejercicio habitual sobre las cuestiones de derecho es recurrir al profesional que las maneja cuando la situación de riesgo comienza su ebullición.

El Derecho Empresario es una especialidad dentro del Derecho, el Derecho Empresario Pyme, un desafío aún mayor. Las grandes compañías están dotadas de un equipamiento en cuanto a recursos humanos que les permite una mirada completa y casi permanente de las distintas problemáticas entre ellas la jurídica. La Pyme no solamente no cuenta con esta posibilidad, sino que, y a causa de ello, las mismas situaciones se les degeneran en otras y se producen encadenamientos con efectos bola de nieve que terminan en heridas cuasi mortales.

Si se dimensiona a la *persona de existencia ideal* de la misma manera que a la *persona de existencia real*, tenemos toda la ciencia del Derecho para que, en forma directa o analógica, ayude a mejorar la vida de aquellas como lo hace para con estas, *aquí nace el desafío*

## **II. MARCO TEÓRICO**

## 1. Antecedentes

Este punto requiere una desagregación de los términos del Tablero de Comando Jurídico, aprovechando la misma para acotar el aporte de este trabajo que, a su vez, y especialmente, dejará abierta la posibilidad de ampliación, la cual se puede canalizar a partir del criterio con el cual se desarrollará el presente.

El cúmulo de situaciones que llevan a una Pyme, o a sus dueños, que por lo general también constituye su “Management”, a replantearse su existencia, su continuidad, su razón de ser en el mercado en el que actúan, y cosas por el estilo, es más que considerable, no obstante, en función a lo expuesto en el primer párrafo de este epígrafe, es necesario realizar una primaria selección de dichas situaciones pero en directa conjunción con la “voz del derecho” que corresponda, la cual a su vez se denotará a partir de distintos actores que hacen a las interrelaciones subjetivas de las Pymes (entendidas aquí como sujetos de derechos como personas de existencia ideal que son). Sobre esta base se podrá avanzar respecto de lo sugerido por el presente título.

A la puerta del “departamento problemas” de las Pymes golpean: Bancos, Administración Federal de Ingresos Públicos, Administración Provincial de Ingresos Públicos, Administración Municipal, Sindicatos, Empleados, Proveedores, Clientes, Consumidores, Competidores, Medio Ambiente, Socios, Familiares Empleados, Familiares Socios, etc. Consecuencia de esto, tenemos cuestiones de: Derecho de Daños, Derecho Tributario, Derecho Bancario, Derecho Penal y Derecho Penal Económico, Derecho Laboral, Derecho de los Consumidores, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Sociedades, Mediación, Derecho Internacional, etc., y, en todos sus casos, el Derecho Adjetivo correspondiente, que no es cosa menor, ya que las inconstitucionalidades pueden estar regadas en estos últimos (piénsese en la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario, sólo para citar un ejemplo) (Bacigalupo, 2000; Righi, 2000; Villegas, 2005 ).

Esta apertura, desagregación, de lo que conformará la idea del Tablero y Estrategias Jurídicas, obliga a variar, también de manera seleccionada, fundamentalmente doctrina y jurisprudencia, lo cual se presenta dentro del listado de bibliografía, dejando la aclaración que la selección es a los fines de la presentación de este trabajo, pero no a la realidad aplicable del

objeto del mismo, asumiendo, en esto último, el importante papel que juegan las nuevas tecnologías empleadas a favor de las ciencias básicas, en este caso las jurídicas. También es pertinente aclarar que la referida selección no es totalmente arbitraria, sino basada en una primera aproximación, realizada con criterio de conveniencia, a distintas Pymes que conforman la muestra, en las cuales se han relevado problemáticas de cara a esta propuesta. No obstante el listado de bibliografía encierra una suerte de base académica sobre la cual se apoyarán las especificidades requeridas, en esto, se debe destacar, la virtuosa conformación lograda en el diseño curricular de la carrera de Abogacía de esta Universidad y, entonces, poder contar con los manuales de las cátedras de la misma.

El mismo criterio de selección se utiliza respecto de la jurisprudencia citada, fallos que involucran empresas y que permiten vislumbrar las estrategias jurídicas a partir del planteo de la demanda, la defensa, la faz recursiva y la sentencia. Todo ello, y en sus distintas instancias, enriquecen el tablero, pues tendremos referencia de cómo se dice el derecho en distintas salas, aún a sabiendas de la particularidad de las justicias provinciales, no debe olvidarse que la riqueza del razonamiento jurídico puede transformarse en una fuerza, tanto para dique de contención, como para vector inquisitivo en pos del objeto de esta propuesta.

Y así es como, resulta de fuerza suficiente lo expresado en el fallo “Municipalidad de Córdoba c/ EPEC”<sup>1</sup>, en cuanto a que “*si bien la inconstitucionalidad no se encuentra prevista como excepción en el proceso de ejecución, esa circunstancia no permite per se declarar la improcedencia de la excepción de inhabilidad de título, menos todavía si la defensa se asienta en el hecho de que el ejercicio de la potestad tributaria por la Municipalidad de Córdoba violenta principios de jerarquía fundamental*”. Esta base resulta sólida respecto de innumerables situaciones de ejecución fiscal a la que se enfrentan las Pymes.

Siguiendo esta línea, se encuentra relevante en vista a su contemplación en el tablero de comando jurídico, la procedencia del recurso extraordinario por parte de la CSJN, y la confirmación de la sentencia apelada, que declara la inconstitucionalidad del art.92 de la ley 11.683, decretando la nulidad de todos los actos procesales, fallo “Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Municipalidad de Córdoba c/ EPEC –Ejecutivo fiscal - Expte. N° 359910/36, Cámara 7a Civil y Comercial, Córdoba.

<sup>2</sup> Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL s/ ejecución fiscal, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ante la necesidad de un cambio de posición que resulte material en el carácter dinámico que se le demanda al tablero de comando jurídico, es virtuoso lo planteado en el caso “Hemmerling Alejandro Gabriel c/ Nai International II Inc. Argentina y Otro”<sup>1</sup>, en relación al despido con causa por abandono del trabajo, se puede apreciar como se dilata el cuerpo probatorio y lleva al tribunal a resolver a favor del demandante, esto es, condenando a la empresa. Se obliga a contemplar, para con esta última, la realización de un ejercicio minucioso, pensado, temporal y realista en los términos de los elementos y medios probatorios. En el caso el empleado, en la primer apariencia, verdaderamente abandona el trabajo, todo lo cual lleva a pensarse en un encuadre no complejo de despido con causa luego de la pertinente intimación, pero esto, tal como se dijo, termina en una suerte de dilatación probatoria que llega a los no siempre detectables confines de la voluntad, intención y discernimiento.

No resulta novedoso destacar que la fuerte inclinación de la balanza a favor de partes débiles implica una no liviana actitud vigía por parte de las Pymes, en casos de relación laboral fundamentalmente (Mirolo, 2003). Esto último no sentencia unicidad de enfoque, también es dable imaginarlo al revés, ejemplo la Pyme versus un Banco, o la Pyme versus el Fisco, casos en que se invierte la posición de debilidad a favor de los sujetos de derecho involucrados en el objeto de estudio del presente trabajo. En aras de no abrir, en este punto, de manera considerable el abanico de posibilidades de análisis, se orienta la mirada al caso laboral, y resulta de utilidad el litigio “Garay Marcelo Eugenio c/ Ramos Pablo Fernando”<sup>2</sup>, con toda contundencia se puede afirmar que procesos de mediación laboral, prueba documental que sostenga la aplicación de un estatuto de funcionamiento interno, legajos de personal con suerte de expedientes en cuanto a su administración se refiere, serán parte de un plexo probatorio sólido en materia defensiva para con un despido con justa causa enraizado en agresión (física, moral, psicológica) hacia compañeros de trabajo y/o dueños. Este caso refleja claramente la señal preventiva que nuestro tablero de comando jurídico puede contener, y tal

---

<sup>1</sup> Hemmerling Alejandro Gabriel c/ Nai International II Inc. Argentina y Otro –Ordinario –Despido Cámara del Trabajo - Sala VII, Córdoba.

<sup>2</sup> Garay Marcelo Eugenio c/ Ramos Pablo Fernando – Ordinario – Despido. Cámara del Trabajo - Sala VII, Córdoba

como se viene sosteniendo, a partir de la riqueza del razonamiento jurídico basado en doctrina, jurisprudencia y derecho positivo.

Estas menciones, constituyen una muestra de muestra, suficiente para disparar la intención sostenida en este trabajo, lo cual, con la muestra jurisprudencial presentada en el listado de bibliografía, permitirá arribar a las conclusiones sobre el mismo.

## 2. Metodología

Hablar de metodología respecto de esta presentación, nos lleva a puntualizar en metodología de la investigación, lo que a su vez nos invita a hacer referencia a su tipología, la cual, de acuerdo a las necesidades de este trabajo, requiere de una Investigación Exploratoria a los fines de encontrar hipótesis. Se sabe que esta tipología permite nadar en las profundidades del objeto de estudio, comparativamente, dentro de las investigaciones sociales, se puede hablar de profundidades psico-socioculturales del universo a investigar. La metodología cualitativa, predominante en este tipo de investigación, ofrece herramientas privilegiadas a la hora de realizar cortes profundos.

Se entiende que con este tipo de investigación se podrán alcanzar los objetivos del presente trabajo (presentados oportunamente en el proyecto), asumiendo que las acumulaciones de frecuencias que pudieren ser obtenidas en las investigaciones basadas en metodología cuantitativa, llámese investigación tipo concluyente (conformada por las denominadas descriptiva y causal o correlacional), no hace a la relevancia requerida en la técnica jurídica, con suficiencia, esta última, en la misma hermenéutica tal como se tiene desde doctrina y jurisprudencia. No obstante, esencialmente el derecho tiene la gran capacidad de abarcar las posibles conductas humanas (sean estas desde la propia persona física, o a través y en representación de las ideales), lo que justificaría buscar la regularidad a través de una muestra, tratándose de una probabilística o no probabilística pero sí basada en metodología cuantitativa, con las técnicas pertinentes, y entonces, como resultado, actuar como el legislador o todo aquel que constituya puente de transferencia entre la materialidad de la realidad social y la formalidad del derecho escrito, porque esa realidad social, como tal, requiere ser considerada mediante una equiprobabilidad de selección para con cada una de las unidades que la conforman y que pasarían a formar parte de una muestra, de manera de garantizar la extrapolación de lo obtenido al mismo universo investigado, tal como es en las investigaciones en las que se tiene como objetivo determinar variables influyente en el objeto de estudio (problema a resolver) como por ejemplo demográficas, psicográficas, preferencias, etc., típico en los estudios de mercado (que están dentro del género de la investigación social). Un ejemplo de esto se puede plantear como que el legislador estudia el mercado conformado por las necesidades surgidas de las relaciones intersubjetivas, el universo investigable surge del grupo de necesidades del cual se parta, ejemplo madres solteras, o violencia familiar, o

uniones matrimoniales sin diferenciar sexos, etc., se puede apreciar como a partir del estudio de las mismas, los resultados se ven en el propio derecho positivo, obviamente luego del complejo trabajo de interpretación, análisis, planificación, redacción y sujeción al proceso que tienen las leyes según la Constitución Nacional y las Constituciones Provinciales.

Se entiende que esta propuesta no necesita acumulación de frecuencia a través de investigación concluyente, al menos en una gran primera instancia, aún a sabiendas del actual anteproyecto de reforma de nuestro código civil que se unifica con el de comercio, como también de la meseta legislativa respecto del derecho empresario Pyme, porque el camino de la inducción también permite llegar a buen puerto, con la ventaja, al menos en este caso, de respetar el principio de economicidad (resultado obtenido como consecuencia de la investigación debe ser superior al costo de la misma), o sea, lo que con esta propuesta se pueda lograr en los “casos” que formarán parte de la investigación exploratoria (que no son pocos, pero concretamente no se lo planifica desde la metodología cuantitativa), será válido para la apertura del tema ya con una visión más reformista.

El producto de esta investigación responde a la idea del tablero de comando jurídico, basado en el derecho de fondo y adjetivo que de manera punzante se relaciona con nuestras pequeñas empresas, entonces, la justificación metodológica queda en evidencia.

En cuanto a Estrategia Metodológica y Técnicas de recolección de datos, se puede decir que se toma como base la organización de dos etapas:

Primera Etapa: “Diagnóstico”: Las técnicas que se emplearán son: a) Entrevistas en Profundidad; b) Observación del Fenómeno.

Segunda Etapa: “Experimental”: Las técnicas que se emplearán son: a) Simulación a través de la aplicación de posibles soluciones; b) Observación crítica para la transferencia de las soluciones al caso real.

Ambas etapas están pensadas para facilitar la capitalización de las más ricas experiencias desde la problemática jurídica inserta en las realidades plurirrelacionales de las Pymes objeto de estudio.

Un buen diagnóstico permitirá acotar el enfoque jurídico en beneficio del tablero de comando. Las técnicas empleadas en él (diagnóstico) tienen la ventaja de la llegada a la hilada

finas que, en términos de lo jurídico puesto en el mundo de los negocios, pueden resultar claves, he aquí un de los puntos neurálgicos de esta propuesta.

La segunda etapa dispara el desafío, el prototipo será puesto a prueba, aquí las técnicas son las de mayor ajuste para el logro del resultado final, para evitar quedar en un marco teórico de gran densidad pero de débil practicidad. La Simulación es una técnica de última generación y ya de probada eficacia, la Observación crítica es el nexo final para la puesta a punto, debe tenerse en cuenta que empleada de manera contemporánea con la Simulación resulta diagnóstica-dinámica, precisamente porque de allí se pasa al ajuste final, no al análisis y construcción, esto último se viabilizó desde la Etapa de Diagnóstico y no desde esta Etapa Experimental.

Las mencionadas técnicas de recolección de datos, que responden a la estrategia metodológica expresada, tienen como base de aplicación a las siguientes organizaciones:

- a) JOSÉ BUCCOLINI S.A.: empresa comercializadora del rubro de materiales para la construcción, con sucursales en las ciudades de Armstrong, Las Parejas (ambas de la provincia de Santa Fe) y Villa María (Córdoba). Con más de 35 años en el rubro, con cambios de su tipología societaria en la última década. Tras el fallecimiento de su fundador, continúan las hijas, siendo su presidenta la Sra. Mary Rosa Buccolini.
- b) ZANINI S.A.: empresa fabricante de productos para la agro industria, ubicada en la localidad de Armstrong (Santa Fe). Con más de 20 años en el rubro, con cambios en su tipología societaria en la última década. Tras el fallecimiento de su fundador, continúan el único hijo y viuda, siendo su presidente el Sr. Cristian Zanini.
- c) HELADOS DOLCEZZA: empresa fabricante y comercializadora de helados y productos afines, ubicada en la localidad de El Trébol (Santa Fe), con distribución en toda la zona de influencia. Con más de 15 años en el rubro, luego de ser una sociedad irregular integrada por el actual dueño y el fundador de la firma, ha quedado conformada como empresa familiar, manejada por su titular Juan José Desunvila y su cónyuge.

- d) LA EDITORIAL LIBRERÍA: empresa comercializadora de productos de librería y afines, con amplia gama de artículos, actuando tanto en forma mayorista como al detalle, con sucursales en El Trébol y Las Rosas (ambas en Santa Fe). Con más de 15 años en el rubro, fundada por los actuales dueños, un matrimonio joven conformado por el Sr. Gerardo Pistarelli y su cónyuge, con proyecto de adquirir una tipología societaria de la Ley 19.550 en un corto tiempo.
- e) LANDA Y LANDA Sociedad de Hecho: empresa que fabrica y comercializa ropa informal, con las marcas Fak System y Moor, radicada en Cañada de Gómez (Santa Fe). Con más de 20 años en el mercado, fundada por uno de los actuales dueños, Rubén Landa, quien conforma una sociedad irregular con su padre y su hermana.

Las Fuentes principales a utilizar son las siguientes:

Primarias: se utilizarán de dos tipos, la que podremos denominar específicamente como Dato Primario, y la típica Información Primaria. Los datos primarios surgirán en la etapa diagnóstica de la investigación exploratoria, tanto con las entrevistas en profundidad como en las observaciones fenomenológicas. Es dable destacar que en este último caso, se incluirán los informes y documentos que los sistemas de información de las empresas seleccionadas suministrarán. La Información Primaria se sustenta en la jurisprudencia y legislación indicada ut supra.

Secundarias: en general, la doctrina presentada en este documento, en especial, doctrina de fallos de la revista especializada *Semanario Jurídico, publicación de Comercio y Justicia*, incluyendo su *versión digital*.

En lo referido a la delimitación temporal y nivel de análisis del estudio, no es faltar a la verdad afirmar que es un tema que goza de una increíblemente estable juventud. Tanto el auge desarrollista de los noventa, como la crisis de finales de la misma década, han implicado una producción legislativa contemplativa de las empresas, en algunos casos, sobre la particularidad de las pequeñas y medianas, pero no se han generado trabajos compactados a nivel de derecho sustantivo y adjetivo aprovechable o identificable con estrategias defensivas y de desarrollo de las mencionadas personas ideales. Más bien, han prevalecido puntuales

aspectos como los de financiación, tributarios, societarios, fallidos, procedimientos tributarios, competencia, consumidor, bancos, cheques, laboral y demás. Pero claramente la mirada desde esta propuesta es diferente, o bien inclusiva de todo aquello, con la salvedad del pensamiento estratégico aplicado desde el marco jurídico (Piaggi, 2009).

Por lo expresado se afirma que no se ha recorrido demasiado camino al respecto, o bien, hay aún mucho más que en otras áreas, por recorrer.

El nivel de análisis vendrá dado por las instituciones jurídicas directamente relacionadas con los interrogantes surgidos por la desagregación del problema, la profundización tendrá el límite de las respuestas encontradas. Con esto se indica que no es objeto del presente trabajo analizar instituciones jurídicas de una manera abierta o pensado en cada una de ellas específicamente, sino su relevancia respecto de la necesidad defensiva y desarrollista del sujeto protagonista del mismo.

### **III. DESARROLLO**

## **1. Primer Reloj: “La Responsabilidad Civil en la cadena comercial de la Pyme”**

Tanto este como todos los relojes de este tablero, tendrán como impulso una serie de preguntas, las cuales, en una suerte de compendio, representan las emergentes surgidas en el trabajo de campo realizado. Es sabido y generalmente aceptado que la técnica de la desagregación de problemas y temas a trabajar a través de preguntas y repreguntas, permite una apertura sumamente virtuosa en términos de la divergencia y convergencia requeridas.

La dinámica empresarial implica que los motores se encuentren en permanente marcha, demandándole al derecho empresario una posición vigía para la que, en general, no hay demasiada ejercitación. Prueba de esto no es solamente la falta de prevención, sino también el arribo a juicios desprovistos de un plexo probatorio capaz de hacer valer derechos que la Pyme tiene, pero que se ha hecho costumbre su vulneración, tanto en los arreglos extrajudiciales como en las resoluciones judiciales adversas.

Por las características del objeto de estudio, es dable considerar tanto la extrapolación, como la complementación, concurrencia o suplementación, entre el derecho común y el especial. En concreto, la aplicación del derecho de daños teniendo presente la participación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, Ley 25.156 de Defensa de la competencia, Ley 22.362 de Marcas, y Ley 22.801 de Lealtad Comercial.

El criterio de conformación del tablero de comando jurídico es su practicidad a partir de indicadores, los cuales son facilitados por la técnica de las preguntas, pero además, se debe asumir que por ejemplo, en el caso particular de este primer reloj (por lo tanto aplicable a los demás) los elementos que hacen a la responsabilidad civil serán involucrados en las respuestas, con la ya mencionada dinámica que esto requiere como aspecto esencial de esta aplicación del Derecho Empresario, en términos de Derecho Empresario Pyme mediante un Tablero de Comando Jurídico. No conformarán parte de este aquellos aspectos que de manera automática ya están contemplados, ya sea por el carácter básico esencial de exigencias de organismos de contralor y ya están dentro de la contratación profesional mínima que la empresa realiza, o bien por el nivel de asunción y conciencia que sobre ellos tiene el propio empresario, no obstante, han sido relevados en la muestra de empresas a los fines de poder

asegurar esto, un ejemplo para ser ilustrativos puede ser el del Seguro Automotor, lo cual no descarta que se revisen determinados puntos, sobre todo de procedimiento.

Entonces, este primer reloj nos lleva a trabajar sobre los siguientes disparadores:

- 1.1 ¿Se fabrican y/o comercializan Productos (bienes y/o servicios) bajo normas de calidad previamente certificadas?
- 1.2 ¿Todos los elementos de comunicación directa sobre el producto (manual, instrucciones en envases, etc.) responden estrictamente a la realidad del mismo?
- 1.3 ¿La marca con la que se comercializa el producto, está registrada?
- 1.4 ¿La relación del producto con el medio ambiente, está debidamente contemplada?
- 1.5 ¿La actividad de los dependientes están convenidas en un Estatuto de Funcionamiento Interno?
- 1.6 ¿La publicidad y todos los instrumentos que respondan a la estrategia de comunicación de la Pyme, se basan en la verdad, la posibilidad de concreción, y en lo que la Pyme es y tiene?
- 1.7 ¿Para la implementación de la publicidad, se realiza contratación mediante instrumento privado con el productor, realizador y/o ejecutor de la misma?
- 1.8 ¿La política de promociones se basan en la verdad, la posibilidad de concreción y la accesibilidad libre y equitativa por parte de los participantes?
- 1.9 ¿La política de precios que contemple pagos aplazados, contiene tasas de interés implícitas o explícitas?
- 1.10 ¿Las tasas de interés que se utilizan para la conformación de precios, son las razonables del mercado?
- 1.11 ¿Existe un procedimiento establecido para la correcta administración de los datos relacionados con el cliente?
- 1.12 ¿La puesta de rodados de utilidad para la empresa en la calle está debidamente evaluada y controlada?
- 1.13 ¿Los dependientes que utilizan los rodados están debidamente capacitados respecto de procedimientos tanto vinculados al seguro como a los emergentes de controles de tránsito vehicular?

A continuación se ofrecen las respuestas a estos interrogantes, más que respuestas constituyen propuestas, por lo que debe tomarse tal cual como se los denomina,

disparadores, esto quiere decir que para el caso de respuestas dicotómicas (SI – NO), se integrará ambas opciones dentro de una misma redacción. Valídese este comentario para el resto de los relojes.

1.1 ¿Se fabrican y/o comercializan Productos (bienes y/o servicios) bajo normas de calidad previamente certificadas?

No toda Pyme tiene esta posibilidad, no obstante lo primero que debe hacer es informarse al respecto. Si la respuesta es afirmativa, y la Pyme fabrica y comercializa, la certificación debe expresarse en las distintas comunicaciones que se haga sobre el producto, desde su envase primario, pasando por el secundario, así como en la documentación comercial y publicidades. Deben cuidarse con gran celo toda la documentación respaldatoria de la certificación y los instrumentos que acrediten la relación contractual con la empresa certificadora. De esta manera se llevan, tanto las relaciones hacia delante, con el cliente y/o canal comercial, como hacia atrás respecto del proveedor de la certificación, las responsabilidades a un plano objetivo contractual con obligaciones de resultado, de lo que surge que el avocamiento de la empresa debe ser hacia el estricto cumplimiento de los procesos productivos según las normas (Pizarro y Vallespinos, 1999). Dentro de esta misma hipótesis de que la Pyme fabrica, además de comercializar, debe plasmarse en instrumento privado con los proveedores de materias primas e insumos, o bien utilizarse la misma rigurosidad comunicativa de las normas de calidad citada arriba, todo lo relacionado a la certificación de normas de calidad. Esta última implica un desarrollo de proveedores acorde a ella, por lo tanto en los términos de la responsabilidad, la objetivización de ella como responsabilidad contractual también debe darse con estos proveedores.

Lo descrito debe pensarse también en instancias preventivas, ya que el incumplimiento contractual puede ser funcional a ellas previendo su cumplimiento para evitar la producción de los hechos.

La ubicación de la Pyme en este punto es el siguiente, un daño producido por un producto fabricado por ella, puede derivar en una demanda por responsabilidad civil en los términos del artículo 1113 del Código Civil, como también por la vía de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. En el primer supuesto, se demandará por el lado del segundo apartado del segundo párrafo del mencionado artículo, una buena defensa se facilitará, hasta

con posibilidades de éxito, si lo recomendado en este disparador es cumplimentado. Se fundamenta esto último en que, por un lado el demandante deberá probar el incumplimiento contractual, por el otro lado, en caso de que logre objetivizar el factor de atribución e invertir la carga de la prueba por la existencia de riesgo o vicio de la cosa, si la Pyme “hizo bien los deberes respecto de lo que aquí se está tratando”, tendrá dos medidas para trabajar jurídicamente el planteo, la primer medida será probar su comportamiento responsable con todos los elementos que dispone (en base a lo aconsejado) y llegar a algún eximente relacionado al uso del producto (Salas, Trigo Represas y López Mesa, 1999). Si esta primera medida no es suficiente, la siguiente es involucrar al certificador de calidad siempre que pueda ella (la Pyme) probar que ha respetado lo prescripto por la norma. Este involucramiento del certificador puede tener dos caras, una es la necesaria para fortalecer la eximente, y la otra es para una posible acción interna o directa (a evaluarse) por su prestación profesional.

Si la respuesta es afirmativa a favor de la certificación de normas de calidad, pero la Pyme no fabrica sus productos, sino solamente los comercializa, todo lo analizado precedentemente deberá derivarse al Proveedor de la mercadería, no perdiendo de vista la Pyme su rol de intermediación y, por lo tanto deberá tener en cuenta lo siguiente, la firma de un instrumento privado en el cual se especifica todo lo relacionado a la certificación de normas de calidad, el fiel respeto de la comunicación sobre la misma emanada del propio proveedor, o sea no agregar ni quitar nada al respecto.

Si la respuesta es negativa, o sea no fabrica ni comercializa bajo certificación de normas, lo aconsejable es, por un lado tratar de llegar a ello, por otro tener en cuenta que la exposición ante una demanda por daños es más alta. Se recomienda, si es fabricante proveerse de insumos y materias primas en lo posible de proveedores que sí certifiquen normas de calidad, de lo contrario se requiere por un lado un mayor cuidado en la coincidencia del detalle de remitos y facturas respecto de la mercadería recibida que será la utilizada en el proceso de producción. Realizar manuales e instructivos con detalles funcionales respecto del producto elaborado que se entrega, en lo posible que estos manuales sean elaborados o supervisados por profesionales de la ingeniería. Toda la comunicación respecto del producto, tal como ya se dijo, debe responder a la realidad del mismo (Lorenzetti, 1999 / 2000).

Para los ataques recibidos por el lado de la Ley 24.240, en términos de su especialidad, o sea los aspectos no concurrentes con el derecho común (recordar que la reparación por

daños y perjuicios es una y solo una, lo que el derecho pretende es volver la situación del dañado a la anterior del daño, rige el principio de enriquecimiento sin causa, así como abuso del derecho y figuras asimilables), la Pyme puede encontrarse con que el requerimiento es por fallas, vicios y/o engaño respecto del producto (tanto si comercializa como si fabrica y comercializa), esto requerirá un aceitado mecanismo de garantía, servicio post venta, y adecuada comunicación tal como ya se ha explicado (Pizarro y Vallespinos, 1999 / 2008). Debe asegurarse que el cliente ha tomado conocimiento y recibido estos elementos que acompañan al producto en su vida útil, así sea un producto de consumo casi inmediato. La empresa debe asegurarse que el cliente esté debidamente informado, y contarse con prueba de ello. La firma del remito, en los casos que no se realiza contrato de compraventa (esto sería el ideal tal como se verá en el sexto reloj) puede servir, pero este debe contener la descripción no solamente del producto, sino de que se acompaña manual o bien algún tipo de instructivo respecto del funcionamiento, que el cliente se compromete a leer y consultar dentro de los próximos 30 días sobre las dudas que puedan surgir, así como la conformidad de total coincidencia entre lo publicitado y, en su caso promocionado, con lo recibido.

A partir del análisis presentado en este reloj, la Pyme debe actuar, siguiendo estos lineamientos, ya sea en forma puntual, ya sea en forma general. Además debe tenerse una suficiente amplitud para identificar relaciones de proveedor cliente, o sea todas las que responden a una relación de consumo, no necesariamente es el consumidor final (si bien es el de mayor sensibilidad en los términos de la Ley 24.240), pueden darse situaciones de consumo dentro de una canal comercial, para un prestador de servicios su consumidor final es una empresa u otro prestador de servicios, y ahí tendrá el impacto o la tutela legal. O sea que siempre hay un consumidor final, ese, el que está en el final de la cadena, y que consume el bien o servicio, haciéndolo desaparecer (en forma instantánea, a mediano o largo plazo) es el protegido por la ley, entonces la Pyme actuando desde la oferta en el mercado debe cuidar las posibles multirelaciones comerciales que se presentan.

1.2 ¿Todos los elementos de comunicación directa sobre el producto (manual, instrucciones en envases, etc.) responden estrictamente a la realidad del mismo?

Si bien este indicador ha sido en parte tratado en el 1.1, en esta oportunidad se hace estricta mención a la necesidad de que no prevalezcan las lindas palabras de una táctica de marketing por sobre las exigencias de una redacción clara y concisa respecto de lo que

verdaderamente “es” el producto. El empresario Pyme debe ser conciente de que las complicaciones no solamente pueden venir por el lado de una demanda civil, tanto desde las Leyes 24.240 de Defensa del Consumidor, 22.802 de Lealtad Comercial, como el del derecho común, sino también, un cliente que se considere ofendido a punto tal de considerarlo perjudicial fuera de su órbita privada, puede buscar reparación desde el derecho penal, por ejemplo artículo 173 inciso 1º del Código Penal, caso especial de defraudación “...en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato...”. Cuando el delito traspasa la órbita patrimonial privada, puede ser merecedor de tratamiento por parte de la justicia penal, y a estar atentos porque en muchos casos no se está lejos de ello (Nuñez, 1999)

Nuevamente la recomendación es la intervención profesional en la elaboración de la comunicación directa del producto, estableciendo en instrumento privado la exigencia al respecto en cuanto a lo que el prestador debe cuidar. Si no se encarga a un tercero, toda la responsabilidad recae sobre la Pyme, por lo que es preferible decir lo justo y necesario dejando abierto un canal de comunicación en el cual se puedan brindar otros detalles sobre el producto, así como instructivos, recomendaciones, manuales, etc, asegurándose siempre de que el cliente ha recibido y prestado conformidad respecto de la información allí suministrada, y estableciendo un plazo para consultas sobre la misma, a sabiendas de la sana utilización que la fijación de plazos puede tener en estos términos contractuales que se está hablando.

Aquí también es necesario aclarar que no es lo mismo si la Pyme fabrica y comercializa que si solamente comercializa, lo expresado cubre lo primero, ahora si solamente comercializa, la agudeza de la mirada deberá estar en su relación con el Proveedor, jugará un papel importante los elementos y escritos que definan la responsabilidad en él respecto de la comunicación directa del producto. Pero, aún en teniendo estos elementos, la realidad es que la Pyme intermediaria seguramente va a ser demandada y podría llegar a responder como consecuencia de acción concurrente, o solidaria por el lado de Defensa del Consumidor, entonces, la más importante recomendación a la Pyme que comercializa, o sea es un nivel dentro del canal de comercialización, productos de un determinado fabricante, es que se imagine ella misma como Consumidor Final, y de esta manera evalúe el producto, sus beneficios y la comunicación directa que sobre él se realiza, en caso de no estar de acuerdo con esto por no cuidar lo que aquí se menciona, cambiar de proveedor.

### 1.3 ¿La marca con la que se comercializa el producto, está registrada?

Todo lo desarrollado en los dos indicadores anteriores debe ser considerado a la hora de actuar la Pyme como un comercializador identificado con la marca del Proveedor, por lo tanto debe revisarse lo allí expresado a la hora de contratar este tipo de exclusividades. Lo más importante a destacar es que si la marca no está registrada hay que asegurarse de no estar en infracción respecto de la Ley 22.362 de Marcas, la cual en su Capítulo III muestra una considerable severidad penal a quienes imiten, falsifiquen y realicen cualquier tipo de fraude con relación a una marca registrada. Incluso el desprestigio de una marca registrada puede ser objeto de demanda tanto civil como penal.

La Pyme que fabrique y comercialice debe registrar su marca para evitar estos posibles ataques y, además, tener derechos sobre ella y la correspondiente tutela judicial, o sea que debe activar su radar para detectar si en alguna latitud está siendo utilizada su marca. Una vez detectada, deberá analizarse a partir de la información que se obtenga en qué clase de productos está siendo utilizada para determinar cuál es la acción correspondiente.

Ahora bien, la Pyme que únicamente comercialice los productos, debe asegurarse cuál es la situación de los mismos respecto de la marca, es fácil determinar si se encuentra registrada o no. Si no se encuentra registrada, la Pyme comerciante debe asegurarse de que el fabricante proveedor no esté violando la ley de marcas ya que en este caso la Pyme podría también ser demandada (Lorenzetti, 1999 / 2000).

También el auge de la creatividad y demás técnicas de marketing pueden jugar una mala pasada en la mente del publicista comunicador y caer en infracciones a la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual y a la Ley 22.362 de Marcas, con sus implicancias desde lo civil y penal, por lo que se requiere una contratación con el prestador de este tipo de servicios para delimitar responsabilidades, no obstante, la Pyme debe revisar celosamente la producción publicitaria teniendo en cuenta este indicador.

### 1.4 ¿La relación del producto con el medio ambiente, está debidamente contemplada?

Se sabe que la misma jerarquía que tienen los derechos de los usuarios y consumidores la tienen los que consideran afectado el medio ambiente, o sea todos desde la acción de amparo del artículo 43 de nuestra Constitución Nacional, que a su vez hace referencia al artículo 41 de ella misma, en el que dispone “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”, y en adelante con todas las leyes operativas que hacen al andar de aquellos. Esto obliga a la Pyme a tomar recaudos que no deben dormir en la autorización municipal, ya que esta es una situación estática, y la vida de la Pyme no, por lo que debe someterse a las más rigurosas evaluaciones de los organismos especializados en contaminación de todo tipo (incluyendo por ejemplo ruidos) del medio ambiente, de manera de obtener anualmente certificación de funcionamiento respetando los parámetros permitidos, documental que servirá para atender el requerimiento de informe que solicitará el juez en caso de no rechazo *in limine* (Quiroga Lavié, 2007).

### 1.5 ¿La actividad de los dependientes están convenidas en un Estatuto de Funcionamiento Interno?

Si bien es un indicador con un mayor tratamiento en el cuarto reloj, aquí es analizable todo lo relacionado con la responsabilidad del artículo 1113 primer párrafo del Código Civil. Bien sabido es “la elongación que la relación de causalidad conlleva” a la casi inamovible ubicación de la responsabilidad en cabeza del principal (Pizarro y Vallespinos, 1999). Ahora bien, un dependiente está realizando tareas para el empleador en el horario y lugar preestablecido, presunción que, ante la producción de un daño por ejemplo a un tercero (dentro de la misma empresa el encuadre se realiza con la aplicación del derecho especial proveniente de la Ley 24.557 de Riesgo del Trabajo) juega a favor de la víctima y en contra del empleador, en este caso la Pyme. La eximente para el empresario Pyme podrá intentarse por el lado de la ruptura del nexo causal, pero la relevancia del Estatuto de Funcionamiento Interno (este carácter de interno no implica dentro de las paredes físicas de la empresa, sino una ley interna pero de implicancia en toda la vida empresarial en relación a sus dependientes) juega a partir de la posibilidad de encuadre de los hechos y derechos en los términos del artículo 1109 del Código Civil, con lo que decae la responsabilidad objetiva si se produce un negligente apartamiento del mencionado Estatuto (Pizarro y Vallespinos, 1999). En relación a la responsabilidad extracontractual, el EFI juegan un rol importante por cualquier daño que se

pueda producir, por ejemplo en un local comercial en que ocurra un accidente ocasionado por un cliente sobre otro cliente, la vuelta de la responsabilidad con factor de atribución objetiva está en cabeza del riesgo creado o de la garantía de empresa, el cuidado de estos factores implicaría el hecho eximente por el tercero por cual no debe responder.

El incumplimiento del Estatuto de Funcionamiento Interno si no es suficientemente sólido para que frente a la víctima no responda el empresario Pyme (que no es una gran empresario por lo tanto no hay una desventajosa e inequitativa relación negocial como para que la objetivización del factor de atribución provenga por ese camino), sí le permitirá a éste adoptar las medidas disciplinarias del artículo 67 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo y allanar el camino injurioso de cara al despido con causa.

1.6 ¿La publicidad y todos los instrumentos que respondan a la estrategia de comunicación de la Pyme, se basan en la verdad, la posibilidad de concreción, y en lo que la Pyme es y tiene?

El tema ya ha sido abordado, no obstante tal como está redactado este indicador se dirige a una orientación concreta para con el desempeño en lo que a marketing comunicacional se refiere. Los delitos provenientes de publicidad engañosa, encuadrables en el derecho civil y penal, no nacen de conductas necesariamente típicas de publicidad a través de medios masivos. El justiciable por este daño puede invocar en el *iter criminis* que ingresó al local comercial, esperó durante determinado tiempo, compró determinado producto, que luego no resultó ser lo que la expectativa del “cartel publicitario fijo” del negocio indica. Debe contemplarse que puede demandarse no solamente por el daño emergente aunque la apariencia del caso así lo indique, hubo tiempo (que es un recurso de libre utilización y de valor en el mercado) y expectativa, la cual puede generar un disvalor más allá del dinero mal gastado, ambos perjuicios pueden merecer reparación.

1.7 ¿Para la implementación de la publicidad, se realiza contratación mediante instrumento privado con el productor, realizador y/o ejecutor de la misma?

Tema que también ha sido abordado, pero el tratamiento por separado tiene como expectativa que el empresario Pyme lo tenga en cuenta como indicador. Todo aquello que le

permita dividir en términos de concurrencia ante una demanda, así como acciones internas, justificarán sobradamente la consideración del indicador.

Por otra parte también es esperanzador decir que el realizador publicitario puede ser una gran firma, que tendrá todo el asesoramiento correspondiente para hacer del producto publicitario no solamente aquello que impacte a sus clientes directos (empresas que contratan la publicidad para llegar con ella a sus propios mercados de clientes actuales y potenciales) e indirectos (el receptor de la publicidad, esos clientes actuales y potenciales), sino también todo el resguardo jurídico que el tema amerita, o sea que también debería estar interesado en que su cliente directo, comunique verdades. Si el realizador publicitario es una Pyme, tiene este Tablero para reflexionar respecto de cómo debe realizar su trabajo.

En definitiva, y como se verá más adelante también, el contrato beneficia a ambas partes en términos de la responsabilidad civil y penal y juego.

#### 1.8 ¿La política de promociones se basan en la verdad, la posibilidad de concreción y la accesibilidad libre y equitativa por parte de los participantes?

El fuerte crecimiento que ha tenido el marketing en los últimos años ha facilitado su llegada a la Pyme, con lo que las posibilidades de producción de promociones son amplias. Normalmente ocurre que el realizador de promociones solamente hacer volar su aparato de creatividad y poco le interesa o tiene en cuenta las implicancias legales del tema. Para cubrir esto se debe utilizar este Tablero de Comando Jurídico.

Las promociones agresivas (utilizado este término como expresión de una campaña con fuerza para convencer a los integrantes del mercado objetivo) son propensas de caer en los delitos de los artículos 172 de Estafa genérica y 173 de Defraudaciones especiales, del Código Penal, además de los daños a derechos patrimoniales reclamables desde el derecho privado (Código Civil, Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, Ley 22.802 de Lealtad Comercial). Lo peor al respecto es la desconsideración de la vigencia contractual que implican las promociones de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 24.240, el empresario Pyme debe ser conciente de que está realizando un contrato no escrito con sus clientes al poner en marcha el aparato promocional (también por incidencia colectiva a los consumidores, o sea especial en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional), por lo que no le será tan

fácil negar la relación causal, o el *iter criminis* argumentando que no ha tenido relación con tal o cual cliente que es quien realiza el reclamo desde lo penal (Quiroga Lavié, 2007; Nuñez, 1999).

Otro factor relacionado a las promociones es la administración de datos del cliente que habitualmente se involucra en ellas, así como el manejo de requisitos para la participación, todo esto requiere de parte de la Pyme una custodia extrema ya que estamos ante derechos personalísimos con la sensibilidad constitucional que ello implica (habeas data, discriminación, etc.). Ver en indicador 1.11.

### 1.9 ¿La política de precios que contemple pagos aplazados, contiene tasas de interés implícitas o explícitas?

Indicador de suma importancia y vigencia permanente. Con solo voltear la mirada en cualquier cadena comercial, es fácil encontrar situaciones de abuso en este tema, ocurre que el común de la gente no siempre recurre a la justicia por ello. Pero esto cambia, y las asociaciones de consumidores en reclamo de derechos colectivos, o el propio consumidor de manera privada recurren a tribunales a denunciarlos cuando la economía se torna un tanto turbulenta, cosa cíclicamente comprobable en nuestro país.

La Ley 24.240 es clara al respecto en su artículo 36, pero la figura del abuso, además de la expresión genérica del artículo 1071 del Código Civil, tiene sus aplicaciones más puntuales, tanto en forma directa por lesión subjetiva, o por imprevisión, lo cual está con clara definición en los artículos 954 y 1198 del Código Civil (ab initio o abuso por lesión subjetiva y sobreviviente o abuso por imprevisión, respectivamente).

Pero más grave que lo anterior es que al acecho se encuentra el instituto del artículo 175 bis del Código Penal, la Usura. Con la no costosa y fácilmente accesible asistencia pericial de la ciencia financiera se puede demostrar la desproporcionalidad de las tasas de interés respecto de los demás indicadores del mercado, y la determinación de la tasa con la cual se financiarán las operaciones a crédito no es un acto viciado de error ni de nada que lo lleve a la inimputabilidad, así como tampoco es comportamiento poco prudente para caer en la culposidad. El que fija tasas de interés sabe bien lo que es y claramente quiere sacar una ventaja excesiva con ello, por esta razón muchas veces la tasa de interés es escondida o se

implícita, que es cuando se ofrecen importantes descuentos por pagos de contado, haciendo el cálculo al revés se puede obtener la tasa explícita, normalmente abusiva en los términos del art.175 bis del Código Penal (Nuñez, 1999)

De acuerdo con esto, la Pyme debe adoptar una conducta coherente en materia de operaciones a crédito, lo cual se puede sustentar en la referencia a un parámetro objetivo para el cliente como pueden ser las tasas activas de los bancos más importantes de plaza (no obstante, sobre el comportamiento de los bancos en relación al tema tasa, se hará referencia en el próximo reloj).

#### 1.10 ¿Las tasas de interés que se utilizan para la conformación de precios, son las razonables del mercado?

Indicador tratado en el anterior, su individualización obedece a la particular consideración que sobre el tema debe tenerse. El derecho del consumidor (artículo 10 Ley 24.240) es el de recibir la información detallada de todo lo que está comprando, o sea bienes y servicios, y el detalle de la conformación del precio, porque en operaciones a plazo el vendedor está ofreciendo un servicio financiero, sobre el cual debe detallar su precio, que resulta ser la tasa de interés. Como las expresiones de las tasas de interés se manejan con un lenguaje sumamente técnico, el vendedor está obligado a expresar, además de la tasa, el precio total final que se pagará en caso de optar por el pago en cuotas. De acuerdo con esto, la recomendación de utilizar tasas razonables de mercado radica en que el consumidor puede recurrir a las oficinas de asistencia al consumidor para constatar no solamente la veracidad de la información recibida, sino también su apreciación en términos relativos.

Lo abordado en estos dos últimos indicadores, no obstante en todos aquellos que también lo amerite, la Pyme puede utilizarlo ubicándose en la otra posición, o sea en la de cliente, de manera tal de evaluar qué está recibiendo de parte de su Proveedor. Si bien no estamos ante aprovechamiento por ligereza, sí en la mayoría de los casos, por necesidad. Y esta puede ser la llave para arribar a los tribunales tal como lo puede hacer una persona física, si la Pyme, como persona ideal, pero actuando como cliente, teoría del órgano y teoría de la penetración a contrario sensu (o sea no entrando hasta la persona del gerente, director o dueño, sino saliendo desde ellos) mediante, prueba su estado de necesidad y posición

desfavorable en la negociación por la cual se produce un abuso en las tasas de interés, puede encontrar reparación. De igual manera, este tema será retomado en el próximo reloj.

#### 1.11 ¿Existe un procedimiento establecido para la correcta administración de los datos relacionados con el cliente?

Ya se ha hecho mención sobre esto en otro indicador, la Pyme se hace de información respecto de sus clientes que tocan directamente derechos personalísimos de tutela constitucional (arts. 42, 43, 75 inc.22), y en un inferior orden de prelación e igualmente operativo en el artículo 1071 bis del Código Civil, el artículo 117 bis del Código Penal referido al suministro de datos falsos. Para evitar que se produzcan causales para las demandas implicadas en el derecho positivo citado precedentemente, la Pyme debe actuar responsablemente en la administración de los datos del cliente, en primera medida no suministrar esa información a nadie, con excepción de los oficios judiciales que, en caso de AFIP, fisco provincial o municipal, también serán los validados, o sea el simple requerimiento de estos organismos, serán contestados siempre y cuando intervenga el poder judicial, caso contrario se responderá que esa información es de carácter privado prevaleciendo derechos de superior jerarquía que los reclamados por el organismo (con la única base de sustento en la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario más toda la producción reglamentaria de AFIP, que se adueña de un poder legislativo que no posee, simplemente excede los poderes delegados). Podrá pensar el lector en este momento que podría no ser conveniente dar esa respuesta a AFIP, ya que sería pasible de sanciones administrativas, ocurre que por ese pensamiento se procede de manera tal que, se puede salvaguardar la falta administrativa pero no hacerlo respecto de una demanda por parte del damnificado por el suministro de datos.

Si se supera lo propuesto en el párrafo anterior, no queda mucho por agregar en cuanto a indicador de criterio a adoptar, se sabe que es espinoso el ejemplo dado respecto del fisco, asimismo podrá quedar la misma sensación cuando se trate la relación respecto de él en el tercer reloj. En todo lo demás, la empresa solamente debe utilizar los datos para sí, en relación a esto, en el caso de estudios de mercado, se recomienda la contratación profesional para dejar claro, controlado y cerrado la cuestión de la responsabilidad respecto de los datos.

#### 1.12 La puesta de rodados de utilidad para la empresa en la calle está debidamente evaluada y controlada?

Si bien esto no escapa a la aclaración realizada sobre lo que podría decirse que es sobreentendido por estar dentro de las exigencias ampliamente conocidas asumidas y cumplidas por todo empresario, como para no actuar con vigía desde un indicador en el tablero, ya que se deberá contar con seguro para poder circular, tarjeta azul, registro único de transporte automotor y demás exigencias de las disposiciones vigentes, lo a destacar es que la Ley 24.449 Nacional de Tránsito es la de mayor importancia al respecto, sobre la cual se volverá luego.

Para no perder, o transformar en litigiosa, la cobertura del seguro, para no perder, o transformar en litigiosa la cobertura de la Aseguradora de Riesgo del Trabajo, para tener alguna oportunidad de eximente en los casos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, los rodados deben estar en las condiciones exigidas y con las exigencias de cargas y uso indicadas en sus propios manuales (recordar que forman parte del contrato con la empresa que vende el rodado a la Pyme). En el relevamiento realizado se han encontrado Pymes con niveles de exigencias a utilitarios menores que, según lo expresado por empleados que realizan viajes comerciales con los mismos, son pasibles de gran movilidad hacia los laterales, por la sobrecarga de mercadería de gran peso. Fiel ejemplo de lo que puede pasar en una Pyme que no tiene rentabilidad para invertir en un rodado de mayor monta y contratar fletes a terceros muchas veces las deja fuera de mercado con los precios, esta muestra es más que suficiente, en parte en justificación de los niveles de indicadores que forman parte de este Tablero de Comando Jurídico para Pymes, recordando también, que lo desarrollado en cada indicador puede utilizarse al derecho y al revés, o sea al derecho como aquello que debe hacer y tener la Pyme como plataforma defensiva, y el mismo razonamiento podrá servir para la de ataque en caso de ser necesario.

### 1.13 ¿Los dependientes que utilizan los rodados están debidamente capacitados respecto de procedimientos tanto vinculados al seguro como a los emergentes de controles de tránsito vehicular?

Indicador con relación directa al anterior, con todo lo cual surgen casos que se han presentado en la muestra de Pymes que han sufrido por ejemplo el secuestro de un rodado por parte de gendarmería o policía de tránsito en provincias del país donde aquellas comercializan, en lo que interesa aquí, por falta de un requisito documental como el

denominado RUTA. Este tablero debe dejar en sus indicadores que la Ley 24.449 en su Título VII establece las Bases para el Procedimiento, donde el primer inciso del primer artículo de este último, establece claramente la operatividad del artículo 18 de la Constitución Nacional, el debido proceso y el derecho de defensa, donde un aspecto fundamental es el derecho de jurisdicción de domicilio del demandado precisamente para la concreción del mencionado derecho, todo ello sin violar los artículos 5, 7, 75 inciso 12, 121, 122, 123 de la mencionada Ley Fundamental. A partir de esto la Pyme debe instruir a sus vendedores viajantes utilizando este tablero (Quiroga Lavié, 2007). En el caso, la falta del RUTA, encontrándose la demás documentación en orden, o sea no hay riesgo de un vehículo robado, no presentando el vehículo ni su chofer riesgo a terceros, la aplicación de la medida cautelar autosatisfactiva aplicada por la autoridad administrativa, está violando los derechos claramente establecidos en la Ley, respuesta que por escrito debe brindar el dependiente de la empresa.

Entonces, la Pyme que tiene viajantes debe brindarles la capacitación básica respecto de la Ley 24.449, la retención del vehículo o su conductor solamente son admisibles como medidas precautorias en caso de grave peligro para terceros, en los demás, se le podrá labrar acta, no deben abonar ninguna multa porque no garantizaría el derecho de defensa, la posibilidad de juicio de repetición no responde a dicha garantía. El conductor tiene derecho de exigir la identificación de quien inste el procedimiento.

Tal como ya se ha comentado, este Tablero, y sus indicadores, además de tener plena operatividad, se puede decir que conlleva una suerte de carácter programático en el sentido de adoptar un criterio genérico (no amerita hablar de principios) a los fines de enriquecerlo con otros indicadores o mayores detalles y especificaciones de los actuales.

Jurisprudencia: La jurisprudencia que en general se presentará para cada reloj, no necesariamente siempre involucra a las Pymes como parte, porque precisamente lo que se espera con este Tablero es que éstas actúen sobre cuestiones que ya han sido planteadas por todo tipo de empresas, desde unipersonales (verdaderas Pymes) hasta sociedades anónimas, como también otras más novedosas y típicas, pero que, en definitiva es un déficit de actuación y por lo tanto perjudicial como ya se ha explicado. Si bien es abundante la jurisprudencia, se destaca como principal fuente las publicaciones de “Comercio y Justicia” llamada “Semanao Jurídico”. Respetando el criterio general que se tiene para con este Tablero, la idea es iniciar un camino con los Relojes y sus indicadores, no brindar completitud, de acuerdo a esto, la

propuesta de jurisprudencia es simplemente ejemplificativa del respaldo que de dicha fuente tiene lo planteado.

Se pueden presentar muchos más, pero se considera respetuoso de los fines perseguidos respecto de la presentación de este Trabajo Final de Graduación (TFG), no abusar en el llenado de páginas con estos, como así tampoco, perder la riqueza de las doctrinas de fallos alterando expresiones o practicando resúmenes (solamente se realiza algún escueto comentario en algunos casos), siendo que, la opinión de quien presenta este TFG ya está plasmada en el mismo desarrollo.

Casos propuestos como ejemplos para este Reloj:

- f) Juzgado Civil y Comercial 50<sup>a</sup> Nominación, Córdoba. Aseff Yolanda c/ Carrefour Argentina SA – Ordinario- Daños y Perj – Otras formas de resp. Extracontractual:

La actora sufre un accidente en el salón de ventas del hipermercado, consistente en un atropello ocurrido por dos niños que se encontraban correteando. Luego de las atenciones primarias es derivada a centro asistencial en donde se determinan lesiones de mayor gravedad y que justifican el objeto de la demanda por daños, la cual encuentra eso en la justicia. Lo interesante a destacar es que el personal del hipermercado no recabó información alguna respecto de los padres responsables de los menores, como así tampoco ha tomado debida precaución respecto del comportamiento en las instalaciones del local comercial.

- g) 15894 – C4a. CC Cba. 29/3/05. Sentencia N° 25. Trib. de origen: Juz.24<sup>a</sup>. CC Cba. “Cuello Fernando José c/ Telecom Personal SA– Ordinario-Daños y Perjuicios-Otras formas de Respons. Extracontractual-Rec. de Apelación”.

El caso refiere a Responsabilidad Extracontractual. Daño Moral. Usuario maltratado por dependiente de la prestadora del servicio. El

recurso es rechazado y confirmada la sentencia que condena a Telecom Personal SA a abonar la suma de \$ 2.000.- con mas intereses y costas. *“En el caso, la pretensión resarcitoria se fundamenta en la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y en el Reglamento Gral. de los Servicios de Comunicaciones Móviles (RSC) –que establece que el consumidor debe ser tratado con cortesía, corrección y diligencia– , y en que su trasgresión, por parte de una empleada de la demandada, ha suscitado en el actor el daño moral que reclama. El demandado resiste la pretensión negando la existencia del daño moral y el obrar antijurídico de su mandante. Entonces, el agravio dirigido a negar la existencia de una relación de consumo –por ser aplicado el servicio de telefonía celular a operaciones de corretaje– y de las responsabilidades enmarcadas en los términos de la LDC, deviene extemporáneo al no haberse introducido en tiempo propio (art. 332, CPC). El art.42, CN, otorga protección a consumidores y usuarios de bienes y servicios, garantizando una información adecuada y veraz, la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno. Reconoce el aspecto social de modernas formas de contratación que se caracterizan por ser sus destinatarios los consumidores y usuarios –individuales, plurales o colectivos–. La filosofía que emana del precepto constitucional se inspira en la protección del co-contratante que negocia en posición de inferioridad. Tal mandato impone la obligación de dictar leyes necesarias para desarrollar el principio de protección a los consumidores y usuarios, que se encauza a través de la LDC y demás normas complementarias. El derecho del consumidor encuentra tutela, en lo que hace al aspecto resarcitorio, en el art. 40, LDC y otros, sin perjuicio de las disposiciones del CC y de C.Com. El art.4, LDC, regula el deber de información al consumidor o usuario sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere; esta obligación comprende otros deberes accesorios o secundarios que acompañan al cumplimiento. Son deberes de conducta, como el actuar de buena fe, la cooperación y diligencia debida. Y el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información, si ocasiona daños, puede acarrear la responsabilidad del art.40, LDC (daño ocasionado al*

*consumidor en sentido amplio). Al usuario o consumidor le asiste el derecho a reclamar a los responsables enumerados en dicha norma, no sólo por el daño físico sufrido y por los perjuicios patrimoniales, sino por el daño moral. De otro lado, en casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez puede condenar al responsable a la reparación del agravio moral causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso (art.522, CC). El régimen de la LDC se completa con las normas diseminadas en la LDC que regulan la responsabilidad (arts.10, 14, 17, 25, 30). El art.9, RSC N° 490/97, establece el derecho a favor del cliente de ser tratado con cortesía y corrección. De allí que el maltrato vertido por la empleada de la accionada queda captado en la previsión genérica del art.1066, CC, que delimita el marco jurídico de lo ilícito, como todo aquello que se contrapone a los preceptos del derecho. Tal proceder contraviene el art. 42, CN, y, en particular, el art. 9, RSC N° 490/97. Sobre el particular, se ha dicho que: “Las empresas prestatarias de servicios que se vinculan al usuario mediante contratos por adhesión a condiciones generales, también han de responder por el daño que causen, sin interesar la prueba de la culpa; esto nos permite captar en la actualidad el fenómeno de la unicidad de lo ilícito”. El encuadramiento jurídico efectuado por el a quo no presenta contradicción sino, por el contrario, ensambla el régimen especial de la LDC con las normas generales que rigen la responsabilidad civil, directamente aplicables al caso. El daño que se reclama y que se tipifica como daño moral proviene del maltrato de que fue objeto el actor. El daño moral es “aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las ‘facultades’ o ‘presupuestos’ de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o el derecho de privacidad (art.1071 bis, CC); la libertad individual, la integridad física, etc., todo lo cual puede resumirse conceptualmente como la seguridad personal; y el honor, la honra, los sagrados afectos, etc., o sea, en una palabra, lo que se conoce como afecciones legítimas”. Tal perjuicio afecta la capacidad de entender,*

*querer y sentir. La noción de daño moral no es equiparable a simples molestias o perturbaciones que puede llegar a producir el incumplimiento contractual, toda vez que esas contrariedades son propias de cualquier contingencia contractual, si no, cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible. En el caso, el incumplimiento deviene de concretas obligaciones de “buen trato” impuestas por el RSC, transgredidas por la demandada, a título de culpa (art.512, CC). Cualquier interés, aunque sea moral, es merecedor de protección por parte del derecho. El dinero no siempre cumple una función de equivalencia, la que sólo se da cuando se trata de prestaciones de contenido patrimonial; en los demás casos cumple una función satisfactoria, posibilitando al titular del derecho violado la obtención de otros goces o sensaciones agradables o placenteras que lo distraigan y le hagan o mitiguen los padecimientos sufridos. El daño moral debe ser debidamente acreditado: la inejecución de la obligación o transgresión de lo normado deben ser susceptibles de ocasionar en el reclamante un daño en el interés de sus afecciones. Son presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, derive de la lesión a un interés suyo no ilegítimo, y que el reclamante se halle legitimado sustancialmente”.*

## **2. Segundo Reloj: “Emergentes Jurídicos de la relación entre la Pyme y el Mercado Financiero”**

Este segundo reloj llega a un aspecto de gran sensibilidad para la Pyme, pero al mismo tiempo de gran descuido. En la relación con el mercado financiero la Pyme resulta con creces la parte más débil de la negociación, sin embargo no tiene los guiños jurídicos de, por ejemplo, la ley 20.744 de Contrato de Trabajo, o de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, como tampoco un camino allanado a la hora de ir por los artículos 954 o 1198 del Código Civil. Esto es una realidad a todas luces, y su impacto negativo es de una importancia tan grande que no se entiende como puede caber debajo de la alfombra.

Entre los extremos, por un lado de la pulcritud y hasta cierto viso de tendencia burocrática, y por otro de los perjuicios económicos de la Pyme, el abanico de posibilidades es amplio, y en casi todo su espectro se respeta el principio de economicidad, el cual nos dice que el beneficio debe ser mayor al costo de su obtención. La implementación del Tablero de Comando Jurídico en términos materiales respeta plenamente este principio, tanto de manera directa (solución a los problemas presentados) como indirecta (prevención).

Lo expresado en el párrafo anterior es válido para todos los relojes y este trabajo en sí, lo que ocurrirá a lo largo del mismo que, por razones de espontaneidad se lo deja en la ubicación que cada reloj lo generó, seguramente tiene una causa.

Si bien el soporte normativo sobre el que se asienta el funcionamiento del mercado financiero es de gran amplitud si se lo piensa de manera ensimismada, la necesidad de esta propuesta indica que fundamentalmente tengamos con roles protagónicos a: Ley 21.526 Entidades Financieras; Ley 24.144 Carta Orgánica BCRA; Ley 24.452 Cheques; Ley 20.321 Mutuales; Ley 20.337 Cooperativas; Ley 25.065 Tarjeta de Crédito; Ley 24.467 de Pymes (Castellanos y D`Fellice, 1999). Además, tal como se aclaró en el primer reloj, obviamente siempre tenemos la esencial, eminente y agraciada transversalidad del derecho común. Entonces, ya en este punto, podemos tener la seguridad y tranquilidad de que el carácter integral en cuanto a derecho aplicado que requiere el Tablero de Comando Jurídico dará lugar a que nuevamente, por ejemplo, se invoque el derecho de daños en este y el resto de los relojes de ser necesario.

Respecto de las leyes mencionadas, todas se relacionan con lo que aquí se trabaja sobre la Pyme y el mercado financiero, pero se puede afirmar que la consideración crítica de las mismas no las favorece. Ejemplo de esto, la Ley 24.467 de Pymes, su título I de Disposiciones Generales en las cuales se expresa que este tipo de empresas serán beneficiadas con bonificaciones en las tasas de interés, desarrollo de instrumentos acorde a la necesidad, etc., hoy día es una gran expresión de deseos que, además, se podría decir la mayoría de los bancos, ni siquiera están enterados, o bien en su reglamentación no se respeta ese espíritu, o más que ello se indica el camino contrario, lo que daría lugar a evaluar su posible inconstitucionalidad (la Ley 24.467 puede considerarse que responde al artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional), en su título II referido a las Sociedades de Garantía Recíproca se cae prácticamente en lo mismo porque los que canalizan el servicio financiero son los mismos bancos ya referidos, y que en los interrogantes disparadores presentados a continuación, así como en sus posibles respuestas, se pondrán en evidencia como generadores de perjuicios hacia la Pyme, o sea lejos, muy lejos de los ideales perseguidos. También puede afirmarse en relación a la Ley 20.321 de Mutuales y sus normas reglamentarias (ejemplo puntual reglamento de Ayuda Económica) que, amén del artículo 1197 del Código Civil (salvedad que debe considerarse omnipresente en este trabajo), contratan con la Pyme, que de paso éstas constituyen la especialidad de aquellas, con una política de precios, o sea política de tasas financieras, verdaderamente nocivas, además de, al igual que los bancos, los disfraces que utilizan para aparentarlas razonables.

Lo concreto es que este segundo reloj se orienta a trabajar sobre los siguientes disparadores:

- 2.1 ¿Cuál es la formalidad de la contratación de servicios financieros con los Bancos?
- 2.2 ¿Cuál es la formalidad de la contratación de servicios financieros con las Mutuales?
- 2.3 ¿Cuáles son los servicios colaterales o adicionales contratados con los Bancos?
- 2.4 ¿Cuáles son los servicios colaterales o adicionales contratados con las Mutuales?
- 2.5 ¿Cuáles son las principales decisiones unilaterales adoptadas por los Bancos con influencia negativa en la Pyme?
- 2.6 ¿Cuáles son las principales decisiones unilaterales adoptadas por las Mutuales con influencia negativa en la Pyme?

2.7 ¿Cuál es la real tasa financiera soportada por la utilización de los servicios de esa índole que prestan los Bancos?

2.8 ¿Cuál es la tasa financiera comunicada por los Bancos a través de los distintos medios empleados para ello?

2.9 ¿Cuál es la real tasa financiera soportada por la utilización de los servicios de esa índole que prestan las Mutuales?

2.10 ¿Cuál es la tasa financiera comunicada por las Mutuales a través de los distintos medios empleados para ello?

Al momento de responder a los interrogantes de manera de contribuir en la gestión del empresario Pyme, se puede decir lo siguiente:

### 2.1 ¿Cuál es la formalidad de la contratación de servicios financieros con los Bancos?

Por imperio de los artículos 14 incisos i, m, n, 16, 46 inciso d, y 47 inciso g de la Ley 24.144 Carta Orgánica del Banco Central, fluyen todas las reglamentaciones de funcionamiento de los Bancos del sistema, adoptando el Banco Central de la República Argentina (BCRA) una preferencia por la tipología llamada “circulares” con la cual pone en marcha lo mencionado. La producción de esas circulares, así como de disposiciones y decretos es la de mayor envergadura de nuestra economía, competiría con el producto bruto interno de varias décadas si se trataría de unidades de bienes. Lejos de esto, casi podría decirse que sobran ocasiones en que más que bienes son males, al menos para el cumplimiento de los fines de uno de los tipos de bancos contemplados por el artículo 2 inciso a de la Ley 21.526 de Entidades Financieras, referido a los Bancos Comerciales, o sea aquellos especializados en la atención de las Pymes (Castellanos y D`Fellice, 1999).

En particular sobre el servicio financiero relacionado a la cuenta corriente bancaria, el artículo 66 de la Ley 24.452 de Cheques, establece que el BCRA como autoridad de aplicación, reglamenta (OPASI 2) el funcionamiento y demás condiciones a las que deberán ajustarse (Castellanos y D`Fellice, 1999).

De acuerdo a esto, la contratación de servicios responde a los denominados contratos generales o globales a los cuales suscribe el cliente. Las condiciones establecidas en estos contratos respecto de las empresas, las colocan en una posición de gran inferioridad de

fuerzas, lo cual no es admitido, en los términos de una expresión genérica o sentido amplio al concepto Cliente, por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, norma que, según lo establece su artículo 65 es de orden público (obvio que se refiere a orden público interno). Desde este punto, en interpretación del choque jerárquico de leyes, se genera bastante tela para cortar. La recomendación al empresario Pyme es entender la contratación sin el cerramiento del artículo 1197 del Código Civil, autonomía de la voluntad (lo cual tiene la virtud de un doble juego que puede resultar peligroso, otorga gran amplitud, obliga a buscar los topes en otras leyes, pero en principio lo elegido de dicha amplitud es cerrado entre las partes y funciona como ley privada) y sí con la apertura de la teoría general de los contratos, su aplicación específica al contrato de servicios financieros bancarios, y con la salvaguarda de la aludida ley 24.240.

La implicancia de lo expresado precedentemente será la observación de las conductas por parte del banco en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones y el reclamo en caso de ser necesario, y la impugnación, también en su caso, de la oposición contractual por parte de aquél.

## 2.2 ¿Cuál es la formalidad de la contratación de servicios financieros con las Mutuales?

La separación de estas entidades respecto de los Bancos es porque en la región objeto de estudio (localidades de las empresas mencionadas en páginas 13 y 14) juegan un rol importante en la vida de las Pymes, por lo que la intención es destacar aquello en lo que se diferencian de los primeros.

Las Mutuales son ellas mismas quienes a nivel de estrategia comercial se identifican como más accesibles que los Bancos. También existe una asociación, por parte de los clientes de ellas, en este caso las Pymes, que ese más fácil acceso tiene como contrapeso un mayor costo financiero. Lo cierto es que hoy día no hay tantas diferencias en cuanto a la accesibilidad al crédito entre ambas. De acuerdo con los artículos 6 inciso d y 7 de la Ley 20.321, los estatutos de cada mutual reglamentarán sobre los derechos y obligaciones de los asociados, por lo que la contratación surge de allí. En general se manejan de forma similar a los Bancos en cuanto al contrato global que prácticamente implica la adhesión por parte del cliente ya que no se respeta equilibrio de fuerzas alguno para la negociación. En particular

para los servicios financieros, las Mutuales deben contar con un Reglamento de Ayuda Económica el cual dispone sobre relaciones técnicas y características de los servicios.

Lo recomendado en los dos últimos apartados del indicador anterior dentro de este mismo reloj, es válido para este indicador.

### 2.3 ¿Cuáles son los servicios colaterales o adicionales contratados con los Bancos?

Por lo general obligan a contratar seguros de vida, seguros de créditos, servicios de tarjetas de créditos y últimamente apuntan a la mayor bancarización de operaciones posibles, ejemplo pago de sueldos. Tal como se expresa, lejos de poder elegir el cliente, son obligados, en general es una obligación presión ejercida de palabra, pero bajo la amenaza de restringir el crédito, en la contratación adhesión que se realiza con los Bancos suelen existir cláusulas que establecen derechos y obligaciones al respecto. Este es un punto en el cual el empresario Pyme debe saber que las características y condiciones de los servicios financieros en cuanto a su calidad para con los fines que son contratados no pueden ser alterados por este tipo de exigencias, aún escritas en la contratación.

Ante este tipo de situaciones el empresario Pyme deberá en una primera instancia reclamar por sus derechos a un servicio básico en las condiciones que corresponden y con el manejo de las modificaciones contractuales con plazos razonables, una empresa no puede encontrarse con cheques rechazados porque unilateral y repentinamente, por no haber tomado servicios colaterales o adicionales, su margen de giro en descubierto se reduce. Esto genera un perjuicio con derecho de reclamo por parte del cliente. En una segunda instancia debe intimar por escrito, de manera de recibir respuesta y, estudiar en base a ella los pasos a seguir.

Uno de los más relevantes servicios adicionales que los bancos exigen es el de tarjetas, de débito, crédito, con extensiones, universitaria y con cualquier otra denominación comercial. Si el usuario está por un momento descuidado, el atropello también viene por el lado del incumplimiento con la Ley 25.065 de Tarjetas de Crédito, por ejemplo el artículo 14 inciso b establece la Nulidad de las cláusulas que facultan al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato, lo que implicaría que debe acordarse entre las partes por ejemplo cualquier modificación respecto de lo contemplado en el Capítulo IX de la mencionada Ley referido al Resumen. El banco, o la empresa de tarjeta, de buenas a primeras

alteran la fecha de envío, incumpliendo el artículo 25 que establece 5 días anteriores al vencimiento, como también pasan al formato on line o en línea, o sea resumen virtual, habiendo logrado el consentimiento de esto mediante un “aceptar” que aparece engañado en alguna promoción también impuesta en forma unilateral.

Además, el estilo de compulsividad contractual utilizado por los Bancos es objetable ciento por ciento respecto de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Por su parte, el artículo 790 del Código de comercio, aún dentro del género que denota el título “De la cuenta corriente mercantil”, o sea aplicable a la especie, la bancaria, explícitamente se refiere a la “acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito...”

La realidad comentada en los párrafos anteriores ha sido detectada en el trabajo de campo realizado, con una total coincidencia entre lo expresado por cada uno de los empresarios Pyme entrevistados y por las observaciones documentales practicadas.

#### 2.4 ¿Cuáles son los servicios colaterales o adicionales contratados con las Mutuales?

Tarjetas, pagos de impuestos y servicios, diversos servicios sociales, sistemas de ahorros. No tienen el mismo criterio de compulsividad, pero en varios de los casos relevados se comenta la particularidad (por llamarle de alguna manera sin caer en adjetivos descalificadotes) que para activar el sistema de ayuda económica, o sea los préstamos financieros, el cliente primero debe constituir plazos fijos a través del sistema de ahorros mutuales, sobre lo cual se prefiere dejar al lector su opinión acerca de la razonabilidad de esta exigencia. En estos casos sería interesante que la gerencia de la entidad se expida por escrito respecto de los requisitos para obtener préstamos y, de ser verdaderamente exigido esto también incluirlo en él.

Al igual que con los Bancos, y con el mismo fin de lograr el reclamo por sus derechos como consumidores, las Pymes deben obtener respuesta por escrito ante exigencia o incorporación de servicios de contratación desequilibrada, no debe olvidarse la necesidad de conformar una sólida plataforma probatoria para tener éxito en las demandas, y, en el mejor

de los casos tenerla para una mejor negociación extrajudicial del Quinto Reloj de este Tablero.

## 2.5 ¿Cuáles son las principales decisiones unilaterales adoptadas por los Bancos con influencia negativa en la Pyme?

La tempestividad con la que habitualmente los Bancos alteran los servicios financieros es altamente perjudicial para el cliente. No es resistible por contratación alguna, el contrato de servicios financieros de adelantos en cuenta corriente lejos está de respetar los lineamientos de la Ley 24.240 como tampoco los artículos 792 y 793 del Código de Comercio en cuanto al cumplimiento formal de plazos para el cierre de cuenta corriente como respecto de la conformidad de los resúmenes informativos. Se suma a esto la incorporación de la tecnología virtual, con lo cual en diversas ocasiones no hay coincidencia entre la información de saldos consultada a través del servicio web del Banco y el informado por escrito.

Las principales decisiones unilaterales que adoptan los Bancos y perjudican a la empresa tienen que ver con débitos de diversos rubros no claramente acordados contractualmente, sino, tal como ya se comentó, a través de una compulsividad maliciosa como ejercicio de un poder presión para que el empresario Pyme tenga la aparente tranquilidad de que se le cubrirán cheques. Además de estos débitos, de manera unilateral el Banco decide sobre los montos de autorización de giro en descubierto, alterando este servicio de manera totalmente perjudicial para un cliente que, de por sí, paga un precio muy alto por una prestación que le permita atender la planificación de su flujo de fondos y avocarse a la gestión operativa de su Pyme. También es de alto impacto el ejercicio cotidiano de decisión unilateral que realizan los Bancos con las alteraciones de las tasas de interés y de los demás precios de todos sus servicios. Es la única actividad que cuenta con estos privilegios decisionales, tempestividad, compulsividad, unilateralidad

La Pyme debe negociar por una contratación razonable respecto de este servicio, y no quedarse con lo que el Banco le responde respecto de las exigencias del BCRA, el margen que la OPASI 2 brinda a cada Banco para la contratación de estos servicios no son impeditivos de una negociación más equilibrada, todo comenzará por exigir al respecto (Castellanos y D'Fellice, 1999). Ocurre que dentro de la libertad contractual el Banco obviamente se negará a modificar su contrato, entonces caemos nuevamente a contratar forzado o por adhesión y

tener que reclamar luego, sea por el lado de la Ley 24.240 que puede ser más efectivo, o por el del artículo 1198 del Código Civil.

## 2.6 ¿Cuáles son las principales decisiones unilaterales adoptadas por las Mutuales con influencia negativa en la Pyme?

Las Mutuales que ofrecen el servicio denominado Ayuda Económica Transitoria, o similar, que se asemeja al de sistema de cuenta corriente bancaria con autorización para giro en descubierto, pero sin libramiento de ordenes de pago de ningún tipo, caen en decisiones unilaterales similares a la de los Bancos, básicamente el débito automático y la alteración tempestiva de extensión o tamaño del crédito, con lo cual se perjudica seriamente la planificación de la Pyme, con el agravante que en este tipo de entidades por lo general el precio del principal servicio, o sea el préstamo, es considerablemente mayor al de los Bancos.

El procedimiento que se le recomienda a la Pyme es similar al del indicador 2.5, pudiendo tener algún margen mayor de negociación y la posibilidad de recurrir, antes de ir a la vía judicial, y luego de agotar la instancia ante la Mutual, ante el organismo de contralor de estas entidades, el Instituto Nacional de Economía Solidaria (INAES) o bien al Instituto de Ayuda Económica Mutual (IAEM)

## 2.7 ¿Cuál es la real tasa financiera soportada por la utilización de los servicios de esa índole que prestan los Bancos?

La real tasa financiera surge de dividir el interés propiamente dicho y todos los gastos exceptuando impuestos, que se aplican sobre las sumas de dinero prestadas promedio mensuales. Hoy día, y ante el relevamiento realizado se han encontrado casos del siete y medio por ciento (7,5%) mensual, arrojando una Tasa Efectiva Anual (TEA) del 141%, que es la verdadera tasa si se la compara con la Tasa Nominal Anual (TNA), nominal implica no real, tema probable con periciales de bajísimos costos.

La Pyme debe reclamar por una reducción de este precio abusivo en las tasas de interés ya que le ocasiona un verdadero daño patrimonial, además de caerse en la figura penal de la Usura. Los Bancos pretenden negar este delito porque la declaración de la tasa de interés no es coincidente con estos cálculos, ya que expresan una TNA o bien una TEA desprovistas

de los llamados “gastos administrativos”, que son los encargados de facilitar la “simulación” de la “comunicación” de un precio menor. Con toda esta actuación los Bancos incurren en varios delitos, tanto civiles como penales (concurso real). Por el lado civil, por los daños y perjuicios sobre el patrimonio, desde lo penal, Usura y Estafa por el ardid o engaño como delito doloso al comunicar un precio y cobrar otro, y es un delito continuado. El servicio administrativo del Banco está con creces cobrado a través del denominado costo de mantenimiento de la cuenta, que normalmente incluye gastos administrativos.

Los trabajos periciales prueban sobradamente que estos niveles de tasas son destructivos del patrimonio, lo que ocurre es que no siempre se materializa esta destrucción porque lo que se financia de esa manera es una parte menor al cien por ciento de la inversión, pero existen mediciones a través de lo que se denomina cálculo de la Tasa Interna de Retorno (TIR) y Valores Actuales Netos (VAN) que pueden demostrar la nocividad de estas tasas de interés bancarias (tasas externas) aplicadas a la inversión. El lector puede pensar que si un adulto va a una ferretería a comprar veneno para hormigas, y luego lo ingiere, se muere, por lo que podría resultar una analogía aplicable al caso del servicio venenoso de los Bancos, pero la gran diferencia es que el ferretero claramente le indica que le está vendiendo veneno y además el producto presenta una carabela con una X, por lo tanto los Bancos deberían hacer lo mismo, comunicar claramente lo que venden.

De una vez por todas hay que alentar al empresario Pyme a reclamar por estos derechos, por otra parte las asociaciones empresarias también deben movilizarse en la misma dirección.

#### 2.8 ¿Cuál es la tasa financiera comunicada por los Bancos a través de los distintos medios empleados para ello?

Claramente la comunicación es engañosa, sobre la base de lo desarrollado en el indicador 2.7, la Pyme también puede reclamar por sus derechos en términos del inicio de contratación, o primer contratación, surgida de la comunicación publicitaria, donde el precio del producto (en este caso servicio), o sea la tasa de interés, no es real, o bien no se cumple.

#### 2.9 ¿Cuál es la real tasa financiera soportada por la utilización de los servicios de esa índole que prestan las Mutuales?

La Mutuales no quedan exentas de la descripción realizada en el indicador 2.7, se lo coloca como indicador separado por las particularidades de su operatoria, denominan Tasas por Servicio a la Tasa de Interés y Recupero de Gastos Administrativos al adicional coadyuvante que tiene la misma naturaleza que el de los Bancos, simulación del precio, por lo tanto simulación negocial en perjuicio del cliente, en este caso la parte más débil como es la Pyme. En cuanto a los valores, como ya se expresó se superan las tasas de los Bancos.

Todo indica que las vías de reclamos serán las mismas, con la salvedad que en la vía administrativa de los Bancos está el BCRA y en la de las Mutuales el INAES. En ambos casos debe agotarse esta vía para luego apelar en la judicial. Iniciar la vía judicial implicará rechazo *in limine* por no haberse agotado el reclamo por la vía propia, a sabiendas de la economía procesal, la sobrecarga tribunalicia y la posibilidad de especialización volcada en la conformación de los expedientes de aquella vía.

#### 2.10 ¿Cuál es la tasa financiera comunicada por las Mutuales a través de los distintos medios empleados para ello?

Al igual que los Bancos la comunicación es engañosa, con el agravante de que estas entidades suelen expresar una tasa que, según la teoría financiera, se la suele llamar “tasa mentira”, porque tiene la característica de ser una Tasa Directa. Un ejemplo para ilustrar esto es cuando la entidad le dice al cliente que le otorga un préstamo al tres por ciento (3%) mensual, a diez (10) meses, si el capital es \$ 100.000.-, tres por ciento por diez meses da el treinta por ciento (30%), \$ 100.000.- más el treinta por ciento igual \$ 130.000.-, dividido en diez cuotas de \$ 13.000.- Esto es un engaño aún mayor, ya que el mismo comienza dentro del propio concepto o rubro denominado interés, luego se agregan los coadyuvantes de simulación, por eso se lo trata como agravante. Antiguamente los Bancos lo han hecho también, en la actualidad esto lo han modificado, pero en el ámbito de las Mutuales aún sobreviven.

La Pyme debe reclamar por la aplicación razonable de precios respecto de los servicios financieros y su coincidencia con la comunicación.

Jurisprudencia: Teniendo en cuenta la salvedad realizada en el Primer Reloj, la cual debe también considerarse en los próximos, se propone la siguiente:

- a) Cámara N. Comercial - Sala A. Daboul Juan Elias c/Banco Itaú Buen Ayre SA s/ordinario: *“En fs. 3/12 se presentó Juan Elías Daboul y promovió demanda contra Banco Itau Buen Ayre SA por: a) nulidad de sentencia de juicio ejecutivo (autos: "Banco Itau Buen Ayre SA c/ Daboul Juan Elías s/ ejecutivo), b) revisión de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, c) caducidad de derechos invocados por retraso desleal y d) acción subsidiaria por determinación y cobro de daños y perjuicios por daño moral, intereses y costas. Explicó que la acción principal tiene por objeto enervar el reclamo patrimonial formulado contra su parte por el banco demandado, estableciéndose el abuso del derecho y la nulidad del reclamo intentado, dando así certeza a su derecho. También persigue se declare la caducidad de los derechos de la demandada, a los efectos que tampoco puedan volver a ser invocados en el futuro. Señaló que la acción resarcitoria tiene el carácter de subsidiaria y persigue la reparación integral de los daños y perjuicios originados en el accionar del banco - que considera ilícito- y estimó provisoriamente el monto reclamado en la suma de \$ 80.000 o lo que en más o en menos se determine conforme la prueba a producirse”*. El actor obtuvo fallo favorable, no coincidiendo el importe de indemnización por el daño
- b) CNac. de Apel. Com. Sala B. 21/12/05. Sent. Def. Expte. N° 19292/98. Trib. de origen: Juz. Nac. Com. N° 23. "Fernández Drago, Rosario Humberto c/ Bank Boston NA – Ordinario”.

Caso paradigmático que expone a las claras lo presentado en este Reloj respecto de las diferentes fuerzas negociadoras, el abuso contractual proveniente de los contratos por adhesión,

planteando el límite del artículo 953 del Código Civil, cuyo breve resumen extraído de “*Semanario Jurídico, publicación de Comercio y Justicia Nro 1556 del 04/05/2006, Cuadernillo 16, tomo 93, Año 2006 - A, incluyendo su versión digital*”, se presenta a continuación:

*“Los principios de justicia conmutativa exigen que la libertad de una de las partes encuentre su límite en la libertad de la otra y que el control judicial se sujete a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres como límite a las facultades contractuales de carácter privado (art. 953, CC).*

*1- Por ello, corresponde limitar las facultades casi omnímodas de la parte predisponente en los contratos de adhesión que, cuando no son ejercidas con ponderación y medida, engendran situaciones reñidas con la equidad. En autos, el banco demandado es un comerciante profesional con alto grado de especialización y colector de fondos públicos con superioridad técnica sobre los accionantes. Está obligado a conducirse con prudencia y pleno conocimiento de su objeto hacienda, ajustando su conducta a un estándar de responsabilidad agravada.*

*2- La complejidad del tráfico hace exigible la protección responsable del consumidor (art. 42, CN, y ley 24240). En la especie, durante toda la relación contractual existió entre el banco y los accionantes una notable asimetría informativa. Los pretensores señalaron no haber recibido el doble ejemplar del contrato de apertura de la cuenta. Tal omisión incumplió el deber que exige la buena fe (debida, concreta y veraz información a los co-contratantes, art. 19, ley 24240). La ley 24240 regula la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, otorgándoles derecho a una información adecuada y condiciones de trato equitativo y justo (art. 19, ley 24240), derecho con explícita base*

constitucional (art. 42, CN).

3– Es viable formular las observaciones contempladas en el art. 790, CCom., aun en la hipótesis de no haber mediado impugnación de los resúmenes de cuenta en los términos y plazos del art. 793, CCom., ya que la ausencia de impugnación no es causa del enriquecimiento a costa de otros, originado en la especie por la aplicación de una tasa de interés exorbitante. Debe acogerse la demanda a fin de devolver al contrato el efecto sinalagmático afectado por la conducta del banco; caso contrario, se legitimaría la actitud de un negligente.

4– El art. 790, CCom., permite demandar judicialmente por la “rectificación de la cuenta” no sólo por “errores de cálculo” y “omisiones”, sino también por ítems extraños o indebidamente incluidos en el débito o crédito, o por duplicación de partidas. La ley prevé objeciones que exceden aspectos formales e ingresa a un plano sustancial al contemplar impugnaciones atinentes a la legitimidad de las partidas incluidas en tales rubros. Si en la aplicación de intereses medió transgresión al orden público y las buenas costumbres, se está ante una conducta insusceptible de convalidación con fines que no merecen protección jurídica. Por ello, en autos carece de relevancia jurídica que el cuentacorrentista haya omitido impugnar u observar los extractos o resúmenes mensuales del banco.

5– Respecto a las tasas de interés, el cuentacorrentista estuvo imposibilitado de observar o impugnar lo que no estaba consignado en los resúmenes de cuenta. Es disfuncional que el tomador de un crédito en descubierto –o sujeto a tasas variables– sea compelido a impugnar las tasas resultantes de un cálculo de esa índole. Ello por cuanto el silencio del

*cuentacorrentista no cubre las irregularidades, la falta de buena fe y la negligencia del banco; la presunta conformidad del cliente es inexistente cuando existió error, dolo o fraude. Estas apreciaciones son aplicables también para los débitos por servicios presuntamente prestados por el banco, cuando éste los carga unilateralmente a la cuenta de sus clientes bajo diferentes siglas.*

*6– La buena fe tiene como principio sustancial una conducta diligente en la concertación de los actos jurídicos; el art. 1198, CC, importa el ejercicio de una actividad diligente y no conformidad con la mera apariencia. Las intensas modificaciones verificadas en la vida económica, política, jurídica y social impulsaron y extendieron las nociones del principio de la buena fe que actualmente opera como hecho, valor, método de interpretación y de integración. Una de las funciones prioritarias de dicho principio es cubrir las inevitables lagunas del sistema normativo que obviamente no puede prever todas las situaciones posibles mediante disposiciones concretas. En el campo contractual, la buena fe se vincula directamente con el deber de cooperación que apoya en la lealtad contractual y en la obligación de cumplir la legítima expectativa del co-contratante.*

*7– La buena fe –que el Código de fondo presume– supone la creencia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho o ignorar que se lo está vulnerando. La buena fe no es un principio dogmático, sino que la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe fundarse en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para creer. De ahí que se expande por todo el ordenamiento jurídico como principio concreto que lo complementa y su función vital implica un límite en la conducta, en los derechos subjetivos y en la contratación –particularmente la de*

*adhesión o predispuesta–.*

*8– La realidad contractual actual confiere a la buena fe una función que en ocasiones impone a una de las partes un deber "de información" (que debe ser exacta, clara, comprensible, suficiente y completa) en beneficio del co-contratante. No impone sólo conductas negativas excluyentes de actuares deshonestos, sino que exige también procederes positivos como el deber de informar sobre los eventuales defectos de la cosa o su estado.*

*9– En el sub lite, corresponde establecer una tasa de interés que guarde concordancia con los principios a que alude el art. 953, CC, esto es, que resulte compatible con la moral y con las buenas costumbres. Las tasas que el banco cobró no se condicen con este parámetro. Si se omitieron pactar los intereses que se aplicarían, no correspondió al banco fijar unilateralmente la tasa.*

*10– La ley 24452 autoriza al banco a debitar de la cuenta corriente los rubros que corresponden directa o indirectamente a la operatoria con cheques y –de forma excepcional– otros rubros, cuando exista pacto expreso y se cumpla con los recaudos que indica el BCRA. Dicha ley fue reglamentada por el BCRA mediante una comunicación que exige la conformidad del cliente para que el banco debite de su cuenta corriente las comisiones por servicios que preste y por las operaciones concertadas con ella o con terceros; a la vez que indica que la conformidad debe ser expresa.*

*11– En autos, no existió convención expresa, por lo que quedó insatisfecha la exigencia contenida en el art. 796, CCom., en punto a la "comisión y todas las demás cláusulas que establezcan las relaciones jurídicas entre el cliente y el*

*banco". Las comisiones y débitos identificados en los resúmenes de cuenta por códigos carentes de explicaciones jamás fueron aclaradas por el banco, pese a estar en cabeza de la defensa la carga de la prueba de la existencia de estos servicios. No habiendo indicado el banco en qué se originan dichas comisiones y bajo qué pautas se calcularon, no se las considera inicialmente incluidas en el "normal y habitual" uso de la cuenta, salvo que en la liquidación ordenada se esclareciere su origen y pertinencia".*

Si se relacionan estos casos con los propuestos por los indicadores, con las sugerencias que los mismos implican, fundamentalmente a los fines probatorios, las posibilidades de andar bien en tribunales se ven en crecimiento.

### **3. Tercer Reloj: “El Fisco y la Pyme, una realidad que se debate entre el Derecho de Fondo y el Derecho Adjetivo”**

Este es un debate del que jamás habría que hablar en derecho, por sí solos, independientes, separados, divorciados, denotaría vacuidad en el objeto principal de la ciencia jurídica. Pero la realidad muestra que en diversas situaciones se presentan contradicciones, desencuentros, ambigüedades. A la hora de pensar en el reinado de estos últimos, hay que ubicarse rápidamente en lo que ocurre cuando se pretende hacer caminar al derecho tributario por un camino de dudosa constitucionalidad como el de la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario y sus reglamentaciones, como todas sus equivalentes provinciales y municipales (Gómez y Folco, 2004). El Estado ejerciendo su poder de imposición con gran velocidad y contundencia se lleva por delante la división de poderes, y además, tal como lo demuestran los acontecimientos de estos últimos meses, con la herramienta del miedo siempre a la vanguardia. La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), ex únicamente Dirección General Impositiva (DGI), se menciona su antecesora para que quede bien claro que no solo la sensación es la misma, sino que el criterio de atropello y violación de derechos son los mismos, antes todo se centralizaba en DGI, ahora ésta depende de aquella. Las referentes provinciales y municipales juegan con el mismo estilo, pero con los humos de poder adaptados a sus jurisdicciones. La AFIP tiene la capacidad de, en términos de reglamentos delegados o reglamentos reservados, como parte del poder ejecutivo, producir cantidades de normas reglamentarias arbitrarias, autoritarias y, por ende, violadoras de los más elementales derechos de los sujetos de aplicación, a estas alturas, personas jurídicas y personas físicas por doquier (Cassagne, 2006). Parece imposible ponerle freno a esto, entonces habrá que tomar medidas preventivas y defensivas hasta el agotamiento total de los recursos jurídicos, y abrigando la esperanza en la justicia, por cierto despolitizada, para garantizar el estado de derecho.

Prueba del poder que pretende tener y ejercer la AFIP, o bien el ejecutivo a través de ella, son los ejemplos cotidianos que se han presentado de una manera más aguda unas semanas atrás con el tema de la compra de moneda extranjera (Resolución General de Afip 3210/2011 derogada por 3356/2012, y complementarias al respecto como las 3364/2012, 3365/2012, 3375/2012, 3378/2012 y 3395/2012), cualquier persona que ingresaba a una casa de cambio, que a su vez es de turismo también, era abordada e interrogada por un señor

inspector de AFIP, generando situaciones de miedos tanto en el consumidor como en los empleados y dueños de estas empresas. Desde el derecho se sabe que esto, en primera instancia es manejable, instando a la corrección del procedimiento sobre la base de los artículos 14, 18, 28 y 29 de nuestra Ley Fundamental (Becerra Ferrer y Haro, 1995).

Cuando la Pyme recibe el primer impacto, por lo general hace su acuse de recibo con su estudio de asesoramiento contable impositivo, o sea con las herramientas conceptuales y procedimentales de los contadores, todo lo cual indica que puede ser una instancia perdida desde el punto de vista jurídico. El fundamento de esto es que la concentración de la contestación ante una intimación el contador la vuelca únicamente sobre el objeto de la misma, descuidando aspectos formales como así también otros aspectos sustanciales. Esto se potencia ante la desagradable experiencia de la inspección, por suerte, ya en esta situación, de acuerdo al trabajo de campo realizado, se puede asegurar que aparece la duda en la cabeza del empresario Pyme de si no sería mejor llamar a su abogado, aún desconociendo por razones técnicas, que su contador es propenso al allanamiento en términos de reconocimiento de hechos y derechos.

La mirada jurídica es necesaria y oportuna en más situaciones de las que comúnmente se cree, hoy día, un Responsable Monotributista que pretende realizar una re-categorización, ejemplo pasar de la categoría C a la D, y por ejemplo tenga otros ingresos por ser empleado del estado provincial (información que el fisco nacional va cargando muy lentamente), como el procedimiento para realizar dicho trámite es únicamente por Internet (discutible su constitucionalidad), cuando avanza en las pantallas, al llegar a la última, antes de cargar el aceptar le aparece un cartel que le dice que para AFIP correspondería una categoría mayor a la elegida para dicha re-categorización. Esto se ha presentado en un caso real de los relevados de un pequeño contribuyente, ante esta situación, el análisis realizado es el siguiente, la AFIP está imputando Evasión Simple, si se le da el “aceptar”, de acuerdo a la validación de firma digital, el monotributista logra su re-categorización pero al mismo tiempo se ha allanado respecto de la imputación penal económica (Bacigalupo, 2000). Ante este caso, obviamente se le recomendó llegarse hasta AFIP para solucionar el tema, en dicha oficina se reconoció como válido este análisis. En un primer momento el consejo del jefe del distrito fue el de no presentar escrito para evitarse inspección o requerimientos, o sea siempre la amenaza, ya instalado el estilo, asegurando que ni bien se cargue la información sobre los ingresos como

empleado público de la provincia el cartel desaparecería, por lo tanto le aconseja postergar la re-categorización antes que aceptar la imputación y antes que presentar escrito al respecto.

Todo lo comentado, en su conjunto, constituye el gran disparador, no obstante, a los fines de respetar la metodología de elaboración de este trabajo, a continuación van los del presente reloj:

3.1 ¿Ante una intimación de AFIP, cómo se consideran los aspectos formales?

3.2 ¿Ante una intimación de AFIP, cómo se consideran los aspectos sustanciales?

3.3 ¿Ante un procedimiento de AFIP, se tienen en cuenta los elementales derechos relacionados a ello?

3.4 ¿Ante una intimación del Fisco Provincial, cómo se consideran los aspectos formales?

3.5 ¿Ante una intimación del Fisco Provincial, cómo se consideran los aspectos sustanciales?

3.6 ¿Ante un procedimiento del Fisco Provincial, se tienen en cuenta los elementales derechos relacionados a ello?

3.7 ¿Ante una intimación del Fisco Municipal, cómo se consideran los aspectos formales?

3.8 ¿Ante una intimación del Fisco Municipal, cómo se consideran los aspectos sustanciales?

Las siguientes respuestas intentan una apertura mental a la vez que la indicación de algunos caminos:

3.1 ¿Ante una intimación de AFIP, cómo se consideran los aspectos formales?

Hay que tener presente que en el articulado de la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario se tiene, por ejemplo en el Título I de Disposiciones Generales, una base de principios especiales a partir de los cuales prevalece la realidad de la situación económica por sobre toda otra, emergiendo los derechos de fondo y adjetivos a partir de ella. Entonces, para llegar a la residualidad dejada al derecho privado (artículo 1º) habrá que trabajar arduo jurídicamente. Asimismo, la fijación de domicilio responde a este criterio, con lo cual también

implicará un gran ejercicio poder trabajar sobre las formalidades como por ejemplo notificaciones.

La capacidad que se le ha dado a la AFIP para liquidar deuda y generar título, como por ejemplo la del artículo 12 de la misma ley, en referencia a las liquidaciones expedidas por sistemas de computación, que con la sola impresión del nombre y cargo del juez administrativo tiene validez, hace que el planteo de excepciones se convierta en un trámite con dudosa posibilidad de éxito, lo cual dificulta salirse de la regla solve et repet para hacer valer los derechos del contribuyente que ha cumplido. En relación a esto último, se debe partir de la base que todo lo expuesto en este reloj toma a una Pyme con grado de cumplimiento respecto de sus obligaciones fiscales, no se pretende conformar defensa al incumplidor, aunque obviamente también tiene derecho a ella, pero en definitiva lo que se quiere dejar claro es que este Tablero no está pensado, para con este reloj, facilitar estrategias de evasión fiscal, sino actuar preventiva y defensivamente en base a derecho.

A partir de lo planteado arriba, la Pyme debe tener claro que dentro de la vía administrativa fiscal son mínimas las posibilidades de encontrar grises en los primeros quince artículos de la Ley 11.683, pero ello no implica intentar, ante una intimación, si existe violación de derechos por defectos formales, armar su contestación sobre esta base como primer paso procesal (Gómez y Folco, 2004).

Ya en juicio de ejecución fiscal, llevado adelante por el juzgador AFIP, cuando debería ser el Juez Federal, el discutido artículo 92 de la Ley 11.683, admite excepciones dilatorias y perentorias, en la cual la formalidad del título es cuestionable.

### 3.2 ¿Ante una intimación de AFIP, cómo se consideran los aspectos sustanciales?

Si se trata de una determinación de oficio, las posibilidades defensivas, en principio, se tienen, rechazando dicha determinación dentro de los plazos establecidos y probar lo contrario, para lo que será necesario tener la información y documentación respaldatoria.

Si se trata de intimación por pagos no ingresados, si es del gravamen originario, la respuesta puede ser el allanamiento, luego de haber superado lo establecido en el indicador 3.1, si corresponde, pero solicitando el ingreso a un plan de facilidades de pagos. Si la

intimación es por caída ya de una moratoria, el procedimiento será el mismo, el problema es cuando no se contesta en tiempo y forma, AFIP transforma toda deuda y proceso caído en título ejecutivo e inicia la ejecución fiscal, todo lo que implicará a la Pyme excepcionar dentro de lo que le corresponda para evitar las medidas cautelares. Esto significa que , por ejemplo cuando se recibe, ya en caso de Juicio de Ejecución Fiscal (art.92) un Mandamiento de Intimación de Pago, indicando que se presentarán oficiales de justicia para intimar pago, debe entender el empresario Pyme que estos oficiales son tales dentro de la vía administrativa AFIP, obvio con el respaldo de la Ley 11.683, pero el proceso debe llevarse a cabo por ante un Juez de Juzgado Federal, que es quien sobre el fondo resolverá, que es ante quien se podrán presentar las debidas defensas, que es quien puede otorgar las medidas cautelares (esto a los efectos de analizar la clausura preventiva y embargos). Es importante esta reflexión a los fines de no desesperarse en la víspera y actuar apresuradamente, lo fundamental para la Pyme es no dejar vencer los plazos para ejercer sus defensas, por ello la recomendación es que no permanezcan inmóviles los escritos en las oficinas de los estudios contables, la instancia dentro de la vía administrativa con faz recursiva ante el Tribunal Fiscal de la Nación hay que aprovecharla.

La gran mezcla que es el artículo 92 lleva a la confusión y pone importante grises a la división de poderes (Gómez y Folco, 2004), esto no debe turbar la mente del empresario, pero sí debe ponerlo en alerta, que es lo que pretende este Tablero, de la importancia que tiene que la dirección de esta problemática esté en manos de su abogado.

Lo aclarado en el párrafo anterior, como criterio de análisis, debe aplicarse ante las diversas situaciones de intimación que se puedan presentar, los aspectos sustanciales controvertidos, si no se llegan a resolver en la vía administrativa fiscal, dará intervención a la Justicia Federal ya en procedimiento contencioso administrativo o a la Justicia en lo Penal Económico, allí se podrá obtener verdadera justicia, o al menos tendrán validez las defensas, debe evaluarse las posibilidades de éxito en relación al adicional que implican las costas judiciales.

3.3 ¿Ante un procedimiento de AFIP, se tienen en cuenta los elementales derechos relacionados a ello?

La Ley 11.683 además de inconstitucionalidades, que únicamente son planteables judicialmente, también tiene ciertas contradicciones que pueden generar confusión en el accionar defensivo de la empresa. Por ejemplo el artículo 75 deja en manos del Juez Federal o en lo Penal Económico la aplicación de sanciones como la clausura preventiva, o sea a la manera de medida cautelar, o sea se respeta la división de poderes, pero el artículo 77, cuando la clausura ya es sanción, aún no habiendo sido discutido el fondo en la justicia ordinaria, habilita a que la aplique el juzgador parcial perteneciente al poder ejecutivo como es la AFIP.

Este ejemplo debe dar lugar a pensarse siempre en la posibilidad de reclamar el legítimo derecho de defensa, el cual se ejerce plena, esencial y únicamente ante el poder judicial. Todo funcionamiento de la administración ofrece procedimiento con derecho de defensa dentro del derecho administrativo, pero la salida hacia el contencioso judicial en la justicia ordinaria es un derecho de mayor jerarquía cuando el justiciable considere que los derechos sustanciales de su contienda no están siendo respetados. La empresa tiene siempre la posibilidad de defenderse ante la justicia y que sea ella quien aplique sanciones en última instancia, así sea, aún, con la regla Solve (Righi, 2000).

### 3.4 ¿Ante una intimación del Fisco Provincial, cómo se consideran los aspectos formales?

El tema es menos violento pero requiere los mismos recaudos. Si bien no tienen las provincias una Ley 11.683, o en particular su artículo 92, tienen sus propios procedimientos tributarios, pero en general, la base de trabajo es la misma. No obstante, en comparación, por ejemplo el artículo 77 de la Ley 3456 Código Fiscal de Santa Fe, admite once excepciones, entre dilatorias y perentorias, frente a las cuatro del artículo 92 de la Ley 11.683.

En general las recomendaciones son las mismas en cuanto a no dejar de lado las defensas iniciales relacionadas a los aspectos formales. Para lo cual hay que observar de qué se trata la intimación, su redacción, en caso de título ejecutivo evaluar su consistencia.

### 3.5 ¿Ante una intimación del Fisco Provincial, cómo se consideran los aspectos sustanciales?

Nada en especial, máxime que pueda llevar a tener una actitud relajada en la administración del reclamo. No descuidar los plazos, ejercer las defensas teniendo en cuenta la realidad de fondo, considerar que, al igual que el Fisco Nacional, el Provincial también parte del principio de realidad económica, y tener siempre presente que el justiciable tiene derecho al Juez Natural.

Para tener en cuenta, casi todas las administraciones provinciales tienen mayor apertura en cuanto a la posibilidad de pago por reconvencción, lo cual puede evitar la judicialización de causas. También es de cierta relevancia que, aún con el avance tecnológico, en impuestos menores, ejemplo inmobiliarios, por ahí el fisco provincial es descuidado en cuanto a la prescripción de los mismos, por lo tanto debe siempre observarse la posibilidad de esta defensa. Con esto no se aconseja no tributar, sino simplemente, ante los hechos, hacer valer derechos.

### 3.6 ¿Ante un procedimiento del Fisco Provincial, se tienen en cuenta los elementales derechos relacionados a ello?

Tener como guía lo tratado en el indicador 3.3

### 3.7 ¿Ante una intimación del Fisco Municipal, cómo se consideran los aspectos formales?

Se trata de un volumen sumamente reducido de gravámenes objeto de controversias, no obstante, el Fisco Municipal, por la dotación de recursos humanos en relación a acotados presupuestos, suelen cometer mayor cantidad de errores en la emisión de intimaciones, sobre esto hay que estar atentos para la oposición de excepciones.

### 3.8 ¿Ante una intimación del Fisco Municipal, cómo se consideran los aspectos sustanciales?

No escapa a lo abordado en el indicador 3.5.

Jurisprudencia: Se presentan los siguientes:

- a) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL s/ ejecución fiscal: *“La AFIP promovió ejecución fiscal contra Intercorp SRL por \$ 112.046,44, correspondientes a saldos de sus declaraciones juradas del IVA, del impuesto a las Ganancias y de aportes al Sistema Único de Seguridad Social. La repartición señaló que el juicio tramitaría de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 92, 96 y ctes., ley 11683 (to. 1998, con las reformas introducidas por la ley 25239), por lo que informó al magistrado de primera instancia que, según lo establecido en el art. 92, había dispuesto el embargo general de fondos y valores del ejecutado –en cuentas bancarias, cajas de seguridad, títulos y cualquier otro activo financiero– por el monto del capital reclamado, con más el 15% de dicha suma para responder por intereses y costas. A raíz del planteo efectuado por la ejecutada, el titular del Juzgado Federal N° 1 de Salta declaró la inconstitucionalidad del inc. 5 art. 18, ley 25239, en tanto sustituyó el texto del art. 92, ley 11683 y, en consecuencia, decretó la nulidad de todos los actos procesales cumplidos en autos. A su turno, la Cámara Federal de Salta hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el representante del Fisco Nacional, revocó lo resuelto en la instancia anterior y rechazó el planteo de inconstitucionalidad. Contra esa decisión, la parte ejecutada interpuso recurso extraordinario. Aduce que la norma impugnada es inconstitucional en cuanto otorga facultades a funcionarios de la Administración que, de acuerdo con el sistema de división de poderes, corresponden exclusivamente al Poder Judicial, tales como la firma y el libramiento del mandamiento de intimación de pago y, especialmente, la disposición y traba de medidas cautelares. Según el apelante, se trata de un "pseudo apremio administrativo" que viola los derechos de defensa y propiedad, la garantía del juez natural y del debido proceso”*

*Resolución: Declarar procedente el recurso extraordinario, revocar parcialmente la sentencia apelada, con la salvedad que resulta de lo expresado en el considerando 23,*

*y declarar la inconstitucionalidad del inc. 5 art. 18, ley 25239, sustitutivo del art. 92, ley 11683, con los alcances indicados en la presente. Costas por su orden en atención a la complejidad de la cuestión debatida y la forma en que se resuelve.*

b) CNCAFed. Sala II. 17/2/11. Lib. Sent. Reg. N° 17/4 F° 33/36 T° 5. Trib. de origen: Trib. Fisc.de la Nación. “Aresco SA (TF 29750-I) c/ DGI”:

*1-Las notificaciones, como actos procesales de transmisión, atañen al derecho de defensa contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional.*

*2- Según se desprende de su simple lectura, el art. 100 inc. b), ley 11683, dispone, en su caso, la fijación del sobre en la puerta del domicilio del destinatario y no en la puerta de entrada del edificio donde éste se sitúa. En efecto, dicha norma prevé una serie de pasos precisos que deben seguir los empleados de la AFIP a efectos de proceder a la notificación. Así, “en caso de que en la segunda oportunidad de concurrir al lugar no hubiere persona dispuesta a recibir la notificación o si el responsable se negare a firmar, procederán a fijar en la puerta de su domicilio y en sobre cerrado el instrumento...”.*

*3- La expresión “puerta de su domicilio” no puede interpretarse de otro modo que la puerta de la unidad funcional o departamento donde la contribuyente tiene su domicilio fiscal o constituyó el especial, puesto que tal unidad en concreto es el lugar denunciado o elegido para recibir las notificaciones y no la dirección del edificio sin especificación del departamento.*

*4- A su vez, el art. 14, CPCN, prevé que si el notificador no pudiere entregar el instrumento, “lo fijará en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares”, en clara referencia a la enumeración*

*contenida en la primera parte de la norma, "... casa, departamento o oficina". Conforme puede apreciarse, la expresión "puerta de acceso correspondiente" no es tan precisa como "puerta de su domicilio" utilizada por el mentado art. 100, ley 11683.*

*5- Corresponde poner de resalto que "... dejar un sobre cerrado conteniendo copia del acta en la puerta de reja de acceso al edificio no puede ser admitido como acto procesal válido de notificación...". "Ello es así, dado que la simple posibilidad de que cualquier persona ajena, incluso al domicilio de que se trata, pueda retirarla o desecharla, hace perder la posibilidad siquiera de cumplir el efecto de anuncio o publicidad en el lugar requerido por la norma; extremo cuya verificación ésta exige cuando utiliza el término 'fijar en la puerta de su domicilio'".*

*6- Asimismo, esta Sala, en su anterior pronunciamiento y composición sostuvo: 3)...". Lo indicado ut supra, sumado a la naturaleza penal de la sanción aplicada y las graves consecuencias de dar por decaído el derecho de la actora a obtener la revisión jurisdiccional del acto, convencen a este Tribunal de revocar el pronunciamiento en crisis, debiendo destacarse que el carácter fehaciente del acta de notificación labrada en el marco del art. 100, inc b), ley 11683, acredita el hecho de haberse puesto el sobre cerrado con copia de la resolución en la puerta del domicilio, mas no demuestra que el destinatario de la comunicación la haya recibido, y ninguna disposición de la ley autoriza a dar por decaído el derecho de un contribuyente por el transcurso de un plazo del que no ha podido enterarse, por encontrarse en pugna con el derecho de defensa en juicio".*

*7- Las consideraciones precedentemente expuestas permiten afirmar que asiste razón a la parte actora en cuanto a la nulidad de las actas que cuestiona.*

*8- No resulta un obstáculo la ausencia de redargución de falsedad de*

*las actas, puesto que el defecto o vicio del que adolecen las notificaciones ha quedado plasmado en el propio texto de éstas. Consecuentemente, siendo nulas las actas por no ajustarse a lo dispuesto por la normativa aplicable, cabe concluir que aun de considerarse como fecha de notificación del acto determinativo la del diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago indicado por la accionante, el recurso deducido ante Tribunal Fiscal se encuentra presentado dentro el término previsto por el art. 166, ley 11683, con el plazo de gracia acordado por el art. 124, CPCN, supletoriamente aplicable*

Se ha hecho lugar al recurso intentado y revocado la sentencia apelada.

c) CFed. Sala A Cba. 23/5/05. L° 242 F° 130. Trib. de origen: Juz.Fed. Río Cuarto. “Villasuso, María Bernarda (Osepadis SRL) psa. Infracc. Ley N° 24769”

*1– La determinación de oficio prevista en el art. 17, ley 11683, es un procedimiento administrativo que consiste en determinar de oficio la materia imponible o el quebranto impositivo, en su caso, mediante la liquidación del gravamen correspondiente y otorgar asimismo al contribuyente la oportunidad de ejercer su defensa. La defensa se hace efectiva al correrse la vista de ley sobre el procedimiento. Las acciones posibles que puede realizar el contribuyente –ante la vista corrida– son: a) aceptar los cargos formulados, en cuyo caso se efectúa una reducción de la multa (art. 49, ley 11683); b) presentación por escrito del descargo, haciendo efectiva su defensa; y c) silencio administrativo ante la vista corrida.*

*2– En autos, luego de un exhaustivo análisis de las constancias administrativas valoradas, se sostiene que el acto de determinación de deuda ha sido realizado conforme lo establece la ley de rito. En este sentido, el régimen de derecho quiere que toda la actividad del Poder*

*Ejecutivo esté determinada por reglas de derecho, y en materia tributaria este principio, que no es otro que el de juridicidad, adquiere particular gravitación.*

*3– El régimen de derecho exige, además, que el efecto que debe surtir sobre el sujeto también esté determinado jurídicamente para el caso individual por una declaración de autoridad, que revestirá la forma de sentencia o de acto administrativo, según el órgano del que emane. De tal suerte, la recaudación impositiva está precedida de un procedimiento cuyo fin es el de asegurar la aplicación exacta de la regla de imposición al caso individual. Esto implica un trabajo de información. El resultado de este trabajo es la determinación, la comprobación de la deuda del impuesto reconocida. Desde el punto de vista de la ciencia de las finanzas, se considera a la determinación de la obligación fiscal como el término material de las investigaciones y cálculos efectuados por la oficina recaudadora. Jurídicamente, es el acto de autoridad que declara la deuda y que está destinado a ser notificado al deudor.*

*4– La determinación fiscal antes aludida y con los elementos de cargo y descargo con los que contaron los funcionarios de la AFIP-DGI constituyen elementos suficientes que dan razonabilidad a la denuncia efectuada, a la promoción de acción penal y al dictado del auto de procesamiento, ya que en esta etapa procesal se requiere el grado de probabilidad positivo de que la imputada ha cometido el hecho ilícito enrostrado que exige el tipo penal especial en materia tributaria.*

*5– Teniendo en cuenta que el monto de la supuesta evasión detectada es de \$100.553.61, es decir que se habría superado la condición objetiva de punibilidad por \$553,61, y que esos montos dinerarios surgen de una determinación de oficio efectuada por funcionarios de la AFIP, es que, a los fines de un debido resguardo del derecho de defensa en juicio, el inferior deberá ordenar la producción de una pericia contable, a los efectos que hubiere a lugar.*

Si bien no fue admitido el recurso, y por lo tanto confirmada la resolución de procesamiento de la imputada apelante, resulta de interés a los fines de este trabajo la doctrina del caso.

#### **4. Cuarto Reloj: “La balanza se puede desinclinarse, la Pyme y el Derecho del Trabajo”**

Lamentablemente se viene instalando en la cabeza del empleador que su batalla la tiene perdida de antemano, tiene convicción de lo difícil que resulta litigar contra el trabajador. Pero lo que resulta relevante y pertinente para este trabajo es todo lo que en función de ese pensamiento el empresario hace y no hace.

Lejos de negar el impacto práctico y material de los principios que sustentan el derecho del trabajo, incluso, y de no menor importancia, los referidos al derecho adjetivo, a lo que se aspira es a que la balanza no se incline. Todo lo favorable a la parte más débil, el *in dubio pro operario*, etc, tiene como fin ético equilibrar la balanza de la justicia, no el de invertir la debilidad. Equilibrar la balanza por la realidad de que el empleador está en mejor posición que el empleado, pero en Argentina y con las Pymes esto es de altísima sensibilidad, o sea que inmediatamente la balanza de la justicia se inclina, favoreciendo (y aquí hay que hablar de exceso, que es lo que hace que no sea justo, lo justo es justo, es corregir las diferencias para equilibrar los repartos) a uno y por lo tanto perjudicando a otro. Sobran bastamente ejemplos de Pymes en que los empleados ganan más que su empleador.

En realidad este tema merecería un trabajo de estudio separado, la profundidad del análisis social, ético y económico para llevarlo luego al jurídico, escapa a lo que se pretende con esta propuesta. No obstante no se debe perder lo básico, la justicia es para las dos partes, si una ha perjudicado a la otra, se reestablecerá a la situación anterior al perjuicio. También podemos hablar de prelación en términos de los principios del derecho, el principio de enriquecimiento sin causa contiene al *in dubio pro operario*, no al revés, lo mismo se puede decir de la base sólida ofrecida por la “*Fórmula Trina de Ulpiano: 1. Dar a cada uno lo suyo; 2. Vivir Honestamente; 3. No dañar a otros*”, ¿podría cualquier principio de derecho especial, como puede ser el del trabajo, en una suerte de reglamentación de principios, ir en contra del espíritu de aquel?, en este instante la PYME hace una aparición en su máximo esplendor, debiendo ser diferenciada de las grandes empresas.

Ahora bien, lo que corresponde es que para desinclinarse la balanza a partir de como están dadas las cosas, de doctrina y jurisprudencia, primero es revisar los indicadores de

funcionamiento de la Pyme en lo concerniente a esta especialidad del derecho, todo lo que nos lleva a los siguientes disparadores:

- 4.1 ¿Cuál es la situación actual contractual de cada empleado?
- 4.2 ¿Cómo está conformado su legajo actual?
- 4.3 ¿Qué informes médicos se tienen de cada empleado?
- 4.4 ¿Existe un Estatuto de Funcionamiento Interno?
- 4.5 ¿Cómo es el flujo de comunicación interna en relación a la organización?
- 4.6 ¿Cómo está documentado el recorrido de cada empleado en relación al desplazamiento desde su domicilio al lugar de trabajo y viceversa?
- 4.7 ¿Cómo está formalizado el cumplimiento de las exigencias de la ART?
- 4.8 ¿Cómo se procede ante conductas indebidas por parte del empleado?
- 4.9 ¿Cómo se procede ante conductas omisivas del tipo ausencia sin aviso, abandono u otras por parte del empleado?
- 4.10 ¿Cómo se tratan los conflictos entre empleados de igual o distintas jerarquías?

Con el abordaje de las posibles respuestas a estos interrogantes que conforman los indicadores del Derecho del Trabajo visto desde el Derecho Empresario Pyme a través de este Tablero de Comando Jurídico para Pymes, se pretende facilitarle al empresario un desempeño preventivo en la materia. Las propuestas son las siguientes:

#### 4.1 ¿Cuál es la situación actual contractual de cada empleado?

Es común encontrar que el famoso período de prueba, o sea los primeros tres meses de la relación laboral, el trabajador se encuentre en situación irregular, o se no inscripto. Aquí debe tener conocimiento el empleador que el artículo 92 bis de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, no solamente se refiere a que no debe abusarse en la utilización de esta ventaja, la cual se concreta en que, producida la disolución del contrato dentro de los 90 días, el empleador no debe abonar indemnización alguna, aunque si debe preavisar, sino que también hace mención expresa de que “el empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba” (Mirolo, 2003).

Por otra parte, en este indicador, se quiere destacar la importancia de celebrar un contrato mediante instrumento privado escrito, tema que será abordado particularmente en el Sexto Reloj.

Un contrato escrito hace que el trabajador materialice también a partir de la formalidad la importancia de su relación con la empresa y el sentido del Capítulo VII de la Ley 20.744, el cual se refiere a los Derechos y Deberes de las partes. Respetando los lineamientos de esta Ley y los Principios Generales del Derecho del Trabajo queda mucho por acordar por escrito, como buena antesala del Estatuto de Funcionamiento Interno. Como así también evita las presunciones que dicha ley establece siempre en perjuicio del empleador. Además nada impide que dichos contratos sean homologados por la agrupación gremial y la secretaría de trabajo.

#### 4.2 ¿Cómo está conformado su legajo actual?

Se le recuerda al empresario Pyme que debe tomarse un tiempo para revisar la conformación del legajo de cada trabajador. Como pautas a tener en cuenta se le recomienda, tomando como fuente la cátedra de “Derecho del Trabajo y Seguridad Social” de la carrera de Abogacía de la Universidad Empresarial Siglo XXI :

##### A) Antes de Ingresar al empleo:

- a. Formulario de solicitud de ingreso donde conste la fecha y la firma del empleado
- b. Fotocopia de antecedentes, curriculum, títulos, etc.
- c. Informe médico preocupacional
- d. Constancia del número de C.U.I.L. extendido por la ANSES
- e. Tramitación de la Clave de Alta Temprana, “C.A.T.” y Constancia de Aceptación (RG-AFIP N° 899)
- f. Declaración de alta a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (Res. SRT 320/99, suspendida por Res. SRT 489/99 y prorrogada la suspensión por 45 días desde el 15/05/00 por Res. SRT 410/00).

B) Al momento de Ingresar al empleo:

- a. Copia del contrato de trabajo o acuerdo individual celebrado
- b. Declaración de opción del régimen jubilatorio elegido: Estatal o AFJP (Ley 24241 Arts. 30 y 43 y complem)
- c. Fotocopia del DNI (1ª y 2ª hojas) y declaración de domicilio actualizado
- d. Formulario de AFIP N° 572 -impuesto a las ganancias- (Art. N° 14 RG-DGI 4139 y modificatorias)
- e. Declaración de ingresos de otros empleadores o declaración de no tener pluriempleo (Art. N° 14 RG-DGI 4139 y modificatorias)
- f. Personal en situación de pluriempleo: notificación de la opción de concentración de aportes y contribuciones (Dto. 292/95 Art. 9° y Dto. 492/95 Art. 9°)
- g. Trabajadores a tiempo parcial que perciben remuneración inferior a 3 MOPRES: notificación en caso de ejercer la opción por los beneficios de la obra social (Dto. 492/95 Art. 8°)
- h. Declaración jurada de “No percepción de beneficios jubilatorios” (Art. N° 12 Inc. h) Ley N° 24241) o
- i. Copia de comunicación a la ANSES, de corresponder, del reingreso de beneficiarios del régimen previsional público (Ley N° 24241, Art. 34, P.6)
- j. Declaración jurada de “No percepción del subsidio por desempleo” (Ley N° 24013 Tít IV, Dto N° 739 y Res. N° 223 MTySS)
- k. Declaración de beneficiarios para los seguros de vida obligatorio (Dto. N° 1567/74) y convencionales (CCT)
- l. Copia de la declaración jurada del trabajador y su grupo familiar adheridos al sistema nacional del seguro de salud (CODEM Form. de ANSES N° PS.5.3)
- m. Constancia fehaciente de notificación al trabajador de las normas que rigen el régimen de asignaciones familiares (Res. SSS 112/96 – Anexo – Ap. A) Punto 6)
- n. Formulario de declaración jurada de ANSES del grupo familiar para el cobro de asignaciones familiares o de su inexistencia (Form. de ANSES PS.2.4)
- o. Solicitud de cobro de asignaciones familiares (cuando ambos cónyuges trabajen, sean beneficiarios de jubilación o pensión o del seguro por desempleo), por aquel a quien, en función de su monto, su percepción le resulte más beneficiosa. La opción puede ejercerse 2 veces por año (Res. SSS 112/96 – Anexo – Ap. A) Punto 7)
- p. Documentación del grupo familiar: acompañar, de corresponder, fotocopias de:
  - Certificado de matrimonio y DNI del cónyuge
  - Certificado de nacimiento y DNI de cada hijo menor de 18 años

- Hijos discapacitados (sin límite de edad): además, certificado de discapacidad
  - Sólo en caso de percibir asignaciones familiares: certificados de escolaridad al inicio y finalización de cada curso escolar.
- q. De corresponder, copia de los siguientes Forms. de ANSES:
- PS.2.3: Solicitud de pago de asignaciones familiares por Discapacidad
  - PS.2.5 A: Solicitud para la percepción de asignaciones familiares cuando no las percibe el cónyuge o concubino
  - PS.2.2 A: Solicitud de pago de asignación familiar por Matrimonio
  - PS.2.6 A: Solicitud de pago de asignación familiar por Nacimiento/Adopción
- r. Constancia de notificación de apertura de cuenta bancaria personal para el pago de haberes, empresas con más de 25 trabajadores y empresas que hayan optado por adherirse a este sistema de pago (Res. MTySS 644/97 y 790/99).

C) Durante la relación laboral:

- a. Toda documentación que avale los cambios respecto al inicio
- b. Constancias de entrega de ropa de trabajo (CCT)
- c. Comunicación de licencias (vacaciones anuales, sin goce de haberes, otras) (LCT)
- d. Solicitudes de excedencias
- e. Copia de la solicitud de “Libre Elección de Obra Social”, de los trabajadores que hubieran hecho uso de la opción (Dto. 1560/96 y modif., Res. SSSal 37/98) y, a partir del 01/01/2001, Dto. 446/00
- f. Comunicaciones de inasistencias, justificadas o no
- g. Sanciones disciplinarias
- h. Libretas de trabajo o sanitarias, en caso de corresponder
- i. Registros de accidentes y denuncias efectuadas a la ART; a la Subsecretaría de Trabajo; indemnizaciones abonadas
- j. Todo intercambio telegráfico cursado con el empleado, cualquiera sea el motivo
- k. Copia del Form. de DDJJ 649 -informes y / o retenciones impuesto a las ganancias, de corresponder- (Art. 20 RG-DGI 4139 y modificatorias).

D) Al cese de la relación laboral:

- a. Documento que acredite el cese (telegrama de despido, de renuncia, otros...)
- b. Copia firmada de la recepción de la “Certificación de Servicios y Remuneraciones” (Form. de ANSES PS.6.2)
- c. Copia del Form. de DD JJ 649 -informes y/o retenciones impuesto a las ganancias, por la liquidación final, de corresponder- (Art. 20 RG-DGI 4139 y modificatorias).

#### 4.3 ¿Qué informes médicos se tienen de cada empleado?

A tan rico detalle suministrado por la mencionada cátedra y expuesto en el indicador 4.2, se propone que durante la relación laboral se agreguen los exámenes ocupacionales periódicos, así como al cese de la relación laboral también forme parte del legajo un examen post ocupacional. De esta manera se cuenta con elementos ante cualquier reclamo como secuelas de la relación laboral.

Sobre el tipo de evaluación médica, se han encontrado en el trabajo de campo realizado, muy interesantes y completos informes, a partir de una sugerencia que se experimentó dentro del marco de esta propuesta, de médicos legistas y médicos que conforman juntas médicas para las discapacidades, tienen una visión sumamente integral y directamente relacionada a la vida del trabajador en la empresa y a partir de ella.

#### 4.4 ¿Existe un Estatuto de Funcionamiento Interno?

En general las Pymes no cuentan con este elemento, el Estatuto de Funcionamiento Interno (EFI). Este, puede convertirse en la ley interna más importante para todos, incluso incorporar un título dedicado a la Mediación Laboral, como procedimiento para la resolución de conflictos (tema sobre el que se volverá en el Quinto Reloj).

Al igual que lo expresado sobre la contratación, pero de una manera operativa general, se establecen derechos y deberes de los trabajadores. La reglamentación del EFI podría

realizarse con un funcionograma, el cual debe responder a los lineamientos de aquel, que ha sido suscripto por los trabajadores.

El EFI tiene una directa relación, según ya se ha establecido allí, con el Primer Reloj referido a la Responsabilidad Civil, porque brinda cristalinidad funcional, lo que implica a los emergentes de responsabilidad. Si bien ya se abordó que es un eximente de la responsabilidad del primer párrafo del artículo 1113 de Código Civil, el incumplimiento del EFI se relaciona directamente con los artículos 84 a 88 de la Ley 20.744. Con esto tenemos que el trabajador sí será responsable ante el empleador por su incumplimiento. El EFI debe contener un régimen sancionatorio laboral, el cual, en principio debe impactar al estilo de las faltas contravencionales, o sea incumplimiento, dejar de hacer aquello que se establece que debe hacerse (Mirolo, 2003). Obvio que faltas mayores a estas, inmediatamente, como un rayo de luz, salen de la esfera de esta justicia interna laboral, extrapolándose directamente a la justicia ordinaria.

El EFI también establecerá los mecanismos de promoción y desarrollo profesional del trabajador, o sea será operativo respecto del Capítulo VII de la Ley 20.744 y, en la medida de una cuidadosa redacción, con el asesoramiento de un abogado, operativizar gran parte de la redacción programática de la mencionada Ley, esto, no es poca cosa si se piensa en el desinclinarse de la balanza. No obstante la debida contemplación de la Convención Colectiva pertinente.

El artículo 68 de la Ley 20.744 hace expresa mención a los reglamentos internos. Al igual que lo que se comentó sobre los contratos, el EFI puede ser homologado por el sindicato y la secretaría de trabajo.

#### 4.5 ¿Cómo es el flujo de comunicación interna en relación a la organización?

La comunicación es como la sangre en el cuerpo desde el punto de vista del funcionamiento de la organización, si se piensa en la ley interna más importante, el EFI, que como se dijo contiene un régimen sancionatorio, el flujo de comunicación debe tener soportes adecuados a los fines probatorios. Es común en las Pymes encontrarse con conflictos internos de acusaciones multilaterales.

Debe pensarse en la utilización de partes, informes, actas y todo aquellos medios escritos que, sin quitar dinámica y agilidad al funcionamiento de la organización, dejen claramente instalado en la mente del trabajador que lo del EFI va en serio.

#### 4.6 ¿Cómo está documentado el recorrido de cada empleado en relación al desplazamiento desde su domicilio al lugar de trabajo y viceversa?

Este indicador tiene estrecha relación con el 4.2, pero siguiendo el estilo de este trabajo, se prefiere apartar determinados indicadores con el fin de concretar su relevancia en la consideración del empresario Pyme. El inciso 1° del artículo 6° de la Ley 24.557 de Riesgo del Trabajo, hace expresa mención sobre este punto, y curiosamente en las Pymes no se lo tiene en cuenta, hasta se han presentado situaciones problemáticas por accidentes producidos in itinere cuando el empleado había cambiado el recorrido. Hay que tener muy presente que si la Aseguradora no brinda cobertura, el reclamo que instalará el abogado del trabajador, será en la cabeza del empresario Pyme.

Para tranquilidad de esto, con una periodicidad, en la declaración jurada de recorrido que debe incorporarse en el legajo de trabajo al iniciarse la relación laboral, debe incluirse el compromiso por parte del trabajador de comunicar los cambios. No obstante, ante un siniestro sin cobertura y con demanda al empleador, se debilitaría esta prueba documental por el cruce de la ligereza e inexperiencia del artículo 954 del Código Civil, por lo tanto se debe instalar una periodicidad de declaraciones juradas, por ejemplo por trimestre, con la misma expresión del compromiso de comunicar, cosa que la reiteración, puede lograr un traslado a favor del empleador, desde la teoría de la lesión subjetiva que le jugaba en contra a la de nadie puede alegar su propia torpeza (2° párrafo del artículo 1047 del Código Civil) que le jugaría a favor.

#### 4.7 ¿Cómo está formalizado el cumplimiento de las exigencias de la ART?

Misma aclaración que la del inicio del indicador 4.6. El 3° párrafo del artículo 4° de la Ley 24.557 establece la posibilidad de que los compromisos relacionados a las medidas de prevención que deben adoptarse se lo pueda hacer en forma unilateral, formar parte de una negociación colectiva o incluirse dentro del contrato entre la Aseguradora y el empleador. Al respecto se sugiere, esto último, o sea incluirse en el contrato, además, incluirlo en el EFI y corroborarlo en actas de inspección de la Aseguradora.

La Pyme no debe tener una actitud pasiva respecto de la Aseguradora, debe solicitarle capacitación, auditorías y demás relaciones que favorezcan la prevención de accidentes y/o prevención o atenuación del daño ante un eventual accidente. Todo esto debe quedar documentado en acta que firman, aseguradora, empleador y delegado gremial.

#### 4.8 ¿Cómo se procede ante conductas indebidas por parte del empleado?

Debe respetarse y aplicarse el régimen sancionatorio incluido en el EFI, el cual, como ya se aclaró, debe ser reglamentario de la Ley 20.744. Toda la relación con el trabajador emergente de este tipo de situaciones debe volcarse en un expediente interno laboral, que formará parte de su legajo, se le correrá vista al trabajador y, en su caso, al delegado gremial. El llevarlo a la manera de expediente favorece la consideración y explicitación de los hechos y derechos involucrados.

#### 4.9 ¿Cómo se procede ante conductas omisivas del tipo ausencia sin aviso, abandono u otras por parte del empleado?

Se ha detectado cierta frecuencia de ocurrencia de trabajadores que se ausentan sin aviso, como ausencia en sí, y como abandono del trabajo. El artículo 244 de la Ley 20.744 exige la intimación en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo para la constitución en mora. Debe tener cuidado el empresario con este punto, no hay presunción de que el abandono sea renuncia, por lo que es indispensable la constitución en mora para que, cumplido el plazo de la intimación, se configure incumplimiento contractual por parte del trabajador, recién entonces, podrá el empleador dar por resuelto el contrato de trabajo (Mirolo, 2003). El mencionado artículo 244 establece una conexión entre un derecho especial como es del contrato de trabajo con la teoría general del contrato, ejemplo art.1204 del Código Civil (Borda, 2004). Si bien el empleador no exigirá al trabajador indemnización por daños y perjuicios (aquí prevalece la especialidad del contrato de trabajo), tampoco tendrá derecho a indemnización el trabajador.

En caso de simples ausencias sin aviso, el empleador también debe intimar bajo apercibimiento de sanción, a que el trabajador avise su ausencia y la causa de la misma. Es muy importante dejar configurada la ausencia o bien el incumplimiento de ello, jugará a favor

del empleador respecto del tema de la ART. Las cuestiones de hechos, lugares y tiempos, deben ser inmutables en derecho, y en especial para en el derecho aplicado a las compañías de seguros.

#### 4.10 ¿Cómo se tratan los conflictos entre empleados de igual o distintas jerarquías?

Lo común, de acuerdo al relevamiento realizado, es que no se consideren a los conflictos como tales, o sea no se tienen en cuenta, y menos aún su naturaleza, por lo que el tratamiento no existe. Esto tiene como consecuencia un permanente derrame de química negativa que poco a poco va carcomiendo los circuitos esenciales para el buen funcionamiento de la organización. Para atacar esta cuestión, el abogado de la Pyme puede implementar la Mediación Laboral, la cual se organiza de la siguiente manera (Highton y Álvarez, 1995):

- a) Sesiones Privadas: el abogado mediador se reunirá en forma privada con cada uno de los sujetos que formarán parte de esta instancia de Mediación Laboral (a los cuales se les invitó previamente a participar), por lo tanto seleccionados a partir de la detección de los conflictos. En estas sesiones se determinan, a través de una entrevista abierta y en profundidad, las dificultades de todo tipo que gravitan en la vida laboral del sujeto, sus buenas y malas relaciones y todo aquello que ha perdido objetividad para encarnarse en cada uno de los personajes
- b) Objetivización: el abogado mediador, luego de finalizadas las sesiones privadas, redactará preguntas que todos puedan responder. Por medio de esta técnica, se lleva a un plano objetivo lo que está enraizado en lo subjetivo de cada participante.
- c) Sesiones Conjuntas: el abogado mediador, convocará a estas sesiones en las que todos los participantes colaborarán con las respuestas, que son necesarias para todas porque atienden preguntas que surgieron de cada una de las problemáticas individuales.
- d) Acta Acuerdo: contestadas todas las preguntas, el abogado mediador redactará un acta que tendrá un articulado en el cual se contemplarán

todas las respuestas y que todos firmarán. Este articulado tendrá una redacción sencilla para que todos la interpreten, pero al mismo tiempo de cierta rigurosidad técnica ya que este acta comienza a ser ley entre partes.

Cada vez que el mismo grupo participe de nuevas mediaciones, las nuevas actas, en los casos que corresponda, con su articulado podrá esta derogando, en forma parcial o total a los de actas anteriores. Para la resolución de nuevos conflictos, lo que debe hacerse primero es recurrir a esta ley interna entre partes, o sea las actas, que seguramente tendrán la pauta para su solución pacífica. Además a estas actas podrán adherir con sus firmas quienes no hayan participado pero estén de acuerdo con ella (Highton y Álvarez, 1995).

Es muy recomendable trabajar esta técnica en la relación Empleador Empleados. Es más, para las empresas que no tienen aún redactado su EFI, gran parte de él, o lo esencial, podría surgir de esta aplicación.

Jurisprudencia: Se presentan los siguientes casos:

a) Cámara del Trabajo - Sala VII, Córdoba. Hemmerling Alejandro Gabriel c/ Nai International II Inc. Argentina y Otro –Ordinario – Despido

*1– Para ser típico, el abandono de trabajo (art. 244, LCT) requiere una conducta omisiva dolosa, entendido esto último como la decisión del trabajador de sustraerse a su débito, esto es, dejar de trabajar sin causal ni justificación objetiva alguna. Y si, como en autos, se ha acreditado que el trabajador había avisado y requerido colaboración – al menos de sus pares– para cubrir su ausencia –viaje al exterior–, está lejos de su decisión provocar el “incumplimiento” que requiere la norma para calificar como abandono.*

*2– A lo anterior hay que sumar la circunstancia –meramente formal, pero con trascendencia jurídica– de que, intimado el trabajador por la*

*empresa (para retomar las tareas), fue su cónyuge quien respondió documentando las circunstancias del caso, por lo que la situación de morosidad en el débito no estaba presente pues se habían dado las explicaciones pertinentes. Ello, en el peor de los casos, habría justificado una sanción por incumplir, pero no habilitaba la declaración de abandono que se practicó.*

*3– Hay que sumar que fue el propio trabajador quien intimó a aclarar su situación laboral el mismo día en que fue despedido, lo que revela, necesariamente, voluntad de prestar el débito, esto es, de no abandonar el trabajo. Las partes se practicaron mutuos reconocimientos –fictos o expresos– sobre las piezas postales, por lo que las fechas de los matasellos de recepción –o de expedición en su ausencia– deben ser tenidas como auténticas. La conducta disolvente llevada adelante por la demandada debe ser considerada ilegítima.*

*4– La carga de la prueba de los eventos que motivan la denuncia está en cabeza de quien rompe el contrato, en el caso, el empleador.*

*5– La denominación de las distintas categorías del personal está dentro de la más absoluta libertad de la empresa; da lo mismo si los cataloga de obreros, empleados, jefes o gerentes, salvo –claro está– que con tal denominación se altere el orden público laboral, que es lo que aparece ocurriendo en autos. En autos, las tareas se corresponden, indudablemente, con las de un jefe de sección, de división, o a lo más con un jefe de turno, fieles ejecutores de instrucciones y procedimientos absolutamente reglados y en cuya formulación en modo alguno han intervenido. En esa capacidad –o su ausencia– para tomar decisiones, radica la diferencia entre un subordinado y un representante del empleador.*

*6– El concepto de gerente no pertenece al Derecho del Trabajo sino al Derecho Comercial. Los arts. 132 y ss. (en especial 146 y ss.), CCom., lo definen como la persona del comerciante en otra sede, aquel que lo*

*suplanta, originariamente llamado factor de comercio, su verdadero representante. Y aun cuando es cierto que el concepto ha ido haciéndose más laxo con la extensión de la vida empresarial, no puede elongarse –sin abrogar el principio protectorio– hasta tal punto como para penetrar categorías laborales, o tareas profesionales, claramente reservadas al personal dependiente, con ciertas responsabilidades mayores de control o de gestión, pero nada más. Así las cosas, debe declararse que el actor de estos autos no puede ser considerado personal jerárquico no sujeto a convenciones colectivas de trabajo (decretos 1273/02 y ss., modificatorios y complementarios) ni excluido por el art. 1, ley 11544.*

*7– Con respecto al argumento defensivo esgrimido por la demandada en relación con los actos propios, debe decirse que en el Derecho del Trabajo la teoría civil atrapada por el brocárdico “Venire contra factum proprium non valet” es de escasa recepción, pues sólo está reservada para el segmento superior a los mínimos inderogables y por la histórica hiposuficiencia del trabajador, que las ya citadas normas contenidas en los arts. 12, 13, 14, cc. y correlativos, LCT, contienen.*

*8– En cuanto a la duplicación establecida en el art. 16, ley 25561, es criterio de la Sala que cuando media un despido con una causa, y tal situación se prueba en juicio, la duplicación no procede, pues aun cuando la medida no supere el test del art. 242, LCT, tampoco configura la situación de despido sin causa que la norma en examen reprime, por lo que el rubro debe rechazarse.*

En su resolución, se hizo lugar a la demanda interpuesta por Hemmerling en cuanto al pago de las indemnizaciones de los decretos 1273/02, 2641/02, 905/03 y 1347/03, horas suplementarias, e indemnizaciones emergentes del despido, y rechazarla en cuanto pretendía el pago de diferencias de haberes e indemnización del art. 16, ley 25561.

e) Cámara del Trabajo - Sala VII, Córdoba. Garay Marcelo Eugenio c/  
Ramos Pablo Fernando – Ordinario – Despido

*En autos, el actor promueve formal demanda laboral en contra del titular de la panadería “Santa María”. Manifiesta que ingresó a trabajar bajo relación de dependencia laboral, económica y jurídica de la sucesión del padre del ahora demandado (entonces uno de los herederos del causante) desde el 2/5/90 hasta el 31/5/94, fecha ésta en la que renunció, cumpliendo funciones encuadradas en la categoría “maestro pastelero” del CCT. Alega que el 1/4/96 se reintegró a su trabajo, siendo la explotación del negocio en ese momento exclusiva del demandado y que cuando retomó sus labores éstas eran las mismas que realizaba en la primera etapa, con las mismas máquinas, en el mismo domicilio y con el mismo horario. Expresa que el 18/5/04 mediante una notificación efectuada a través de una escritura pública, el demandado lo despide invocando causales inexistentes, carentes de todo sustento y tendientes a eludir el pago de las indemnizaciones laborales. Señala que el 24/5/04 rechazó el despido invocado y su fundamentación, y al mantenerse el accionado en su postura, se vio compelido a iniciar la presente acción. Concedida la palabra al demandado, solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes y opone excepción de pago. Después de una negativa genérica de todos los extremos invocados por el actor, enfatiza que la relación laboral se desarrolló en los términos de su registración y hasta la fecha del distracto que fuera comunicado por medio de la EP N° 42 y en la que se hace expresa mención de los motivos del despido, el que se produce al insultar y agredir a sus compañeros de trabajo, propinar insultos al señor Pablo Fernando Ramos, alterando el orden del lugar en donde se encuentra el fondo de comercio para el que trabajaba, para luego retirarse intempestivamente y sin autorización para hacerlo, por lo que, entendiendo que tales hechos configuran una injuria laboral grave, se procedió a su despido.*

En su resolución, se condena al Señor Ramos a pagar la indemnización por antigüedad, falta de preaviso e integración del mes de despido. Se rechaza la demanda entablada por el actor Garay en contra del señor Pablo Fernando Ramos, en cuanto persigue el pago de 18 días de haberes del mes de mayo de 2004, vacaciones proporcionales 2004, aguinaldo proporcional 2004, y sanción art. 45, ley 25345, con costas al actor (art. 28, LPT). Se rechaza la demanda planteada por el actor en contra del señor Pablo Fernando Ramos en cuanto persigue el pago de las sanciones previstas por los arts. 16, ley 25561 y 2, ley 25323, con costas por el orden causado (art. 28, LPT).

Como se puede observar, se relaciona directamente con lo planteado en este Reloj en cuanto a la conformación del plexo probatorio, las injurias en el ámbito laboral (y en el civil común también) no son fácilmente instalables en la defensa para configurar despido con justa causa.

## **5. Quinto Reloj: “Un océano de extrajudicialidad, aptitud y actitud negociadora de la Pyme”**

La expectativa de logro en este punto es que el empresario Pyme así como su gerenciador se aparten del total amateurismo en lo que a negociación se refiere. La cultura del choque es abatida por la de ceder todo y viceversa dependiendo de los tamaños de los oponentes, esto es lo que se pretende erradicar. La Pyme no tiene nada que perder y todo por ganar si comienza a implementar un estilo de no confrontación por la confrontación misma.

El principal enemigo que se tiene a la hora de instar por un modelo de negociación es el apremio, la alta presión y las consecuentes influencias en la persona del empresario Pyme como sufrimiento, ansiedad, angustia, inseguridad, todo lo que lo transforma en un enemigo a punto de intentar ganar o perder. Todos los días comienzan y finalizan sus actividades dentro de estos parámetros, o casi dentro de este paradigma. Por ello se habla no solamente del aspecto técnico que genera la aptitud, sino de la predisposición y valoración que generen la actitud.

En el relevamiento realizado se han detectado con cierta fuerza los mencionados factores negativos para con la negociación, es evidente la influencia causal de la falta de capacitación, pero no menos medular resulta la propia naturaleza de la Pyme, por lo general tienen estructuras en las que está la cabeza seguida de las extremidades, casi no existen los mandos medios, por lo tanto no hay ejercicio interno de negociación, no hay reguladores de temperatura interna. Esto hace que un dueño de empresa, ante una situación adversa, pueda reaccionar de manera muy contraria a lo aconsejado para con su propio empleado porque considera que le está afectando en su dinero con su accionar equivocado, esto alimenta un estilo negociador que lo traslada a toda otra situación negociadora. El mando medio puede ser un profesional que sepa regular y mediar para con estas relaciones, bueno, pero es sabido que la Pyme puede no tener consideración hacia esto alegando su falta de presupuesto, además, en su imaginario de la relación costo beneficio, el empresario Pyme, ve muy lejano a los resultados favorables.

En base a lo que se ha podido analizar de acuerdo a las entrevistas realizadas en las empresas mencionadas en páginas 13 y 14, así como a las observaciones, lo cual se ha

expresado en el párrafo anterior, y considerando a los diversos focos de conflictos en la vida de la Pyme que podría llevarla a tribunales, justifica sobremanera la implementación de este reloj, el cual se nutre de los siguientes disparadores:

5.1 ¿Cómo se negocia entre socios?

5.2 ¿Cómo se negocia con los empleados?

5.3 ¿De qué manera se llevan adelante las relaciones con Proveedores?

5.4 ¿Cómo se gestiona la cobranza de cuentas corrientes?

La negociación sigue siendo una disciplina joven en nuestro país, los autores más reconocidos en el mundo como, entre otros, William Ury, Roger Fisher y Bruce Patton trabajan en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Esto constituye un buen indicador de la importancia que tiene que el desarrollo y crecimiento de la negociación aplicada a la empresa, como a tantos otros ámbitos, se viabilice desde la profesión de abogado. Haciéndose eco de esa realidad, la mediación, que ya tiene su predicamento desde la abogacía, haya crecido en el seno de esta última de la mano de destacadas figuras del derecho como la actual ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) Elena I. Highton, y Gladis S. Álvarez. Por qué lo del eco de esta realidad, porque la distancia entre la mediación y la negociación es sumamente estrecha, un buen mediador ayuda a las partes a negociar, por lo tanto debe ser antes un buen negociador.

Las propuestas para los indicadores son las siguientes:

5.1 ¿Cómo se negocia entre socios?

Aún en las Pymes Sociedades Anónimas, prevalece la empresa de familia, es muy frecuente en la región analizada que, según surge de las localizaciones de las empresas de las páginas 13 y 14, está conformada por las localidades Santafecinas de Armstrong, Cañada de Gómez, El Trébol, Las Parejas, Las Rosas y de Córdoba Villa María, y cuya base de análisis han sido las empresas y su desempeño, con el involucramiento de los actores (dueños, socios, empleados, proveedores, fisco, bancos, mutuales, competidores) que hacen a las emergentes jurídicas objeto de este trabajo. Por lo tanto, primero que las formalidades de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, por ejemplo en cuanto al deber de información del presidente del directorio que actúa como gerente, el ejercicio habitual es no cumplir con esto. En este tipo de

sociedades, normalmente uno de los familiares está en la administración y gerenciamiento general del negocio, otro está en producción y otro en ventas. Esto es caldo de cultivo para los conflictos, sobre todo en contra del administrador gerente. Si esto no se lo trabaja con un abogado mediador, puede terminar en división contenciosa, de lo contrario, aún llegando a la división, pero de una manera armoniosa y sin herir la imagen de la empresa (Muguillo, 2009). Debe asistirse a los socios para que aprendan a negociar entre ellos, ayudarles a mirar el problema más que mirarse entre ellos. Esto requiere enseñarles a definir correctamente el problema, para esto puede ser de utilidad lo desarrollado en el indicador 4.10.

Debe trabajarse con un concepto amplio de lo que es el conflicto, muchas veces no se manifiesta abiertamente, es asintomático, entonces el ojo del profesional abogado mediador será el que facilitará la detección de los focos ocultos y comenzar a actuar al respecto.

Un aspecto que no puede faltar en el trabajo de mediación-negociación que lleve adelante el abogado mediador en la Pyme, es poner siempre sobre la mesa las cuestiones vinculadas a las responsabilidades de los socios, directamente relacionadas al tipo de sociedad que se trate, ya sean de hecho o de derecho, regular o irregular. Precisamente sobre esta base debe apoyar el inicio de su actuación el facilitador de la negociación. No se trata de comenzar con la técnica del miedo, se trata de no perder de vista lo esencial que se encuentra detrás de los intereses de cada parte negociadora y que muchas veces no lo ven, se detecta fácilmente el interés explícito o directo, sus dividendos, remuneraciones, crecimiento personal, pero no se aprecia lo que se puede perder ante la respuesta que implica la responsabilidad, de aquí la importancia del desempeño del profesional del derecho.

## 5.2 ¿Cómo se negocia con los empleados?

En la introducción de este reloj se expone acerca de las negativas consecuencias que arroja la falta de control de temperatura interna en las organizaciones cuando merodean permanentemente los conflictos o sus focos. En la relación con los empleados el empresario Pyme se maneja sin criterio alguno, lo que trae inconvenientes que, hasta han llegado a presentarse demandas por discriminación en el trato, acoso y similares, lo cual no es poco sabiendo la inclinación de la justicia laboral hacia la parte más débil. Si bien esto ya se ha tratado en este trabajo, aquí se agrega que no debe favorecerse el contexto de desventaja en el

cual se apoya la defensa del trabajador. O sea, si además de una situación de despido controvertida, se suma la de mal trato en las relaciones, poco se puede esperar en materia de resultados positivos para el Pyme en la resolución del caso.

Se producen muchas situaciones de choque, los conflictos no se resuelven, por lo tanto se abastecen de suficiente combustible para próximos choques, todo lo cual va conformando heridas que permanecen abiertas y concluyen con rupturas contenciosas. Si se aborda la problemática desde la óptica de la Mediación, la intervención de un abogado mediador podría eliminar la gran distancia existente por la propia naturaleza de la contratación, uno es dueño el otro es empleado. El mediador facilitaría la concentración en los problemas, en el estudio de la naturaleza de los mismos y la elaboración conjunta de las soluciones, utilizando criterios objetivos y desarrollando opciones creativas a los fines de tener siempre buenas alternativas valoradas por las partes. Cuando las partes cuentan con alternativas, normalmente suavizan su método negociador, abandonando el de choque o competencia por el de cooperación (Ury, 2006).

### 5.3 ¿De qué manera se llevan adelante las relaciones con Proveedores?

La posición de la Pyme por lo general es desventajosa con respecto a sus proveedores, esto logra que en la cabeza del empresario Pyme no se registre idea de negociación alguna para revertirla. Obviamente, y en honor a todo este trabajo, eso es un error, las técnicas de negociación y mediación desarrolladas en este caso a partir de la cátedra “Mediación , Negociación y Arbitraje” de la carrera de Abogacía de la Universidad Empresarial Siglo 21 de Córdoba, brindan la posibilidad de equilibrar posiciones. Un cliente Pyme racional e inteligente comienza a ser visto de otra manera por parte del Proveedor dominante. Un actuar inteligente es la consecuencia de un pensamiento estratégico, y la Negociación como disciplina lleva implícito modelos estratégicos.

En este punto el abogado mediador (en el sentido de facilitador de la negociación, aunque el lector pueda pensar en que sería mejor abogado negociador, se deja liberada esta elección) tendrá que lograr que su cliente Pyme pueda obtener ventajas de sus Proveedores. La metodología que se seguirá al respecto se apoya en los siguientes puntos:

- A) Análisis de las características de cada Proveedor;
- B) Fijación de los puntos en conflicto con cada Proveedor;
- C) Obtención de información para respaldar la negociación;
- D) Elaboración de parámetros y demás elementos que conformen el criterio objetivo a utilizarse en la negociación. Especial importancia en este punto todo aquello que tenga apoyo directo en las leyes;
- E) Organizar la mesa de negociación;
- F) Utilizar escritos para todo aquello que no pueda realizarse personalmente;
- G) Redactar los acuerdos que se logren.

En la mesa de negociación debe ayudarse a que el empresario Pyme no baje la guardia desde un comienzo, sino todo lo contrario, tratar que el que desactive sus defensas sea el Proveedor, y mantener al primero en una posición fuerte, aún teniendo en cuenta que el modelo de negociación sea el de la cooperación o asociación. Cuando una parte es notoriamente más débil, no es necesario ceder desde el inicio, sino que esto debe realizarse con el avance de la negociación para que surta efecto. Se sabe que el ceder es para que la otra parte también comience a ceder, pero cuando la debilidad es notoria, esto puede no ocurrir y el débil encontrarse emocionalmente derrotado al inicio (Ury, 2006)

#### 5.4 ¿Cómo se gestiona la cobranza de cuentas corrientes?

En particular el problema que se le presenta a la Pyme viene dado por los clientes morosos. El paso de esta clasificación a la de incobrables, es muy corto, por lo tanto el modelo de negociación a utilizar, máxime en el rol escénico del abogado mediador o negociador, debe ser un poco más duro. Esto no implica no agotar el uso de la creatividad a los fines de encontrar la solución, pero lo cierto y concreto es que no hay que dormirse porque la garantía común de los acreedores comienza a pulverizarse.

Por las características que tiene la cuenta corriente mercantil, es necesario, en los términos del segundo párrafo del artículo 509 del Código Civil, interpelar al deudor para constituirlo en mora (Salas, Trigo Represas y López Mesa, 1999). En este sentido hay que actuar de forma inmediata, o sea a partir de las 48 hs desde el vencimiento del plazo indicado por la política de precios de la empresa, ejemplo 30 días fecha factura, debe primero tomarse

contacto telefónico con el cliente-deudor para realizar una primer interpelación. De acuerdo a la promesa por parte del cliente, ante el nuevo incumplimiento, carta documento intimando el pago, puede ser también carta certificada con aviso de retorno. Si en este nuevo plazo no hay respuesta hay que hacerle notar el agotamiento de la vía extrajudicial. Si bien parece duro, obviamente la suavización surgirá para cada caso, pero la regla debe ser esta, es un punto en que la Pyme no puede jugar livianamente porque la incobrabilidad será perjudicial para sus finanzas.

En caso de novaciones con cheques que luego viniesen rechazados, tomar contacto telefónico o personal primero, y luego intimar a partir de la ejecutividad del cheque y, en su caso, la figura penal, por un lado al librador, y por otro al deudor si no coincidiesen (Buompadre y Romero, 2004).

Como puede apreciarse, el criterio para la gestión de cobranzas es un tanto diferente a los otros, el fundamento es que ya en el trabajo negociador se ha fijado una política de precios, que el cliente incumple, está demostrado que los tiempos no juegan a favor del acreedor, por lo tanto hay que estar a la altura de las circunstancias.

## **6. Sexto Reloj: “La riqueza contractual en la vida de la Pyme”**

Lo primero a destacar, y de gran relevancia a estas alturas, es que este reloj ha estado involucrado en los anteriores, casi en términos analógicos, podría decirse que ha actuado de cuenta revoluciones al lado de cada uno de los otros, a la manera de co-indicador.

La Pyme no puede dejar demasiados hechos y actos en palabras, primero porque acentuaría su debilidad negociadora, y segundo porque no tiene una ecuación económica preparada para resistir costos adicionales provenientes de aquellos y que se los consideraba controlados.

El contrato como ley entre partes es una herramienta de gran utilidad para reducir la incertidumbre en los negocios, por lo tanto una gran oportunidad para la Pyme. La teoría general de los contratos así como la aplicación a los contratos especiales constituyen un soporte sólido para la dinámica que fluye de todo el régimen obligacional, con ello el asesoramiento jurídico se encamina dentro de un marco equilibrado entre la amplia libertad y la caracterización a la manera de mapa genético de los derechos y obligaciones plasmadas (Lorenzetti, 1999 / 2000). Con esta interpretación, entendiéndose que la propuesta de este reloj al referirse a contrato lo hace en el sentido de instrumento escrito entre partes, se pretende dejar salvada la urbana crítica de la burocratización o encerramiento de los negocios jurídicos, si esto es pensado para con la persona física, resulta entonces de mayor virtuosidad para con la persona ideal, sobretodo para con la Pyme que en muchos casos muy lejos no está de la primera.

Para detectar las posibilidades de aplicación al campo objeto es necesario el apoyo en los siguientes disparadores:

6.1 ¿Cuál la formalidad contractual para con los recursos humanos?

6.2 ¿Existe un marco contractual en la relación con los Proveedores?

6.3 ¿Existe un marco contractual en la relación con los integrantes del canal comercial hacia delante?

6.4 ¿La contratación de servicios profesionales y técnicos, tiene alguna formalidad?

6.5 ¿La implementación de promociones en la que participen aliados estratégicos, se la instrumenta mediante contrato especial?

Como reiteradamente se ha aclarado a lo largo de este desarrollo, puede que determinados indicadores cumplan una función de llamado de atención, de ser considerados relevantes en sí mismos, pero que, en definitiva, por una cuestión de necesario abordaje integral, ya han sido trabajados en otros. No obstante sobre los de este reloj se aclara lo siguiente:

6.1 ¿Cuál la formalidad contractual para con los recursos humanos?

El tema fue tratado en el indicador 4.1, o sea en el Cuarto Reloj, en este simplemente se destaca que en la medida que la Pyme instale como política la utilización del contrato escrito para establecer la relación laboral, hasta es aprovechable como imagen de seriedad y profesionalismo, dentro del mercado de trabajo, facilitaría acercar a la empresa los mejores valores disponibles.

6.2 ¿Existe un marco contractual en la relación con los Proveedores?

La costumbre es que el contrato se sustenta a partir de la documentación que respalda las operaciones comerciales. Si bien no cambia la génesis de las obligaciones, que son las que surgen de los contratos (Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil), la elaboración y firma de instrumento escrito perfecciona el alcance de éstas obligaciones, o sea el punto hasta donde se desea que el derecho llegue. Cuanto mayor ejercicio se realice instrumentando contratos escritos, menor será la cantidad de conflictos, mayor será la certeza en los negocios y mayor será el profesionalismo en la gestión de la Pyme (Lorenzetti, 1999 / 2000).

Con los Proveedores se pueden redactar contratos anuales, en los cuales se podrán fijar pautas y condiciones de la operatoria, beneficios de las partes y opciones ante cambios en el contexto. Se habla de marco contractual porque será el contenedor de las distintas operaciones comerciales, o sea que no se realiza un contrato de compraventa (Título Tercero de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Civil) por cada negocio puntual, sino que, en todo caso es un macro contrato de compraventa.

### 6.3 ¿Existe un marco contractual en la relación con los integrantes del canal comercial hacia delante?

Los integrantes hacia adelante pueden ser distribuidores, comercios mayoristas y/o comercios minoristas, dependiendo de la política de canal comercial que tenga la Pyme. El contrato con cada uno de estos integrantes es de un enorme valor estratégico, ya que se constituye en el vehículo más eficiente para garantizar la implementación de la táctica comercial. En este contrato, que también se puede realizar por año, se pueden fijar pautas y condiciones respecto de precios, promociones, productos. De esta manera la Pyme tiene doble respaldo para el logro de sus metas, por un lado su propio plan, y por otro el aseguramiento y a su vez exigencia proveniente de las leyes entre partes. Y hablando de aseguramiento, nada impide involucrar en los mencionados contratos el compromiso de contratar los seguros que garanticen la efectividad de los negocios. Para esto último, tener en cuenta la existencia de seguros no solamente de responsabilidad civil, sino también, por ejemplo, los sistemas de seguros financieros contratables a través de los agentes de bolsa.

### 6.4 ¿La contratación de servicios profesionales y técnicos, tiene alguna formalidad?

No es una práctica habitual en la Pyme la formalidad en esta contratación, tampoco tiene iniciativa por el lado del prestador de servicios. El contrato de locación de servicios tiene importantes connotaciones en cuanto a responsabilidad, calidad del trabajo, vicios si se involucra cosa, o bien mala praxis (para destacarla de la responsabilidad civil en general), cumplimiento, pacto comisorio, etc. Si bien el lector puede estar pensando que aún sin una formalidad todos estos componentes están igual, lo que se le aclara es lo que se viene manifestando, no es lo mismo tener que trabajar arduamente en el andamiaje probatorio para poder sostener firme una demanda o una defensa por hechos y actos que caen en una apertura obligacional difícil de controlar por su generalidad genética, aún teniendo como fuente al contrato, que cuando la misma fuente es más refinada por provenir de un contrato escrito, que además ha sido enriquecido y ha aprovechado la potencia del artículo 1197 del Código Civil. La determinación si se trata de una obligación de medios o de resultados también se facilita si explícitamente se detalla la prestación (Bustamante Alsina, 1993).

La Pyme ha sido objeto de abuso en prestaciones profesionales, en la década del noventa con la aparición de los garúes de los negocios, se ha derramado hasta llegar a estas

empresas el abuso en el cobro de honorarios por servicios poco claros, indefinidos, ambiguos, etc. La Pyme, ante su siempre posición débil (cosa que se trata de cambiar desde esta propuesta y desde este Tablero) frente a Proveedores dentro de los que se incluyen a los prestadores de servicios profesionales, ha agachado la cabeza e imputado en sus cuentas de gastos (aunque algunos hasta se hacían imputar como un Activo, como una Inversión en conocimientos, o sea encima disfrazando los resultados de la empresa) abultados honorarios totalmente improductivos.

#### 6.5 ¿La implementación de promociones en la que participen aliados estratégicos, se la instrumenta mediante contrato especial?

Es cada vez más frecuente que las Pymes busquen aliados para implementar promociones, por lo que no debe descuidarse la posibilidad de redactar un instrumento privado que establezca el marco legal entre partes y la responsabilidad entre ellos y hacia terceros. Es una trampa en la que fácilmente se puede caer, máxime ante la producción de daños, no es suficiente la contratación de seguros, tener presente que suman mucho más los actos y hechos dañosos que no están dentro de los siniestros contratados que los que sí.

Asimismo, saliendo del Derecho de Daño Común, y recayendo en la de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, debe dejarse establecido en el contrato cuál es el aporte de cada una de las partes, cuáles son las responsabilidades derivadas de esa participación, todo lo cual, ante demandas en las que por concurrencia o solidaridad probada, cualquiera de las Pymes participantes tuviera que soportar los costos de la reparación del daño, se viabilicen las acciones de regreso, además de cualquier otra acción interna que pudiera surgir (Borda, 2004; Lorenzetti, 1999 / 2000).

El instrumento escrito también será un respaldo probatorio en caso de demanda por encuadre en conductas del artículo 2º y Capítulo II “De las Concentraciones y Fusiones” de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, y de la misma manera en referencia al Capítulo III “De la publicidad y promoción mediante premios” de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial. Y no debe descartarse la imputación de cualquier figura penal (penal económico, penal de la Ley 22.362 de Marcas, penal de la Ley 24.481 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad), de gran severidad en cuanto a sanciones, y que no siempre con la simple negación de la imputación se termina la cuestión (Bacigalupo, 2000).

## 7. Los relojes y la estrategia

El aporte de estos relojes, como indicadores del Tablero de Comando Jurídico para Pymes es un eslabón que ayudará a forjar el cambio de mirada sobre la estrategia empresarial, la cual se basa en la competencia externa, o el desempeño de los competidores. La inexistencia de un Tablero de Comando Jurídico deja librada la primera instancia de análisis competitivo a la competencia generada por la propia Pyme, o sea, su primera competidora es ella misma, pero no está registrado por ningún radar. El análisis FODA (Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas), que en el mejor de los casos podría ser un radar que acuse señales, tiene un enfoque totalmente estático, puntual y formal de los aspectos jurídicos. La mirada desde esta matriz FODA simplemente se queda con el permiso desde lo legal, con la habilitación, con la marca, con la patente, con que desde el punto de vista legal la empresa, o el negocio objeto de análisis, no va a tener inconvenientes. Por eso se dice que es un criterio totalmente estático y limitado.

Tanto las Debilidades como las Fortalezas, Oportunidades y Amenazas, requieren de una estructura jurídica mucho más sólida, de lo contrario se incurre en una miopía. Tómese cualquiera de los disparadores tratados y analícese su impacto en los negocios, a su vez, hágase la comparación con el tradicional enfoque del análisis estratégico, entonces, se podrá apreciar y valorar las aparentemente sutiles diferencias de funcionar y desempeñarse con un Tablero de Comando Jurídico integrado al resto de los recursos de gestión que sin él.

Los estudios de Proyectos de Inversión para el desarrollo de un nuevo negocio, con la aplicación del Tablero de Comando Jurídico, seguramente situará el punto de equilibrio, el valor actual y demás indicadores financieros, en un nivel diferente, con lo cual la elección del Proyecto A, B o C, puede no ser la misma, porque nada impide que se cuantifiquen previsiones respecto de costos ocultos que prescindiendo del tablero no son tenidos en cuenta. Esto no va en contra de los negocios, sino a favor de los buenos negocios, esto no implica únicamente detectar costos ocultos, sino todo lo contrario, buscar las variables que superen no solamente los costos conocidos, sino todos, por lo tanto obliga a agudizar el estudio de la estrategia.

Cada uno de estos relojes están diseñados para que la intervención del profesional del derecho sea puntual y directa, no obstante, como ya se aclaró, toda esta propuesta en su conjunto no hace más que mostrar un criterio a partir del cual se pueden trabajar los emergentes jurídicos de la vida de la Pyme. También fue comentado por qué la Pyme, porque las grandes empresas contratan consultoría jurídica que están (o al menos deben estar) abocados a cada detalle de la vida jurídica de su cliente, pero la Pyme llama al abogado casi con el mismo criterio que a los bomberos.

Los relojes en general tienen características de ser preventivos, defensivos y de ataque, pero el Quinto y Sexto, además, ofrecen una dinámica en cuanto a detectar oportunidades e ir por ellas. Generar mesas de negociación y estar afilados para la elaboración de instrumentos privados que sostengan los negocios, mueven a la imaginación, con lo que se activa la creatividad, y a partir de ella la historia más o menos se conoce, se pueden lograr grandes éxitos.

Cada reloj hace su aporte a la estrategia, porque se han tratado de cubrir las variables esenciales que en los negocios generan inconvenientes desde lo jurídico, esto ha traído a la mesa el derecho positivo, doctrina y jurisprudencia al servicio de la evitación de esos inconvenientes así como para toda la actuación judicial que sea necesaria. Además esta propuesta y este Tablero jugarán un rol impulsor hacia el pensamiento estratégico, que invitará al empresario Pyme a Planificar, a Evaluar Resultados, o sea a dejar de improvisar. En esto, entonces se le encuentra una doble función al Tablero de Comando Jurídico para Pymes, su función intrínseca que es la de dar cobertura a todo el espectro legal involucrado en la gestión de los negocios, y una extrínseca que es instalar un ejercicio, una mirada, un pensamiento, que resultan un incentivo para la práctica del Pensamiento Estratégico y la actuación en consecuencia. La Pyme, con esta implementación tendrá un doble beneficio, palabra muy necesaria en esta realidad empresaria.

## 8. Conclusión

Es grande la tentación de comenzarla con una última e importante pregunta, ¿no debe pensarse en que los principios emanados de la Ley 24.467 de Pymes no están siendo contemplados en la realidad? Si bien es cierto que el espíritu de esta ley es llevar a las Pymes a un plano de desarrollo, crecimiento, mejoramiento competitivo y fortalecimiento, lo concreto es que el carácter operativo de ella está encauzado por el lado de los instrumentos de financiación, en otros aspectos, como el apoyo tecnológico es institucional, su enunciado es programático, por lo que se requiere de legislación que permita concretar aquello. Aún en lo operativo, ya se ha hecho la crítica en cuanto a la no adaptabilidad de los mencionados instrumentos financieros a las necesidades de las Pymes. En este estado de situación, aquella tentación adquiere otra dimensión, porque la solución, o principio de ella, podría venir de la mano de una reforma de la citada ley.

Con lo desarrollado en estas páginas se puede decir que se ha dado un pequeño paso para adentrarse en semejante desafío, el cual debe respetar un tradicional criterio de especialización del derecho a partir de la enorme riqueza del derecho común y de la suerte piramidal de prelación que nuestro sistema jurídico sostiene. No tiene sentido una ley de fomento de Pymes saliendo del marco del derecho empresario, o sea prescindiendo de todo aquello que verdaderamente está involucrado, como factores esenciales, con la vida de estas entidades.

Lo trabajado en esta propuesta está lejos de pretender ventajas injustas para las Pequeñas Empresas, sino equilibrar fuerzas, para que estos pequeños motores no se apaguen, o casi mejor, dicho, no mueran en la víspera. Logrado esto, también se contempla en este trabajo la posibilidad de desarrollo y crecimiento de estas entidades a partir de un marco institucional sólido.

La importancia de las Pymes no es un dato menor en el contexto de esta propuesta, de acuerdo a datos brindados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la presencia de las PYMES en la estructura económica de la región es relevante, al representar un importante porcentaje de variables como la producción y el empleo, sustentados en un representativo número de empresas. Se calcula que las PYMES son

responsables de entre el 25% y el 40% de la generación de empleo en la región, así como también de entre el 15% y el 25% total de la producción de bienes y servicios. El papel de las PYMES a nivel exportador es más pequeño pero también significativo, al representar entre el 1% y el 3% del total de las exportaciones de la región. En Argentina, por ejemplo, las PYMES generan el 57% del empleo y el 41% del Producto Interno Bruto (PIB), mientras que en Chile, representan el 37% del empleo y el 19% del PIB. En Colombia, estas pequeñas y medianas empresas son responsables del 35% del empleo y del 30% del PIB; y en México, del 29% del empleo y el 20% de la producción.<sup>1</sup>

Este Tablero de Comando Jurídico aportará verdaderas ventajas a las pequeñas y medianas empresas, en primer lugar establece una metodología a seguir en cuanto al análisis de las situaciones emergentes del marco jurídico de las mismas, esto es significativo por su capacidad de adaptación a distintos tipos de organizaciones empresarias, de distintos rubros, de distintos encuadres jurídicos, enfrentando distintas realidades, etc. En segundo lugar, respetará el principio de economicidad, ya que los tópicos abordados demuestran que la actuación preventiva evitará costos mayores, tanto sea en instancias judicializadas como en las que no llegan a tribunales, y, trabajadas desde este encuadre y criterio, el abogado especializado en derecho empresario pyme podrá optimizar sus recursos profesionales a los fines de lograr equilibradas contrataciones con estos particulares clientes. Una tercera ventaja está relacionada con la facilitación de una gestión profesional de las pequeñas y medianas empresas a partir de una integración en la administración de variables. Enumerar mayores ventajas, que, derivadas de las mencionadas se podrían obtener, implicaría una sobreestimación de la propuesta, lo cual se aparta del respetuoso criterio de prudencia necesario en estos abordajes e instancias.

En relación al objetivo general propuesto, como el de analizar los principales emergentes jurídicos a los que se enfrentan las Pymes, se lo considera logrado ya que los distintos relojes abarcan los indicadores más importantes en relación a aquellos, dando así una cobertura jurídica más que significativa a la problemática planteada. Esto nos lleva a que las Pymes podrán tener una sintonía fina respecto de su marco jurídico para poder desarrollarse

---

<sup>1</sup> AUTORES CORPORATIVOS: INSTITUTO DEL TERCER MUNDO (2006). América Latina: El papel de las Pymes. *Revista Global hoy* (6). Recuperado de [http://www.global.net/iepala/global/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=1579&opcion=descripcion#ficha\\_global](http://www.global.net/iepala/global/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=1579&opcion=descripcion#ficha_global)

evitando y superando obstáculo con la implementación del Tablero de Comando Jurídico para Pymes.

En términos de una mayor desagregación, entiéndase objetivos particulares, a partir de la disección de la problemática, la Pyme podrá tener un mayor control sobre La Responsabilidad Civil, La Relación con el Mercado Financiero, La Relación con el Fisco, La Relación Laboral, La posibilidad de actuar con técnicas de Mediación, y la utilización de la Contratación. Esto le aportará mayor solides en su sistema de decisiones, una mayor claridad en su análisis estratégico y mejora en el desempeño competitivo. También es apreciable en esta propuesta como la fusión o contundente y necesaria integración, en términos de análisis y actuación, del derecho de fondo y el derecho adjetivo, se pone al servicio de las distintas realidades a las que se enfrentan estos especiales sujetos de derecho, cabe este mismo análisis al considerarse la relación entre el derecho especial y el derecho común, como la manera de moverse entre ambos se alinearán con la obtención de las soluciones adecuadas. Esta complejidad jurídica solamente puede contemplarse con una plataforma que facilite el diagnóstico y la prevención, tal plataforma la ofrece el Tablero de Comando Jurídico para Pymes. Los Relojes permiten ciertas categorías, pero no deja de ser fácilmente observable como los indicadores en ellos incluidos llevan a una complejidad de importancia, lo cual se condice con la problemática del Derecho en sí, se sabe que todo planteo jurídico, por más especialización que denote, siempre está envuelto en una trama que tiende a una absorción de las restantes especialidades de esta ciencia, en definitiva, es ese uno de los desafíos más firmes y constantes de la profesión, aún con un ordenado procedimiento por materias, esta referencia las supera a estas últimas para ubicarse en la mirada que demanda la situación planteada.

Las situaciones que se puedan presentar no involucradas en los relojes de este tablero deberán ser administradas por el profesional de derecho tomando como base la propuesta de trabajo que contiene el mismo. Siguiendo esta última recomendación se le facilitará la contemplación de una mayor diversidad. Es en este punto en donde emerge el logro del objetivo general de este trabajo, situación que se presente, podrá ser analizada y permitirá dar con la estrategia adecuada, siendo doble la utilización del término estrategia, ya que hace referencia a la jurídica y a la comercial o de negocios como consecuencia de las garantías ofrecidas por la primera.

Por último, no puedo dejar de destacar que resulta un desafío para la profesión el abarcar los aspectos vitales de las Pymes como materia de trabajo del Derecho Empresario, y poder formar abogados especializados en Derecho Empresario Pyme. Para concretarlo debemos partir del derecho con un criterio de completitud para ir bajando y utilizando analogías en beneficio de este sujeto especial de derecho. Tanto con el actual Código Civil como con el Proyecto del nuevo Código Civil Argentino, hay plena concordancia con lo que aquí se propone, máxime que ya desde el Anteproyecto del Código Civil y Comercial Argentino se incorporan los contratos de consumo, se contemplan las prácticas abusivas y se conforma, en general, con la integración y reforma en consecuencia del código de comercio, una estructura jurídica en armonía con los tiempos que corren, por el lado de este Trabajo Final de Graduación se ha intentado entrar en la órbita de dicha armonía.

## **Bibliografía**

### ***Doctrina:***

BACIGALUPO, ENRIQUE (2000). *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi.

BECERRA FERRER, GUILLERMO – HARO, RICARDO (1995). *Manual de Derecho Constitucional Tomos I y II*. Córdoba: Advocatus.

BORDA, GUILLERMO (2004). *Manual de Contratos (20° ed.)*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1993). *Teoría general de la responsabilidad civil (8° ed.)*. Buenos Aires.: Abeledo – Perrot.

BUOMPADRE, EDUARDO J. – ROMERO VILLANUEVA, HORACIO J. (2004). *Delitos cometidos mediante Cheques*. Corrientes: Mave - Mario A. Viera.

CASSAGNE, JUAN CARLOS (2006). *Derecho Administrativo Tomos I y II (8° ed.)*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.

CASTELLANOS, SANTIAGO F. - D'FELICE, JOSÉ CARLOS (1999) *Derecho Bancario*, Córdoba: Advocatus.

GARRONE, JOSÉ ALBERTO (1989). *Diccionario Manual Jurídico (2° ed.)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GÓMEZ, TERESA – FOLCO, CARLOS M. (2004). *Procedimiento Tributario. Ley 11.683 Decreti 618/97 (2° ed.)*. Buenos Aires: La Ley.

HIGHTON, ELENA I – ALVAREZ, GLADYS S. (1995). *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

LORENZETTI, RICARDO (1999 / 2000). *Tratado de los Contratos Tomos I, II y III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

MIROLO, RENÉ R. (2003). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Tomos I y II*. Córdoba: Advocatus.

MUGUILLO, ROBERTO A. (2009). *Conflictos Societarios*. Buenos Aires: Astrea.

NISSEN, RICARDO AUGUSTO (2003). *Curso de Derecho Societario*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

NUÑEZ, RICARDO C. (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Córdoba : Marcos Lerner.

NUÑEZ, RICARDO C. (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Córdoba : Marcos Lerner.

PIAGGI, ANA I. (2009). *Tratado de la Empresa I*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot

PIZARRO, RAMON DANIEL – VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO (1999 / 2008). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, vol 1, 2, 3 y 4*. Buenos Aires: Hammurabi.

QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO (2007). *Constitución de la Nación Argentina (comentada) (4º ed.)*. Buenos Aires: Zavalia.

RIGHI, ESTEBAN (2000). *Los Delitos Económicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

SALAS, A. E., TRIGO REPRESAS, F. A, LÓPEZ MESA, M. J. (1999). *Código Civil Anotado Tomo 4 A Arts. 1 a 2310 Actualización Depalma (Versión Electrónica)*, Biblioteca Jurídica Argentina. LexisNexis – Desalma

SALAS, A. E., TRIGO REPRESAS, F. A, LÓPEZ MESA, M. J. (1999). *Código Civil Anotado Tomo 4 B Arts. 2311 a 4051 Actualización Depalma (Versión Electrónica)*, Biblioteca Jurídica Argentina. LexisNexis – Desalma

STERN, C. W. – STALK JR. G. (1998). *Ideas Sobre Estrategia. The Boston Consulting Group*. España: Deusto

URY, WILLIAM (2006). *¡Supere el No!*. Bogotá, Colombia: Norma

VILLEGAS, HÉCTOR BELISARIO (2005). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario (9º ed.)*. Buenos Aires: Astrea.

***Jurisprudencia:***

- Cámara 7a Civil y Comercial, Córdoba. Municipalidad de Córdoba c/ EPEC – Ejecutivo fiscal - Expte. N° 359910/36.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Administración Federal de Ingresos Públicos c/ Intercorp SRL s/ ejecución fiscal.
- Cámara del Trabajo - Sala VII, Córdoba. Hemmerling Alejandro Gabriel c/ Nai International II Inc. Argentina y Otro –Ordinario –Despido.
- Cámara del Trabajo - Sala VII, Córdoba. Garay Marcelo Eugenio c/ Ramos Pablo Fernando – Ordinario – Despido.
- Juzgado Civil y Comercial 50ª Nominación, Córdoba. Aseff Yolanda c/ Carrefour Argentina SA – Ordinario- Daños y Perj – Otras formas de resp. Extracontractual.
- C4a. CC Cba. 29/3/05. Sentencia N° 25. Trib. de origen: Juz.24ª. CC Cba. “Cuello Fernando José c/ Telecom Personal SA–Ordinario-Daños y Perjuicios-Otras formas de Respons. Extracontractual-Rec. de Apelación”
- Cámara N. Comercial - Sala A. Daboul Juan Elias c/Banco Itaú Buen Ayre SA s/ordinario.
- CNac. de Apel. Com. Sala B. 21/12/05. Sent. Def. Expte. N° 19292/98. Trib. de origen: Juz. Nac. Com. N° 23. "Fernández Drago, Rosario Humberto c/ Bank Boston NA – Ordinario
- CNCAFed. Sala II. 17/2/11. Lib. Sent. Reg. N° 17/4 F° 33/36 T° 5. Trib. de origen: Trib. Fisc.de la Nación. “Aresco SA (TF 29750-I) c/ DGI”
- CFed. Sala A Cba. 23/5/05. L° 242 F° 130. Trib. de origen: Juz.Fed. Río Cuarto. “Villasuso, María Bernarda (Osepadis SRL) psa. Infracc. Ley N° 24769”

***Legislación:***

Código Civil Argentino.

Código Penal Argentino.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Constitución de la Nación Argentina.

Ley 11.683 Procedimiento Tributario.

Ley 16.986 Acción de Amparo.

Ley 19.550 Sociedades Comerciales.

Ley 20.321 Mutuales.

Ley 20.337 Cooperativas.

Ley 20.744 Contrato de Trabajo.

Ley 21.526 Entidades Financieras.

Ley 22.362 de Marcas

Ley 22.802 de Lealtad Comercial

Ley 24.144 Carta Orgánica BCRA.

Ley 24.240 Defensa del Consumidor.

Ley 24.449 de Tránsito

Ley 24.452 Cheques.

Ley 24.467 Pymes.

Ley 24.557 Riesgo del Trabajo.

Ley 24.769 Régimen Penal Tributario.

Ley 25.065 Tarjeta de Crédito.

Ley 25.156 Defensa de la Competencia.

***Artículos Publicados en Internet:***

AUTORES CORPORATIVOS: INSTITUTO DEL TERCER MUNDO (2006). América Latina: El papel de las Pymes. *Revista Global hoy* (6). Recuperado de [http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=1579&opcion=descripcion#ficha\\_gloobal](http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=1579&opcion=descripcion#ficha_gloobal)

### Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	<b>Varvello Marcial Eleste</b>
E-mail:	<b>mvarvello@yahoo.com</b>
Título de grado que obtiene:	<b>ABOGADO</b>

### Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	<b>“Tablero de Comando Jurídico para Pymes”</b>
Título del TFG en inglés	<b>“This Legal Command Panel for Small and Middle-Sized Businesses”</b>
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	<b>Proyecto de Investigación Aplicada (PIA)</b>
Integrantes de la CAE	<b>Fernando Minguez y Sebastian Vanella</b>
Fecha de último coloquio con la CAE	<b>13/12/2012</b>
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	<b>Tablero de Comando Jurídico para Pymes PDF</b>