ISSN 2346-9404

Estudios de Derecho Empresario

Escuela Comercialista de Córdoba y sus proyecciones

Volumen 21

20/07/2020
Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación – Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Córdoba
Instituto de la Empresa – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Director Académico: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard
Vicedirectora Académica: Prof. Ab. Luisa Borgarello
Coordinadora Académica: Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco
Colaboración en la edición y gestión de la Revista: Ab. Romina Furiasse

Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Córdoba

INSTITUTO DE LA EMPRESA
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Universidad Nacional de Córdoba

Director Académico: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

Vicedirectora Académica: Prof. Ab. Luisa Borgarello

Coordinadora Académica: Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

Editor Responsable de la Revista: Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard

Gestión de la Revista: Prof. Ab. Luisa Borgarello – Prof. Ab. Esp. María Fernanda Cocco

Colaboración en la edición y gestión de la Revista: Ab. Romina Furiasse

Consejo Editorial y Comité Evaluador de Referato: Profesores Titulares Dres. Marcela Aspell, Vicente Aznar, Giselle Javurek, Francisco Junyent Bas, Orlando Manuel Muiño, Horacio Roitman, José Ignacio Romero, María Cristina Mercado de Sala y Efraín Hugo Richard.

Estudios de Derecho Empresario es una publicación del Departamento de Coordinación Docente Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Tiene sede en la Facultad de Derecho, Obispo Trejo 242 Primer Piso – Centro (5000) – Córdoba – República Argentina.

Teléfono: 0351-4332060 Fax: 0351-4332066

E-mail: abmfcocco@gmail.com

Website: www.derecho.unc.edu.ar www.acaderc.org.ar

Indice

Prólogo Pág. 5

Instituto de Derecho Comercial

Un poco de historia - Maria Fernanda Cocco Pág. 7

Doctrina

Contratos y operaciones que pueden celebrarse en los mercados de capitales - Jorge F. Fushimi Pág. 60

¿Podremos atenuar la crisis empresarial que ya se ha instalado? - Efraín Hugo Richard Pág. 71

Saliendo de la pandemia económica empresarial - Efraín Hugo Richard Pág. 93

Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de covid-19 - Efraín H. Richard - Jorge F. Fushimi Pág. 132

La “viralización” de la insolvencia - Francisco Junyent Bas Pág. 144

La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas - Efraín H. Richard - Jorge F. Fushimi Pág. 149

Hacia la necesaria declaración de inembargabilidad de las cuentas bancarias. O la muerte civil por imposibilidad de llevar adelante cualquier actividad económica - Jorge F. Fushimi Pág. 163

Abuso y sobreendeudamiento del consumidor. La experiencia del derecho norteamericano - Carlota Palazzo Pág. 186

La interpretación del “contrato de viaje” en épocas de covid-19 - Ernesto Frontera Pág. 193

Alcances interpretativos en el derecho aeronáutico en relación a la competencia federal y normas del derecho del consumidor - Hugo Rivarola Pág. 201

Latam tiene el centro de sus principales intereses en Estados Unidos y no en Chile - Oscar Torres Zagal Pág. 224

El concepto de sociedad. Libertad y responsabilidad en el anteproyecto de ley general de sociedades - Efraín Hugo Richard Pág. 227

La responsabilidad de los administradores en la quiebra por infracapitalización de la fallida - Jorge F. Fushimi Pág. 248

Empresas “B”. No solo poesía ni filosofia empresarial - Carlos Roberto Antoni Piossek - Ricardo Jose Tomas Paz Pág. 262

Esquema cautelar societario - Juan Sebastián Forciniti Pág. 267

El derecho de receso en la s.a.s. cuando no fue regulado por los socios - Hernán Cara Pág. 274

Cesación de pagos y la liquidación del fideicomiso - Jorge F. Fushimi - Efraín H. Richard Pág. 278

Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal

Recomendación 1 - Colaboraciones y recomendaciones para un derecho global de crisis - Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Pág. 295

Recomendación 2 - Renegociacion de los acuerdos confirmados - Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Pág. 298

Recomendación 3 - Financiación “privada” para empresas en crisis - Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Pág. 308

El Arca

“Saliendo del Arca” no es un “brain trust” en derecho mercantil, pero aspira a hacer su aporte - E. Daniel Truffat Pág. 319

Cliente muerto no paga - Ariel G. Dasso Pág. 333

Diplomatura de Derecho Comercial y de las Organizaciones Económicas

Liquidación judicial de fideicomisos: soluciones legales no convencionales - Mariángeles Brondino - Francis Emanuel Carles Pág. 337

La interpretación de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso a la luz del código civil y comercial de argentina - Natalia Belén Peralta - Milagros Velasco Pág. 362

Fideicomiso - Daiana Belén Monge - Vanesa Viguera - Fernanda Zurano Pág. 377

El contrato de fideicomiso. La persona jurídica fiduciaria - Agustín Martínez Plinio Pág. 392

Comercio electrónico y derechos del consumidor. Responsabilidad de las plataformas de e-commerce en relación a los usuarios - Gabriela Anabel Pérez Pág. 413

El consumidor en los procedimientos concursales. Una aproximación a su realidad y la necesidad de nuevas propuestas - Paula Valentina Scerbo Pág. 436

La incidencia de terceros en la quiebra - Augusto R. Chiavassa - José Ignacio Ojeda Pág. 459

Acción individual de responsabilidad promovida por acreedores (art. 279 L.G.S.) - Matías H. Albarenga - Daniel Agustín Franco Pág. 486

El régimen jurídico de la criptomoneda - Fernanda Regina Franchin Pág. 515

Responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos para la exención de la pena - Natalia Rocío Navarro Pág. 535

Contratos electrónicos e inteligentes - Marina Anabel Flores Monyo Pág. 559

Exclusión del cómputo de las mayorías: la particularidad de los créditos fiscales - Javier Amuchástegui - Leonardo Menescardi Pág. 587

Las sociedades por acciones simplificadas y su régimen impositivo - Juan Manuel Poncio - Santiago Ortega - Lucas Caballero Pág. 617

Responsabilidad de los buscadores de internet - Matias Machado Pág. 633

La utilizacion de contratos inteligentes en las franquicias - Paola Jesabel Pesce Pág. 657

Ley de emprendedores: oportunidades y desafíos - María Marcela Servent Pág. 677

La sociedad por acciones simplificada: análisis del nuevo tipo societario - Santiago Romero Carranza Pág. 686

Prólogo

LA ESCUELA COMERCIALISTA DE CÓRDOBA, SUS AMIGOS Y SUS ACTIVIDADES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Queridos amigos tenemos el agrado de compartir con ustedes este número 21 de la Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario que cuenta con más de 600+ páginas.

La Escuela Comercialista de Córdoba y sus amigos se mantuvieron muy activos durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto en nuestro país desde el 20 de marzo del corriente año; así, se generó el contacto mediante el grupo de whatsapp del Instituto de la Empresa, se creó el grupo de whatsapp de El Arca, se desarrollaron muchos webinarios por distintas plataformas de videoconferencias, se participó de varios e-Congresos, se publicaron diversos artículos en medios de comunicación informativos y especializados, entre tantas otras actividades. También, se afianzó la camaradería y el diálogo fraterno entre todos los participantes de los diversos grupos de redes sociales, permitiendo compartir momentos más personales entre todos y, a la vez, mantener fructíferos debates académicos.

En este volumen que les presentamos, hemos estructurado el contenido de la siguiente manera: a) Una sección especial destinada al Instituto de Derecho Comercial donde María Fernanda Cocco recoge la historia y rescata el trayecto recorrido del mencionado instituto y cómo se logra mantener activo desde el año 1995, b) Los tradicionales artículos doctrinarios, c) una sección especial del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal –sede México-, d) otra para el grupo de whatsapp El Arca, y e) una sección especial para las tesinas de la Diplomatura en Derecho Comercial y de las Organizaciones Económicas.

Con respecto a la tradicional sección Doctrina, les presentamos en esta oportunidad varios trabajos vinculados a la situación del impacto de la pandemia en las crisis empresariales en interesantísimos análisis. Se agregan ensayos sobre el anteproyecto de reforma de la Ley General de Sociedades y otros sobre sociedades, sobre el endeudamiento del consumidor y la experiencia del derecho norteamericano; se incorporan profundos análisis del transporte aéreo, vinculados a la crisis; también se incorporan interesantísimos aportes sobre los contratos que autoriza la Ley de Mercado de Capitales, sobre protección de la cuenta corriente bancaria y sobre liquidación del Fideicomiso. Los invitamos a descubrir la riqueza de los contenidos en el índice que precede a esta breve introducción.

Cerramos el número que les presentamos con la sección destinada a la Diplomatura en Derecho Comercial y de las Organizaciones Económicas, que forma parte de la propuesta académica de la Secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, pero nació en el seno del Departamento de Derecho Comercial de la misma. La primera cohorte se dictó durante los meses de agosto a noviembre inclusive del año 2018, y la segunda cohorte desde marzo a julio de 2019, y está previsto iniciar el segundo ciclo en marzo 2021 habiéndose suspendido el dictado en el corriente año por causas de conocimiento público. Se destaca que la Dirección les corresponde a los Profesoras Luisa Isabel Borgarello, María Cristina Mercado de Sala y E.H. Richard, mientras que la Coordinación está a cargo de las Profs. Isabel Lucía Alem de Muttoni y Carlota Palazzo.

La Diplomatura se organizó con destino a profesionales de la abogacía, ciencias económicas y disciplinas afines. Su objetivo es desarrollar un marco teórico y práctico sobre las organizaciones económicas vigentes. Los ejes temáticos fundamentales fueron los aspectos generales referidos a

la persona humana y la persona jurídica, actividad empresarial y organizaciones económicas, y su realización en sociedades en todas sus formas, aspectos jurídicos, contables y financieros, contratos mercantiles, de consumo y bancarios, y como tercer eje la crisis de las organizaciones y los estados de insolvencia, en una propuesta que logró el dialogo interdisciplinario y el abordaje de las temáticas en forma práctica.

Participaron en el dictado de las clases destacados especialista y docentes del ámbito nacional y de nuestro medio, brindando a los asistentes la posibilidad de intercambiar ideas y experiencias a través de clases teórico-prácticas. Asimismo, se creó un aula virtual a fin de que los asistentes pudiesen acceder a todo el material complementario suministrado por los disertantes, respecto a las temáticas tratadas, vínculo que se mantiene.

Resulta así una gran satisfacción publicar en este capítulo de la Revista electrónica “Estudios de Derecho Empresario” los trabajos finales aprobados de los alumnos que cursaron la primera cohorte de esta Diplomatura.

Querido amigos, hemos efectuado así, un breve raconto de este Volumen que les invitamos a descubrir y experimentar, iniciando ese descubrimiento en el análisis del índice.

Gracias por las contribuciones y alentarnos en proseguir nuestra misión.

José Fernando Marquez Efraín Hugo Richard

Romina Furiasse María Fernanda Cocco Luisa Isabel Borgarello

Instituto de Derecho Comercial

UN POCO DE HISTORIA

Maria Fernanda COCCO

El INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL del DEPARTAMENTO DE COORDINACIÓN DOCENTE DE DERECHO COMERCIAL de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA fue recreado[1] como actividad de ese Departamento en el año 1995 al asumir su actual Director, el Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, y siendo Coordinador Académico el Prof. Francisco Junyent Bas, fijando como OBJETIVOS centrales: A) fomentar la labor de jóvenes docentes e investigadores a través del diálogo siempre abierto entre maestros, docentes y alumnos, en la común tarea de progreso científico y social; y B) la participación con comunicaciones y organización de actividades en apoyo a la formación académica de jóvenes profesionales y cohesión con los claustros de profesores, además de la asistencia a las sesiones de los tradicionales congresos societarios y concursalistas.

El original Instituto organizó el Primer Congreso de Derecho Societario del año 1977 que tuviera lugar en La Cumbre – Córdoba, que contó con la presencia del señor rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Doctor Jorge A. Clariá Olmedo; del señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, director del Instituto de Derecho Comercial y organizador de ese Congreso, Doctor Francisco Quintana Ferreyra; del señor decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Doctor Manuel Augusto Ferrer; y de los profesores doctores Delfino Cazet (Uruguay), Héctor Cámara, organizador también de este congreso, Carlos Odriozola, Enrique Zaldívar, y, a quien se le encomendara el rol de Coordinador General, Efraín Hugo Richard[2].

Ejerciendo la Presidencia el Doctor Francisco Quintana Ferreyra expresaba como consta en las Actas del Congreso[3] *"Señor Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Señor Decano Facultad Derecho de Universidad Católica de Córdoba, señores congresistas, colegas del Brasil y del Uruguay, señores profesores, señoras: Corrían los días mes de octubre del año pasado, cuando desde la dirección del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad -que entonces ejercía- adopté la decisión de organizar este evento científico. Expuse la idea al pequeño grupo de jóvenes profesores que desde el primer momento me han acompañado y con la ayuda de otros docentes, alumnos y empleados, podemos presentarnos con la satisfacción de haber cumplido esa ardua labor"*[4].

Por su parte, el Doctor Héctor Cámara expresaba: "*El Instituto de Derecho Comercial de esta Facultad de la trisecular Universidad Nacional de Córdoba, que ha sabido mantener la continuidad histórica de la que a justo título se enorgullece, tiene hoy el alto honor de recibir a calificados comercialistas, hombres de derecho como también profesionales de otras disciplinas conexas al quehacer económico, que procedentes de todo su territorio llegan a esta tranquila ciudad enmarcada en la serranía cordobesa para celebrar este cónclave, acontecimiento que marcará un hito en el campo de sus realizaciones y acción extensiva de la cultura jurídica de la Nación. La reunión*

1 Es necesario destacar que el mencionado Instituto había sido desactivado en el año 1984 y no tuvo funcionamiento hasta su reactivación en el año 1995.

2 En ese momento Secretario Académico y Vice Director a cargo del Instituto. Como Anexos I y II se incorporan los documentos de los Actos de Apertura y Cierre del Primer Congreso de Derecho Societario del año 1977.

3 Debemos reconocer aquí el trabajo de la gente que integra y mantiene el Repositorio Digital Institucional de la Fundación UADE donde se pueden consultar todos los libros (ya digitalizados) de los Congresos de Derecho Societario. El link de consulta es el siguiente: https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/2375

4 Vésae Anexo I.

demuestra que las universidades no sólo producen profesionales, sino también investigadores que auxilian las tareas del Estado promoviendo el avance de la legislación; asimismo, progreso económico y moral, y que los juristas no se abaten convencidos de la inmanencia del derecho"[5].

Quince años después, se organizó el "Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y Quinto Congreso Argentino de Derecho Societario" en Huerta Grande. Se contó con la presencia de más de 800 participantes con un 12% de profesores extranjeros. Este Congreso trianual iniciado en 1977, continúa desarrollándose hasta la actualidad en diferentes locaciones del país y siempre amparado en la extensa red de universidad públicas y privadas que reúnen a los amigos de la Escuela Comercialista de Córdoba.

Tanto el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba -creado por la misma en 1988-, cuanto el Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba asumen, en actividad conjunta y coordinada, la organización cada quince años de esos Congresos. Así fue como en el año 2007 se desarrolló el "Décimo Congreso Argentino de Derecho Societario y Sexto Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa" en La Falda – Córdoba; y para el año 2022 se está trabajando activamente en la organización del "Décimoquinto Congreso de Derecho Societario y Undécimo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa" que se desarrollarán en la Ciudad de Córdoba, bajo el lema "Libertad bajo Responsabilidad".

Paralelamente, y con la colaboración del Dr. Richard, se iniciaron los Congresos Argentinos de Derecho Concursal en Roque Saenz Peña primero y luego en Termas de Rio Hondo, y siguiendo trianualmente siempre con los Congresos Iberoamericanos de Derecho de la Insolvencia. Así recordó Richard esos comienzos en un homenaje que, también, descubre los inicios del Instituto en los 60: "*La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a través del Departamento de Derecho Comercial bajo nuestra Dirección, por resolución del 17 de julio de 2008, auspició académicamente ese curso y adhirió al homenaje al Profesor Dr. Héctor ALEGRÍA, Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, atendiendo a la larga vinculación con aquella Facultad, y con nosotros -contemporáneos-, iniciándose el vínculo el 13 de mayo de 1965 al inicio de las "Jornadas sobre letras de cambio, pagarés y cheques", con su asistencia a las mismas organizadas por la entonces Cátedra de Derecho Comercial II de la que era titular el Profesor Dr. Francisco Quintana Ferreyra, donde el homenajeado representó a las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y del Salvador y al Instituto Argentino de Derecho Comercial, presidiendo la Comisión de Excepciones Cambiarias, de la que también fue Relator en el Plenario, presentando importantes comunicaciones, gestándose desde ese momento una sólida relación con esta Universidad y con nosotros, coincidiendo en uno de los temas y acompañándolo en la Secretaría de dicha Comisión*[6]*. Nos volvimos a encontrar cuando él, con gran entusiasmo, presentaba el proyecto de la ley de concursos junto al maestro cordobés Francisco Quintana Ferreyra, en el Congreso de Derecho Comercial de 1969, en Rosario. Incursionando en el derecho concursal nos encontramos en numerosas ocasiones, particularmente cuando lo convocamos, en Congreso organizado por la Universidad Nacional del Nordeste en Roque Sáenz Peña: el Primer*

5 Véase Anexo I.

6 Jornadas sobre letras de cambio, pagarés y cheques – mayo de 1965, Ed. Dirección General de Publicaciones Córdoba 1967, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Cátedra de Derecho Comercial II, donde a pág. XIII, en el índice lucen tres ponencias de nuestro homenajeado sobre la acción ejecutiva: la cláusula sin protesto, las normas del derecho internacional privado y la distinción con la acción cambiaria y las coincidencias con la nuestra (pág. XIV (pág. 160) sobre la cláusula sin protesto y la acción ejecutiva. A su vez a pág. VII obran las Comisiones de Trabajo, entre ellas la de "Excepciones cambiarias" donde compartimos tareas, Héctor como Relator y nosotros como Secretario.

Congreso Nacional de Derecho Concursal en 1982, integrándolo a la Comisión Asesora del mismo; lo que repetimos para el Segundo Congreso de Derecho Concursal en Río Hondo en 1984 con la Universidad Católica de Santiago del Estero. Desde la Secretaria de la Comisión Asesora, y nuevamente desde la Vice Presidencia del Congreso, integramos a Héctor Alegría al triunvirato que se proclamó como Presidencia Honoraria del Congreso[7]".

Nos relata Efraín Hugo Richard, a cargo del II Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia (La Cumbre - Córdoba - 2000) realizado ***in memoriam*** de los Profesores Eméritos y Maestros de la Escuela Cordobesa: Mauricio Yadarola, Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, que: *"Nos encontramos en el 1964, coetáneo con nuestra adscripción a sus cátedras, en el renaciente Instituto de Derecho Comercial. Durante 20 años los vimos atesorar el tradicional semillero de vocaciones y de ideas que era ese Instituto. El tradicional encuentro semanal en el Instituto, que imponía la comunicación diaria, fue el germen de importantes trabajos, la gesta de congresos, jornadas, seminarios, etc. que han sido ejemplo y punto de partida para su repetición en otras universidades"*.

El Instituto de Derecho Comercial ha funcionado ininterrumpidamente desde su reactivación en el año 1995, como dan cuenta los párrafos precedentes, en vinculación permanente con el Instituto de la Empresa de la Academia de Córdoba, siendo uno de los trabajos más gratificantes la realización del Seminario Anual para la formación de adscriptos y ayudantes alumnos de las diversas asignaturas que nuclea el Departamento de Derecho Comercial. En ese seminario se pretende recrear ese espíritu fraternal e igualitario donde los grandes maestros y profesores se encuentran en respetuosos debates e intercambios con los nóveles y jóvenes estudiantes y egresados que se inician en su carrera docente y abrazan, al igual que sus predecesores, el amor y la devoción por el estudio del derecho en pos de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva. Así, el Instituto, se convierte en el semillero que ideas que sigue alimentando el trabajo y la dinámica grupal como superadora de las individuales y que, sin duda alguna, ha sido y es la mayor fortaleza de la Escuela Comercialista de Córdoba.

Muchos queridos y estimados profesores han dirigido y coordinado el Instituto de Derecho Comercial y su Seminario Anual. Muchos otros han colaborado en el desarrollo de las actividades programadas en cada ciclo. Dentro de ellos, me interesa destacar a la Prof. Luisa Isabel Borgarello que tuvo a su cargo la gesta de la colección de libros Ensayos de Derecho Empresario en homenaje a los Profesores fallecidos, que cuenta con ocho volúmenes impresos[8]. La Prof. Borgarello, Lita para los amigos, es una eximia docente de Derecho Concursal y Secretaria Académica del Instituto de la Empresa de la Academia. Ella ha sido el alma de la coordinación de muchos de los eventos que antes mencionáramos y de tantos otros a través de las Secretarías de Extensión y de la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho donde se desempeñó como Secretaria hasta comienzos del año 2019. Gracias querida Lita por tu generosidad, tu gran capacidad y tu valioso esfuerzo.

Cuando me engarcé al equipo que se fue gestando con ese espíritu, y que continúa con fuerza, comenzamos a explorar nuevas formas para todas las actividades que se desarrollan dentro del Instituto. Así nació la Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario (reemplazante de Ensayos

7 La historia esta tomada de "SOBRE LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA (en torno a aspectos patrimoniales)" del actual Director del Departamento de Derecho Comercial Efraín Hugo RICHARD, publicado en "Derecho Económico Empresarial – Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Ed. La Ley, Buenos Aires 2011, tomo II pág. 1397.

8 En poco tiempo, y gracias al trabajo relativo a la construcción del espacio web del Departamento de Derecho Comercial, se podrá acceder a los índices de dichos ejemplares a través del siguiente link: https://derecho.unc.edu.ar/departamento-de-derecho-comercial/

de Derecho Empresario) y que presenta ahora su Volúmen 21. Se trata de una publicación científica, arbitrada, periódica, cuyo propósito es difundir las investigaciones llevadas a cabo por los profesores, adscriptos, investigadores vinculados al Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho de la U.N.C. y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y de colegas de las ciencias económicas y jurídicas de otros centros de estudios vinculados a la "Escuela Comercialista de Córdoba y sus amigos" como nos gusta extender, presentando a la comunidad académica jurídica y económica sus aportes a la interpretación, aplicación y perfeccionamiento de las normas jurídicas, estimulando el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas ni poseer orientación particular. Se accede a través del Portal de Revistas Electrónicas de la UNC[9] y ha participado de varios eventos académicos y de la Feria del Libro de Córdoba.

Luego, apareció el Boletín Digital CRONICOM[10], también con soporte tecnológico brindado por la Universidad Nacional de Córdoba. Debe su nombre a la expresión corta de *"CRONIcas de la escuela COMercialista de córdoba"* y se trata de un boletín informativo conjunto del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, del Departamento de Derecho Comercial y de la Navegación de la Facultad de Derecho, de las Cátedras de Derecho Comercial y Contratos, de Sociedades Comerciales y de Derecho Empresario de la Facultad de Ciencias Económicas, de la Cátedra A de Derecho Privado IV Sociedades y relaciones de organización de la Facultad de Derecho y de la Cátedra C Derecho de la Navegación, el Transporte y las Comunicaciones de la Facultad de Derecho.

Otro gran ansiado logro es el Programa de Investigación de Derecho Comercial y de la Empresa, radicado desde el año 2018 en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho. El programa está dando sus primeros pasos en la formación y conformación de equipos de de investigación acreditados. Los miembros del mismo indagan en instituciones para alcanzar la comprensión de la evolución del sector del mundo social que es la empresa, a través de tópicos complejos y controvertidos. Es un trato dirigido a fijar nuevos paradigmas en el nacimiento, funcionalidad y extinción de los instrumentos jurídicos de la organización, asegurando la continuidad de la empresa como actividad, particularmente de los puestos de trabajo, y el equilibrio de intereses y el financiamiento. El paso de una mentalidad clásica, limitativa de la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo imponiendo conductas configurativas de responsabilidad a una concepción funcional, de equilibrio, intentando generar una paz social en el desarrollo empresario, basada en la solidaridad, la información y la negociación, tratando de alentar un "capitalismo productivo", engarzado en la planetización económica, pero tratando de escapar de los daños que genera la globalización financiera. De esta manera se conjugan los tres pilares que marca el Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba: Docencia, Investigación y Extensión.

Este año 2020, la pandemia del COVID-19 planteó al equipo que tiene a cargo[11] el Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial un desafío muy grande: se debieron suspendender las actividades al inicio del asilamiento social, preventivo y obligatorio. Rápidamente, y gracias a esa dinámica grupal que tanto nos caracteriza, se logró encontrar la manera de efectuar la transición a la virtualidad del Seminario: desde la Facultad de Derecho se habilitó un aula virtual especial y, en

9 https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/2081

10 En poco tiempo, y gracias al trabajo relativo a la construcción del espacio web del Departamento de Derecho Comercial, se podrá acceder a todos los números del Boletín Informativo Digital CRONICOM a través del siguiente link: https://derecho.unc.edu.ar/cronicom/

11 El Prof. Dr. José Fernando Márquez es el Director Académico y la Coordinación Académica está a cargo del Prof. Sixto José Sonzini Astudillo y de la Prof. María Fernanda Cocco

varias ocasiones, pudimos contar con la plataforma de videoconferencias institucional para la continuidad de las actividades previstas. Se desarrollaron dos jornadas especiales y participaron personas de todos los puntos del país. La virtualidad tuvo muy buena acogida.

Ahora afrontamos la próxima realización de las Décimas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la Republica, que se realizan desde el año 2001, y cuya Dirección se ha encomendado a los Profesores Luisa Isabel Borgarello, Eduardo Chiavassa y Sergio Ruiz. Las jornadas tienen como lema: “Desafio del derecho de la insolvencia en tiempos de pandemia. A 25 años de la ley 24.522”.

He querido hacer un poco de historia de la Escuela Comercialista de Córdoba y sus amigos, que así la llamamos hoy, recordando algunos hechos y personajes. Sin duda se irán engarzando otros recuerdos. Ese es el propósito.

No hay acciones individuales sino dinámica grupal.

ANEXO I: Acto de apertura del Primer Congreso de Derecho Societario 1977[12]

PLENARIO DE APERTURA

En la ciudad de La Cumbre, provincia de Córdoba, a 17 días del mes de agosto de 1977, siendo las 12:

Sr. COORDINADOR GENERAL (Dr. Richard). — Vamos a iniciar el acto de apertura de este Primer Congreso de Derecho Societario entonando las estrofas del Himno Nacional Argentino.

Así se hace. (Aplausos).

Sr. COORDINADOR GENERAL (Dr. Richard). — Seguidamente escucharemos el Himno de la Universidad Nacional de Córdoba.

Así se hace. (Aplausos).

Sr. COORDINADOR GENERAL (Dr. Richard). — Se ha dado así iniciación al plenario de apertura del Primer Congreso de Derecho Societario, organizado por el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Se hallan presentes en el estrado el señor rector de la Universidad Nacional de Córdoba, doctor Jorge A. Clariá Olmedo, el señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, director del Instituto de Derecho Comercial y organizador de este Congreso, doctor Francisco Quintana Ferreyra, el señor decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, doctor Manuel Augusto Ferrer, y los profesores doctores Delfino Cazet, del Uruguay, el doctor Héctor Cámara, organizador también de este congreso, y los doctores Carlos Odriozola y Enrique Zaldívar.

Queda en adelante presidiendo el Congreso el doctor Francisco Quintana Ferreyra.

1

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). — Hoy, 17 de agosto, día en que todos los argentinos tenemos la obligación de detenernos en nuestros quehaceres a fin de honrar la memoria de nuestro héroe el

3 — Primer Congr. Der. Soc., I.

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

12 Documento extraido del Repositorio Digital Institucional Fundación UADE donde se pueden consultar todos los Congresos Societarios https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/1638

Libertador don José de San Martín y meditar sobre las virtudes de quien es un paradigma del patriotismo, nos hemos reunido un grupo de estudiosos del derecho comercial para trabajar examinando algunos de los múltiples aspectos que ofrecen las normas reguladoras de las sociedades comerciales, después de cinco años de vigencia.

El fruto de las tareas que en esta fecha comenzamos en el ámbito del Primer Congreso de Derecho Societario, será el más sublime homenaje a tan egregia memoria.

Quiero señalar, además, que estoy seguro de interpretar los sentimientos de todos los presentes, si afirmo que también estamos recordando en este acto la brillante personalidad de aquellos profesores de derecho comercial que integraron la Comisión constituída hace una década para proponer las reformas al Código de Comercio, que fueron los doctores Rodolfo O. Fontanarrosa, Isaac Halperin, Carlos C. Malagarriga y Guillermo Michelson, maestros en el aula, maestros en el libro, jueces prudentes y abogados ilustres que tanto en la magistratura como en el ejercicio de su profesión demostraron sus virtudes. Con su imprescindible y valioso aporte se concretaron las leyes de sociedades y de concursos y los proyectos definitivos de las leyes de trasferencia de establecimientos mercantiles y de fideicomisos, remitidos en su oportunidad al Poder Ejecutivo nacional.

Que la memoria de tan magno héroe y de tan insignes juristas ilumine las deliberaciones de este Congreso.

Señor rector de la Universidad Nacional de Córdoba, señor decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, señores congresistas, colegas del Brasil y del Uruguay, señores profesores, señoras: Corrían los días del mes de octubre del año pasado, cuando desde la dirección del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad —que entonces ejercía— adopté la decisión de organizar este evento científico. Expuse la idea al pequeño grupo de jóvenes profesores que desde el primer momento me han acompañado y con la ayuda de otros docentes, alumnos y empleados, podemos presentarnos con la satisfacción de haber cumplido esa ardua labor.

Plasmada la organización, hoy ponemos a disposición de los señores congresistas todas las ponencias, debidamente impresas y ordenadas, como también los elementos y ámbitos de trabajo, todo lo cual demandó apreciables erogaciones que fueron atendidas con las generosas contribuciones de importantes empresas. Así ha podido culminarse la tarea organizativa y estoy anticipando mi agradecimiento a unos y a otras.

Señoras y señores: En mi carácter de decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, al declarar inaugurado el Congreso, les expreso cuán profunda es mi complacencia al dar la bienvenida a cada uno de los congresistas que nos visitan y desearles una plácida estadía.

Estimados amigos: Unidos por los lazos inefables de nuestros estudios del derecho comercial, se ha elegido este lugar para deliberar, aquí, entre las serenas montañas, con un noble propósito: hacer posible una eficiente tarea, sin las interferencias molestas de la ciudad; y lograr una comunicación que haga más estrechos aún aquellos lazos de amistad, libre de todo protocolo. Ella ha de surgir de la convivencia durante cuatro días en un local, que si bien no tiene el sabor de los antiguos claustros cargados de historia de nuestra Universidad, se ha impregnado ya de su espíritu, que es portado por cada uno de sus docentes que aquí estamos.

Apreciados juristas que nos honran con su visita: Conozco de la jerarquía de vuestros títulos y de la calidad de los trabajos que habéis presentado; conozco de vuestra sapiencia y de la generosidad con que intercambiaréis vuestros conocimientos; sé de la poderosa influencia que el *alma mater* de nuestra Universidad ejerce sobre quienes sienten vocación por las ciencias; sé de la importancia de la investigación jurídica; sé que trabajaréis intensamente durante estos días; conozco de la hospitalidad que os brindarán vuestros colegas cordobeses.

Por eso no dudo del brillante éxito del Congreso —Dios mediante— y de los esclarecedores resultados que se obtendrán.

Muchas gracias. (Aplausos).

Tiene la palabra el señor profesor doctor Cámara.

DR. CÁMARA. — Señor rector de la Universidad Nacional de Córdoba, señores decanos de las Facultades de Derecho oficial y Católica, señor intendente municipal de La Cumbre, señoras, señores:

Por deferente invitación del señor decano de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, indeclinable por lo que ello importa y por la cátedra que profesamos, nos es particularmente grato iniciar la sesión inaugural del Primer Congreso Nacional de Derecho Societario.

El Instituto de Derecho Comercial de esta Facultad de la trisecular Universidad Nacional de Córdoba, que ha sabido mantener la continuidad histórica de la que a justo título se enorgullece, tiene hoy el alto honor de recibir a calificados comercialistas, hombres de derecho como también profesionales de otras disciplinas conexas al que-

hacer económico, que procedentes de todo su territorio llegan a esta tranquila ciudad enmarcada en la serranía cordobesa para celebrar este cónclave, acontecimiento que marcará un hito en el campo de sus realizaciones y acción extensiva de la cultura jurídica de la Nación.

La reunión demuestra que las universidades no sólo producen profesionales, sino también investigadores que auxilian las tareas del Estado promoviendo el avance de la legislación; asimismo, progreso económico y moral, y que los juristas no se abaten convencidos de la inmanencia del derecho.

Además, es muy útil al congregar en su seno a jueces, profesores y profesionales de la Capital Federal y de todas las provincias, en ambiente propicio para el estudio, la comprensión y la identificación de ideales, permitiendo reanudar el diálogo con muchos o el conocimiento de otros, a quienes tal vez leímos muchas veces.

Alguien recordó que Grecia conservó el vigor y la frescura de su unidad no tanto por la raza y la exquisita lengua común, ni por el culto de los dioses mayores ni por las hazañas de sus héroes, sino porque los artistas y atletas en sus estadios más diversos protagonizaban periódicamente en el regazo de justas y torneos.

No podemos silenciar que en esta ocasión se han dado cita un numeroso elenco de delegados y observadores, conjunción de fuerza pocas veces lograda: las cátedras universitarias estatales y privadas, los institutos de derecho comercial, los tribunales de justicia de las provincias, los colegios de abogados, representantes del Ministerio de Justicia de la Nación, de la Comisión Nacional de Valores, de la Inspección Nacional de Personas Jurídicas y de los organismos provinciales de control estatal, Dirección de Fomento Cooperativo, Bolsa de Comercio, como también asesores de asociaciones e instituciones privadas.

Todos ellos traen su valioso aporte para los debates, donde afortunadamente conjugan la teoría y la práctica, la ciencia y la experiencia.

A nadie escapa la relevancia de este Congreso en el campo profesional, en el ámbito general del derecho como en el medio social donde desarrollamos nuestras actividades, lo cual patentiza la cantidad y calidad de las ponencias depositadas, que serán objeto de nuestro examen.

En primer lugar, desde el punto de vista profesional, por cuanto mediante el intercambio constructivo de pensamientos y con la exposición de teorías y experiencias diversas perfeccionamos nuestros

conocimientos, disipamos vacilaciones y fijamos bases para la mejor inteligencia de las normas legales.

En el campo del derecho, en segundo término, porque las opiniones vertidas podrán aprovecharse como fuente para dilucidar contiendas unas veces, y otras para la elaboración o modificación de leyes, decretos, reglamentos, etc., como ha ocurrido en otras justas intelectuales que han gozado de poder educativo y fuerza de sugestión sobre el país. El derecho positivo siempre puede y debe mejorarse.

Por último, en el medio social en que actuamos, porque como corolario de lo manifestado precedentemente, al afianzar la justicia contribuímos al bienestar de la familia argentina brindándole mayor seguridad jurídica que tanto anhelamos, elemento esencial de la paz social en un mundo aquejado de cambios y trasformaciones.

Ello cabe destacar, porque el hombre masa que Vallet de Goytisolo diseñó impecablemente en *Sociedad de masas y derecho*, no compulsa la incidencia de los problemas jurídicos en su vida, encandilado por el fastuoso desarrollo tecnológico o el despliegue de las ciencias aplicadas: verbigracia, en qué medida la sociedad anónima de manera ostensible o solapada puede usarse para propósitos inconfesables; el dominio efectivo de la empresa por grupos que no tienen el mayor interés económico; la influencia de tales grupos en la vida de la comunidad; lo que en nuestra sociedad en plena expansión pueden devenir esas empresas privadas, en cuyas manos a lo mejor se hallan la decisión sobre la producción y el consumo de bienes necesarios a todos, etc.

La denominación del Congreso —Derecho Societario—, posiblemente un poco ambiciosa, pueda merecer reparos, pues, a semejanza del derecho cambiario, derecho concursal, etc., no se desprendió aún del claustro materno, el *ius mercatorum*.

Sin embargo, ello no perdurará mucho tiempo ante el maravilloso poder expansivo de las sociedades mercantiles, en especial, la sociedad anónima, que domina el mundo contemporáneo, al servicio tanto de los particulares como del sector público.

Entre nosotros, buena muestra es la ley 20.705, de Sociedad de Estado, que recoge la sociedad unipersonal —art. 2—, lo cual hubiera extrañado a los comercialistas clásicos como contra natura: el contrato de sociedad, como el matrimonio, requiere naturalmente la existencia de dos personas.

Ripert agudamente apuntó, hace treinta años, que estamos viviendo en la era de las sociedades por acciones, y su frase cobra cada día mayor vigencia.

Antes era rico, agregaba dicho autor, el propietario de grandes extensiones de tierra, castillos, etc., en tanto hoy lo es quien a lo mejor alquila un departamento, pero cuenta en la caja fuerte del banco con un grueso portafolio que le permite manejar cuantiosas empresas. Nada tiene anotado a su nombre, apareciendo como insolvente.

También contribuirá a la emancipación del derecho societario, el hecho de que la empresa está dibujando más netamente su figura, bastante borrosa hasta el presente, tanto que su significado es diverso para los derechos administrativo, mercantil, financiero, etc., como también en la doctrina mercantilista, según miren el sujeto, el patrimonio, la función, etc.

Así se infiere del llamado "Informe Sudreau" para la reforma de la empresa, magnífico esfuerzo para dotarla de estatuto legal formulado por el Comité de Estudio presidido por el ex ministro de trabajo de Francia, con la colaboración de representantes de los sindicatos, del campo económico, patronal y universitario, donde se proponen setenta reformas divididas en los diez capítulos de la obra.

En ese cauce, la ley 19.550, como sus primeros antecedentes, el proyecto Malagarriga y Aztiria y Proyecto de la Comisión revisora asesora del Anteproyecto de ley general de sociedades, fueron elaborados como ordenamiento integral de la materia, autosuficiente, sin necesidad de echar mano de otros cuerpos legales, pretendiendo conferirle cierta autonomía formal.

No terminamos este apartado sin recordar que acabamos de rozar dos temas plenos de seducción para meditar, cuales son la "empresa" y sus vinculaciones con la sociedad mercantil, a los que dedicamos pocas palabras.

El concepto de "empresa" no es cuestión muy claramente definida, manifestando Garrigues: los mercantilistas que se creen los teóricos de la empresa llevan medio siglo cortejándola y todavía no han sabido conquistarla. El derecho no ha logrado tomar plena posesión de la empresa.

Dejando de lado la reciente opinión de Lambert-Faivre en *L'entreprise et ses formes juridiques* que la considera como patrimonio de afectación, hay quienes la miran desde la vertiente patrimonial —las cosas que separadamente o en conjunto podían ser objeto de derechos reales— formulando varias construcciones pasibles de ser tachadas de unilaterales. En cambio, otros buscaron destacar el elemento incorpóreo que aquéllos olvidaron, la actividad desarrollada

por el empresario en la producción e intercambio de bienes o servicios para el mercado que apoya el *Codice Civile* al definir el empresario. Esta posición tiene el mismo defecto que la anterior, afirmando Langle que los autores que la propugnan tomaron el alma y dejaron el cuerpo.

En verdad, la noción parece encontrarse contemplando ambos datos, unidad de bienes y energía, dijo De Gregorio: al lado de los bienes y derechos del titular para aquel ejercicio se insertan las distintas relaciones económicas, reunidas por la voluntad del empresario encauzadas a la producción e intercambio de bienes y servicios para el mercado.

Tampoco es simple detectar las relaciones entre empresa y sociedad, sobre lo cual no hay concordancia entre los teóricos.

Pailluseau, en un libro denso —*La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*—, acaba de sostener que la sociedad es la *técnica jurídica* destinada a dar a la empresa una *existencia* y una *organización sobre el plano jurídico*; en otras palabras, un conjunto de reglas jurídicas, de técnicas y de mecanismos destinados a permitir la organización jurídica y la vida de una forma de producción o de distribución de un organismo económico: la empresa.

A pesar de que dicha tesis no está exenta de seducción, proclamando su autor que es conforme a la imagen que tiene el público, *sociedad* y *empresa* son términos sinónimos, sin detenernos en su mérito detalladamente resistimos esa equivalencia.

La empresa es el precipitado de la actividad del empresario y la sociedad el sujeto titular de esa actividad, capaz de asumir derechos y obligaciones, que contraídas en su nombre se proyectan normalmente sobre la empresa y sus elementos: la empresa constituye la infraestructura de la sociedad.

Las "sociedades comerciales" objeto de este Congreso, están en todos los países en la "orden del día" para la revisión por su rica problemática, carácter progresivo, la intervención cada vez más creciente del Estado en el sector económico, las profundas mutaciones en la vida negocial, dejando periclitado el viejo instrumental.

Como bien se dijo, los juristas deben responder el reto de la economía, que proclama nuevos cauces jurídicos para los nuevos hechos sociales y económicos, que irrumpen sin cesar en el terreno de las normas jurídicas. Esa corriente incesante que proviene de la economía provoca el rápido envejecimiento de las leyes mercantiles por ser éstas las más sensibles a las mutaciones de las estructuras social-económicas.

Asimismo, influyen los nuevos medios operativos, como el abuso de la personalidad, la concentración vertical y horizontal de empresas llegando al gigantismo, favorecido por la creación de mercados comunes que facilitan la fusión o agrupamiento de empresas del área para poder competir más exitosamente en la esfera internacional: proceso expansionista ligado al desarrollo capitalista.

Resulta lógica la reestructuración, porque estamos bajo el signo de la reforma universal. Como señaló Garrigues, el viento reformador amenaza derrumbarlo todo, alterando las instituciones tradicionales y resquebrajando los edificios que parecían más sólidos. Ha entrado en la familia. ¿Qué quedan ya, sino las cenizas de las venerables instituciones del derecho civil, conocidas con el nombre de "patria potestad" y de "poder marital"? Hasta a la Iglesia misma ha llegado el viento reformador. El pontífice Paulo VI, en su discurso del 7 de mayo de 1969, reconoce que se ha planteado "en términos nuevos y agresivos el gran problema de la reforma de la Iglesia", y que el Papa está "más que nadie en favor de una justa reforma".

Es fácil comprobar que el derecho comparado brega por un *aggiornamiento* del estatuto de las sociedades comerciales, para ajustarlo al momento actual, a pesar de que como expresa Garrigues, su dinamismo a veces se detiene por culpa de nosotros, los juristas, que nos deleitamos morosamente en el juego dialéctico de las figuras y conceptos jurídicos, encerrados en nuestros gabinetes de estudio, en los que apenas penetra el aire libre de los hechos de la vida real; olvidando que el derecho se hizo para la vida, y no al contrario. Derecho nuevo significa, por tanto, no una innovación de laboratorio, sino el conjunto de normas dictadas en contemplación de la realidad y para servir a un ideal de Justicia.

En Suiza continúan los trabajos de la Comisión de reformas a las sociedades comerciales.

Bélgica por ley del 6 de marzo de 1972 introduce varias reformas; Dinamarca, que sobre el tema conservaba un estatuto raquítico y anticuado, dictó el 13 de junio de 1973 las leyes 370 y 371, sobre sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. Luxemburgo, por ley del 6 de mayo de 1974, siguiendo las directivas del Consejo de las Comunidades Europeas, admite la entrada de los empleados en la dirección de la empresa.

Alemania sancionó su nueva ley del año 1965, actualizando su anterior ordenamiento del año 1937, aunque siguiendo sus huellas en el fondo. Francia dictó la ley 66/537 el 24 de julio de 1966, sobre sociedades comerciales, que en un decenio de vigencia fue objeto

de plurales modificaciones, casi todos los años, cuyo proyecto fue estudiado por el 64º Congreso de Notarios de Francia, denominado "El derecho de las sociedades al servicio de la conducción de las empresas".

Italia cuenta varias iniciativas para la revisión de la sociedad por acciones, cuyos proyectos y documentos se publicaron el año 1966 bajo el nombre "La reforma de las sociedades de capitales en Italia". Hace poco sancionó una minirreforma, intitulada la *piccola riforma*, con importantes novedades sobre todo en las empresas que cotizan en bolsa —ley 216 del 7 de junio de 1974 y decretos legislativos 136, 137 y 138, del 31 de marzo de 1975—.

En el continente americano, además de los recientes códigos y leyes sancionados, que no son de avanzada, como el Código Mercantil de Bolivia del año 1973; Código Comercial de Colombia del año 1971; Ley de Compañías de Ecuador de 1971; Código de Comercio de Guatemala del año 1970, cabe destacar que Brasil publica la ley 6385, del 7 de diciembre de 1976, reglando el mercado de valores mobiliarios y crea la Comisión de Valores, para al poco tiempo sancionar la ley 6404, del 15 de diciembre del mismo año, sobre sociedades por acciones, luego de largo trámite.

Espigando la última, discrimina claramente las sociedades abiertas y cerradas, según los valores mobiliarios sean o no admitidos a la cotización en bolsa —art. 4—; limita el número de las acciones preferidas —art. 15, inc. 2—; recoge las acciones sin valor nominal —art. 14—; rechaza las acciones de voto plural —art. 116, inc. 2—, etc., pero en especial disciplina prolijamente las "sociedades coligadas, controladoras y controladas" —cap. XX, arts. 243 a 264—, los "grupos de sociedades" —cap. XXI, arts. 265 a 277— y "consorcios" —cap. XXII, arts. 278 y 279—, donde trasluce la influencia de la legislación germana.

En el rápido *excursus* del derecho comparado sobre las sociedades anónimas, se percibe sin dificultad por presión del derecho social, la tendencia acusada de conferir a los empleados participación en su manejo, tema que entre nosotros no despertó mayor interés y cuyos beneficiarios se mostraron más bien indiferentes. La ley 19.550 sólo contempla los bonos para los trabajadores —arts. 230 a 232—.

Al respecto es de señalar el Coloquio organizado en la Sorbona al 4/5 de junio de 1976, convocado por el Centro de Estudios Jurídicos Comparativos de la Universidad de París, sobre "La participación del personal en la dirección de la empresa: algunas experiencias extranjeras". Él exhibió el sistema alemán a través de las legislaciones de los años 1951, 1972 y 1976; el de los Países Bajos en la

llamada ley de estructuras de 1971; la ley sueca vigente a partir del 1 de enero de 1977, etc.

También en los Estados Unidos de Norteamérica, que ignora las formas institucionales de la cogestión, pero donde los sindicatos disponen de gran predicamento sobre la dirección de las empresas, tanto que hace poco tiempo uno de ellos solicitó dos asientos en el Consejo de Administración de Chrysler.

Llamamos la atención sobre este problema que tarde o temprano tendrá que abordarse.

La ley 19.550, algunos de cuyos aspectos constituyen temas de esta reunión, importa sin lugar a dudas una obra seria y meditada, aunque pueda discreparse con algunas conclusiones: el propio Halperin, que presidió la Comisión, anota disidencias.

Muchas de las críticas despertadas no son justificadas, pues en general se ajusta a la realidad social-económica del país y sus novedades avaladas por la experiencia foránea. Nada tiene de extravagante. Lo que ocurre es que los hombres de derecho son reacios a todo nuevo estatuto, prefiriendo mantener su viejo material inadecuado pero conocido.

El nuevo ordenamiento fue motivo de varias reformas, aun antes de entrar en vigor hasta la ley 21.357, y también la ley 21.525 dejó sin efecto la segunda parte del art. 216 —prohibición de emitir acciones privilegiadas cuando la sociedad cotiza en bolsa—, para los aumentos de capital por revalúo contable.

Estas revisiones sucesivas no son extrañas al legislador contemporáneo, según ha acontecido con la reciente ley francesa de sociedades, como señalamos.

Asimismo, en 1973 el Ministerio de Justicia de la Nación designó una Comisión para la reforma de esta y otras leyes —a la sazón, decretos-leyes—, cuyos trabajos ignoramos. Más recientemente, según noticias, el citado Ministerio trabaja en la revisión y la Cámara de Sociedades Anónimas ha formulado un proyecto de reforma muy serio a la ley respectiva.

A guisa de ejemplo, formulamos algunas objeciones como simples reflexiones, y no como expresión de un juicio definitivo, como sugestión de someter la iniciativa a prueba más rigurosa de razonamiento y experiencia.

El régimen de las sociedades entre cónyuges —art. 27— resulta opinable, contrariando la solución dominante en la doctrina y jurisprudencia patria frente al viejo derecho que guardaba silencio. La

nueva postura se inspira en el derecho francés, donde hay varios regímenes matrimoniales: no hay ecuación de situaciones.

La incapacidad creada para las sociedades anónimas y comandita por acciones —art. 30—, que sólo pueden formar parte de sociedades por acciones, afecta la reunión de empresas para ejecutar una obra determinada. La solución la defendió uno de los miembros de la Comisión basado en doctrina autorizada, pero no cabe escuchar a ésta para construír el estatuto legal, sino a las exigencias de la actividad económica: el derecho mercantil nació y se desarrolló por obra de los usos y costumbres de los mercaderes, sin consultar a los técnicos.

Tanto es así, que se designó una "Comisión paralela", que elaboró "un proyecto de fe de erratas en la ley 19.550", ampliando el referido dispositivo legal a las sociedades accidentales o en participación, que no obtuvo aprobación.

El texto actual, impecable teóricamente, no da cauce al referido problema.

La "inscripción preventiva" de los bienes registrables aportables —art. 38, 3ª parte— fue una fórmula afortunada para estos bienes ante la imposibilidad del traspaso en el acto constitutivo.

Sin embargo, corresponde reglarla más cuidadosamente, colmando los vacíos advertidos en la práctica.

El instrumento público para la constitución de la sociedad anónima, injertado a espaldas de la Comisión redactora —art. 165—, resultó poco feliz: generó innecesariamente largos debates, y con razón.

La doble conformación del acto constitutivo de la sociedad anónima, autoridad administrativa y juez de registro, aparece innecesaria y conspira contra la celeridad —art. 167—.

Ambos deben verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, lo que puede provocar resoluciones contradictorias, germen de inseguridad.

La recepción explícita de las acciones de voto plural —art. 216— proscritas por el derecho comparado, y que el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos de la ley 21.525 del 9 de febrero de este año, declara que por el momento es inconveniente extirparlas, constituyen fuente de abusos.

En su caso, correspondía imponer algunos requisitos como en la ley francesa: nominatividad, tiempo de adquisición, etc.

La elección de los directores y miembros del consejo de vigilancia por voto acumulativo —art. 263—, torturó a los intérpretes lle-

nando cuartillas con números para apoyar el parecer, hasta que la Inspección General de Personas Jurídicas concluyó la querella, aunque sin ajustarse estrictamente al texto.

De todas maneras, esa "importación" del derecho norteamericano con variantes no hizo camino: se prestó a distorsiones.

La inclusión de la sociedad accidental o en participación entre las sociedades "típicas" es cuestionable. El criterio no lo comparte el derecho común legislativo, y el proyecto Malagarriga-Aztiria la regló dentro de las asociaciones.

La enunciación de otras normas impugnables podría seguir, pero, en general, son de menor cuantía y resulta tedioso.

Este Congreso debe tratar los cuatro temas prefijados por el Comité organizador, con buen criterio para evitar se diluyan las comisiones y no se trabaje en profundidad, como ocurrió otras veces; por otra parte, no dudamos será seguido de muchos más por la extraordinaria problemática.

El catálogo incluye cuatro, a saber: "Agrupamiento de sociedades", "El íter constitutivo y la sociedad irregular", "La asamblea de sociedad anónima" y "La fiscalización estatal".

Todos revisten singular importancia, y su estudio, como el de muchos otros, se hace más necesario ante la proyectada reforma legislativa: es menester iluminar sus proyecciones y no dudamos en los resultados.

Sin adelantar opiniones, escuetamente considero el temario.

El "agrupamiento de sociedades" constituye un problema candente, que concitó la preocupación de juristas y economistas desde largo tiempo, cuya bibliografía es abundante, tema de varias conferencias internacionales.

Ascarelli dijo que las convenciones entre empresas autónomas para regular la producción o venta de un producto no es completamente nueva en la historia, como tampoco son nuevos los problemas suscitados por tales convenios, ante la necesidad de tutelar a los consumidores frente a la formación de monopolios.

La concentración de empresas tiene su reverso: propende al secreto de su existencia y actividades, suele instaurar una prepotencia económica que aspira al monopolio —descarado o encubierto como simple control—, coarta la libertad comercial, ahoga las explotaciones pequeñas o medianas, tiraniza a los propios intereses que las componen, determinan abusos y distorsiones. Con su poder económico llegan a tener fuerza política: un Estado dentro del Estado.

"El íter constitutivo y las sociedades irregulares" se refiere a la etapa formativa de toda sociedad, que corre desde el acto constitutivo hasta la inscripción registral, momento en que nace.

El problema exhibe mayor interés para las sociedades anónimas que deben cumplir largos trámites y más complejos —vgr., valuación, aportes en especie—, durante el cual suelen desarrollar su actividad. Hubo una sociedad anónima en formación durante varios años, que al final fue declarada en quiebra.

Estas sociedades son mal miradas por el legislador, quien auscultando la realidad no les puede privar de existencia. Como señaló Vivante, ello importaría realizar una obra engañosa para la buena fe, porque aquéllas se presentan en la vida de los negocios igual que las constituídas regularmente; y si *deben multiplicarse las sanciones* que liberen el ordenamiento jurídico de estas existencias anormales, *debe reconocerse todo lo posible su actividad,* desde que *existen las consecuencias* de una actividad regular.

"La asamblea de sociedad anónima" figura como tercer tema, el órgano deliberante por medio del cual la colectividad manifiesta la voluntad social, órgano supremo, conforme a la construcción democrática del siglo pasado, que perdió vigencia: en realidad, su cometido se limita a homologar lo que tiene ya resuelto el órgano ejecutivo.

Por ello, la ley germana de 1937, atendiendo esta situación, reforzó los poderes del órgano directivo como su responsabilidad, conforme al principio del Führer, lo cual mantiene la reciente ley de dicho país, criterio recibido por la ley francesa.

El último tema, con fuerte tinte de derecho público, es la fiscalización oficial de la sociedad anónima, cuyo sistema modificó el anterior al recoger el sistema de la reglamentación legal, que sustituyó el de la autorización e intervención gubernativa.

El control, para su mayor eficacia, es limitado a las sociedades del art. 299, pero con la depreciación monetaria la mayoría encuadra en el capital de $ 5.000.000, ya que el P.E. no usó la facultad de la ley 21.304 para actualizar el monto.

El anterior control estatal resultó en la práctica inocuo y contraproducente; por otra parte irritante, ya que la autorización previa no regía para las sociedades extranjeras, conforme a la ley 8867, régimen liberal que permitió que las mejores tierras de nuestra Patagonia estén en poder de corporaciones extranjeras, según denunció Alfredo L. Palacios en el Parlamento, y como quedó demostrado en la interpelación acerca de nuestro petróleo de Julio V. González al

ministro de Agricultura Mazzini Ezcurra: El P.E. se consideraba impotente para impedir la absorción de Y.P.F. por el capital extranjero.

Voces ilustradas nos ilustrarán sobre los resultados del nuevo sistema, de innegable interés, desde que alguien dijo que abandonamos el sistema de la autorización gubernativa cuando más lo necesitábamos.

Tal es, en ceñida síntesis, el programa de nuestro trabajo.

En nombre del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N. de C., antes de concluír reitero la bienvenida y os invito a trabajar en este ambiente cordial, donde se suscitarán contoversias siempre fecundas que servirán para irradiar más luz y trasformar nuestras propias ideas.

Que un nuevo éxito jalone este certamen.

Nada más. (Aplausos).

2.

AUTORIDADES. DESIGNACIÓN

Sr. COORDINADOR GENERAL (Dr. Richard). — Señor presidente: Antes de la elección de las autoridades de este Congreso, quiero hacer un pequeño recordatorio de alguna norma tendiente a asegurar el tratamiento de la totalidad de los trabajos y ponencias presentados, conforme es decisión del comité organizador. En este sentido, queremos rogarles la máxima puntualidad para la iniciación de los trabajos en comisión y al mismo tiempo reiteramos la función de los coordinadores de comisión, que tienen el importante trabajo de asegurar que se traten todas las ponencias. En este sentido ruego a las autoridades que luego se elijan, tanto del Congreso como de las comisiones respectivas, que atiendan las sugerencias de los coordinadores, fijadas en el reglamento, para el orden de tratamiento de los trabajos, con el objeto de generar un orden lógico de análisis, como también el tiempo de análisis de cada una de esas materias.

Gracias.

Dr. CRISTIÁ. — Señor presidente: Un grupo de jóvenes que hemos venido de provincias hermanas a esta hermosa tierra de Córdoba, deseamos hacer una sugerencia en cuanto a las autoridades de este Congreso, que tan maravillosamente ha sido organizado, y que esperamos sea aceptada por todos los señores congresistas. En tal sentido, proponemos como presidente del congreso al señor decano de la Fa-

cultad de Derecho y Ciencias Sociales, doctor Francisco Quintana Ferreyra; como vicepresidente al profesor doctor Héctor Cámara; como presidentes de los cuatro plenarios a los doctores Colombres, Fargosi, Odriozola y Zaldívar; como vicepresidentes de los cuatro plenarios a los doctores Delfino Cazet, Otaegui, Silberstein y Mallo Rivas.

Dr. SEARA. – En nombre de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, a la que represento conjuntamente con los doctores Odriozola y Mallo Rivas, quiero adherir fervorosamente a la propuesta formulada. Entendemos que el cargo de presidente y vicepresidente es indistinto que estén ocupados por el doctor Quintana Ferreyra o por el doctor Cámara, porque creemos que va a funcionar de tal forma la conducción de este Congreso, que es indistinto, de manera que apoyamos la propuesta. En lo que respecta a las demás proposiciones, también vaya nuestra adhesión muy concreta, porque se trata de quienes han trabajado y que tienen méritos indudables para ocupar esas misiones que se les encomienda. Por eso pido que la decisión se adopte por unanimidad, es decir que lo sea por aclamación y acompañada de un fuerte aplauso de los presentes.

Se vota y aprueba por aclamación. (Aplausos).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). – Quiero agradecer la designación, y sobre todo las muy acertadas palabras del representante de la Universidad Nacional de La Plata en cuanto ha equiparado en un mismo nivel al doctor Cámara y al que habla en ocasión de celebrarse este magnífico Congreso. Con el doctor Cámara tenemos una cordialísima y muy vieja amistad y realmente, si por la reglamentación de este Congreso tiene que haber un presidente y un vicepresidente, pienso que fue una falla, porque en ese caso quizás debería haber habido dos presidentes. Gracias.

Quedan en posesión de sus cargos las autoridades designadas.

Dr. CRISTIÁ. – Voy a proponer también como secretarios del Congreso a los doctores Lo Celso, Perrotta, Vanasco, Alegría y Castro; como secretario general al doctor Richard; y como secretarios de los plenarios a los doctores Cornejo Costas, Rovira, Plíner y Seara.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). – En consideración la propuesta formulada. Sugiero que también se acepte por aclamación.

Se vota y aprueba por aclamación. (Aplausos).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). — Invito a todos los presentes a concentrarse en la plaza a las 14 y 45 para rendir, juntamente con el señor intendente municipal de La Cumbre que nos honra con su presencia, un homenaje al Libertador general don José de San Martín. Luego continuaremos con nuestras tareas.

Queda levantada la reunión.

Es la hora 13.

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

ANEXO II: Sesión de Clausura Primer Congreso de Derecho Societario 1977[13]

SESIÓN DE CLAUSURA

En la ciudad de La Cumbre, provincia de Córdoba, a 20 días de agosto de 1977, siendo las 17 y 30:

1

DRES. FRANCISCO QUINTANA FERREYRA Y HÉCTOR CÁMARA. LABOR. RECONOCIMIENTO

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). – Queda abierta la sesión de clausura del Primer Congreso de Derecho Societario.

Dr. ROITMAN. – Pido la palabra.

Señor presidente: Hay en Córdoba una joven generación de estudiosos del derecho comercial que reconocen en su formación la presencia de dos grandes e insustituíbles maestros, a quienes hoy queremos agradecer su esfuerzo, su generosidad y el habernos permitido acceder al campo sagrado del estudio y la docencia.

En nombre de todos ellos, los coordinadores de este Congreso les queremos ofrecer un testimonio por su valiosa labor.

Doctores Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara: permítannos hacerles entrega de estas dos medallas.

Los coordinadores del Congreso hacen entrega de sendas medallas a los doctores Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara. (Aplausos prolongados).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). – No me animo a decir ninguna palabra de agradecimiento porque, con toda seguridad, no la voy a poder pronunciar. Gracias, queridos amigos; muchas gracias por este homenaje. (Aplausos prolongados).

Tiene la palabra el doctor Efraín Hugo Richard.

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

13 Documento extraido del Repositorio Digital Institucional Fundación UADE donde se pueden consultar todos los Congresos Societarios https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/1831

2

DISCURSOS

Dr. RICHARD. – Se me ha pedido que pronuncie algunas palabras en el cierre de este Primer Congreso de Derecho Societario. No va a ser un discurso, sobre todo porque después de las palabras del doctor Cámara en la sesión de apertura de este Congreso, cualquier otra pieza oratoria sería deslucida.

Por otra parte, no deseo entretener a ustedes más allá del tiempo necesario, para recordar algunas de las conclusiones de este Congreso, especialmente porque ésta es una nueva prueba que me ponen mis maestros, los doctores Cámara y Quintana Ferreyra, maestros de toda esta generación cordobesa que ustedes han visto trabajando en este Congreso de Derecho Societario, y que ha hecho posible su organización; maestros desde sus respectivas cátedras, maestros en la investigación, uno por medio de sus tratados, el otro en su labor en este Instituto.

Evaluar en este Congreso, y en los pocos minutos que me he fijado, la labor de los destacados juristas que nos han acompañado, resulta muy difícil. Es por eso que esto no constituye nada más que una breve síntesis.

Esencialmente este Congreso ha estado destinado a evaluar un tema específico de interés general, demostrado por la presencia de todos ustedes, evaluar –digo– a cinco años de su dictado, la Ley de Sociedades, conforme al proyecto presentado por cinco juristas, uno de los cuales ha sido homenajeado ya en la iniciación de este Congreso y que no nos acompaña por su lamentado fallecimiento; y los otros cuatro, que nos han honrado con su presencia y, sobre todo, con la modestia con que han compartido las deliberaciones de este Congreso, uniéndosenos en el análisis de la ley.

Para evaluar el resultado de este Congreso es indispensable tener en cuenta los pilares que estableció nuestro maestro, el doctor Cámara, al iniciarlo, fijando algunas tendencias del derecho comercial moderno y también algunos puntos cruciales del llamado derecho societario. Dentro del plan trazado, es menester destacar en primer término, el espíritu que ha prevalecido en este Congreso, signado ese espíritu por la doctrina jurídica representada en los autores del proyecto y los prestigiosos juristas que nos han acompañado; que llevaron a interpretar con realidad las normas legales,

escapando de formalismos y literalidades y analizando con sustancialidad la integridad de los institutos, conforme a los fines o causa-fin que fue presupuesto del dictado de cada norma regulatoria.

Tampoco se perdió de vista los valores justicia y seguridad, logrando una adecuada congruencia en todos ellos. Se tuvo en cuenta también los momentos históricos del dictado de la norma, en la interpretación de ella, conforme a la evolución social y económica experimentada y las necesidades que requiere la aplicación de cada instituto.

Se advirtió también que si bien el derecho es una unidad, existe un orden jurídico parcial que impide aplicar otros principios que reglan supuestos distintos, como los formales.

A su vez hubo un claro reconocimiento de que lo sustancial en la creación del nuevo sujeto de derecho —la sociedad como medio técnico-jurídico de la organización empresaria— es el respeto a los derechos de los terceros y a la composición de los intereses contrapuestos de los socios en virtud del contrato plurilateral constitutivo, pues en derecho societario la tutela de la empresa se da mediante la conservación del contrato societario, como lo repitieron numerosos juristas en estas salas. Y por ende, así, interpretar acordemente toda norma que no viole esos principios fundamentales que rigen este incipiente derecho societario.

A su vez podríamos detectar una impresión unánime, trasuntada no sólo en las ponencias sino en las salas de debate, que fue la no necesariedad de una reforma de la ley, sino eventualmente de algún ajuste en algún instituto de menor cuantía. Dentro de esta temática podemos subrayar que la necesidad de nuevas normas, es decir, especialmente fuera del campo de la Ley de Sociedades, se dio en relación a los agrupamientos societarios y a un régimen jurídico-penal societario.

En ese orden de ideas recordamos que los mismos redactores de la ley, en la exposición de motivos, refiriéndose al agrupamiento de sociedades, dijeron que se trataba de un incipiente fenómeno que en su tiempo debía ser actualizado, y tenemos que reconocer el arrollador avance de los requerimientos económicos del agrupamiento societario, que exceden toda posibilidad de previsión normativa y obligan a un serio y meditado esfuerzo a los juristas para regular todas las necesidades de instrumentación de esa realidad económica y de los efectos de ella.

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

Hay que reconocer que el proyecto de ley de sociedades –resultante luego en la ley 19.550– generó un avance del derecho argentino y un pilar en todo el derecho latino-hispanoamericano. El derecho de grupos aparece así como una necesidad de regular nuevas figuras que vehiculicen las metodologías de agrupación basadas en la colaboración, estudiando las figuras del *joint venture*, las posibilidades que otorgan las filiales comunes, y en las regulaciones y problemas vinculados a la subordinación estar especialmente a nuevos análisis de los problemas de la fusión.

Punto fundamental de los agrupamientos es la responsabilidad del grupo frente a los terceros, y allí el tema de la extensión de la quiebra o la extensión del pasivo por medio del fenómeno concursal, que hace ver la conveniencia y sapiencia del sistema previsto en el art. 165 de la ley concursal 19.551.

Y en cuarto término, en relación a este agrupamiento, subrayar que éste no es un fenómeno nacional, sino que toda regulación debe ser concebida con un sentido de universalismo, cuando no por lo menos de un regionalismo, para atender las necesidades o requerimientos de la integración económica.

Junto con esto, la necesidad de un sistema penal societario específico, con figuras típicas para prever circunstancias y situaciones que las normas del derecho penal común no alcanzan a satisfacer.

Esto, por supuesto, de ninguna manera puede estar contenido ni regulado dentro de una ley de sociedades.

En tercer lugar, en relación a las necesidades de nuevas normas o de mejores ordenamientos externos a la Ley de Sociedades se trata de las formas de control societario, cuya superposición fue denunciada en estos claustros.

Coordinación, indudablemente tampoco se puede efectivizar mediante la Ley de Sociedades, que tiene adecuadas previsiones en su art. 304, sino que debe resultar de normas de carácter nacional con adhesión provincial, intentando evitar las superposiciones innecesarias del control estatal, buscando la optimización en el funcionamiento de ese control para asegurar la efectividad de la actividad empresaria en el contorno sin afectar el interés público y el interés general, y tendiendo así, en virtud de esa metodología de leyes nacionales con adhesiones provinciales, a una legislación uniforme.

Cabe muy particularmente subrayar los esfuerzos que se realizaron en este ámbito por la conservación del contrato como pilar

del derecho societario, y teniendo en cuenta la causa-fin de la existencia de un nuevo sujeto del derecho, que es la organización de la actividad económica de los empresarios.

En este sentido, se analizó el proceso constitutivo tratando de evitar formalismos innecesarios en cuanto no se afectaran derechos de terceros o de los propios socios.

Se analizaron las formas de trasferencias de los bienes registrables y la posibilidad de reconstitución de la sociedad, por reconversión del vínculo llamado algunas veces reactivación del negocio societario.

Por último, y especialmente dentro de esta temática de la conservación del contrato social como forma de conservación de la empresa dentro del derecho societario, se señaló y se profundizó en varias de las comisiones sobre evitar los usos abusivos de los derechos individuales de los socios, inclusive dentro de las sociedades irregulares como en las regulares.

Si bien se analizaron a fondo la competencia de los diversos órganos, vinculándolos directamente a las tutelas de los derechos de los socios, suscitándose un profundo análisis sustancial doctrinal sobre la conveniencia de reforzar la autoridad del órgano de dirección como del despotismo de mayorías que no siempre son tales, y de abuso de minorías, fue tendencia general considerar la bondad de las soluciones de la ley, muchas de las cuales actúan por presencia, como el voto acumulativo, permitiendo en virtud de las facultades de la dirección, controles de minorías y formulación de derechos individuales inderogables de los socios, más que a tutelar esos intereses particulares, a asegurar el cumplimiento de los términos del contrato mediante el cual las partes conciliaron su actividad económica.

Sobre temas como éstos, en particular sobre impugnación de las resoluciones de asamblea, se hicieron luminosas exposiciones, centrando la verdadera sustancia societaria al margen de todo literalismo, reconociendo al mismo tiempo el débil vínculo sociedad-accionista propio de la heterogeneidad del vínculo capital, heterogeneidad del origen y vínculo de los capitales que constituyen una verdadera cuadratura del círculo para los juristas.

En resumen, si pudiéramos considerar a este Congreso como un termómetro del derecho societario argentino, concluiríamos que la Ley de Sociedades no está afectada de grave enfermedad, pudiendo pronosticarse una adecuada longevidad, gracias no sólo a

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

sus previsiones sino a la actitud progresista de los juristas argentinos de lo que hemos tenido una prueba en las discusiones y análisis realizados en este Congreso.

De esta forma, en nombre del Comité Organizador y de la Comisión Coordinadora, quiero agradecer el esfuerzo de todos los juristas argentinos de haberse trasladado a este lugar de Córdoba, permitiendo que en este foro comercial se discuta y analice al nivel que lo hemos logrado, las problemáticas del derecho societario, de tanta actualidad en la vida económica del país; y agradecer muy especialmente la presencia de los ilustres redactores del proyecto de ley.

Muchas gracias a todos. (Aplausos).

Dr. RICHARD. — Asumiendo la Secretaría General, quiero dar lectura a una carta que me alcanza el doctor Mallo Rivas, dirigida por el Dr. Murillo, que se debió retirar del Congreso.

El Dr. Richard da lectura a la nota del Dr. Murillo en la cual propone la formación de un comité o Consejo Permanente, que fomente la difusión de los resultados del Primer Congreso.

Dr. RICHARD. — De esta forma dejo presentada a consideración de la presidencia y de los señores congresales la proposición del doctor Murillo.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). — Está a consideración de la asamblea la propuesta que acaba de leerse, referida a una futura tarea de integración en el estudio de nuestro derecho comercial y especialmente del derecho societario.

Si no hay oposición y ningún congresal desea hacer uso de la palabra, se dará por aprobada la sugerencia que se acaba de leer, formulada por el doctor Murillo, en el sentido de crear un Comité o Consejo Permanente que tendrá a su cargo la difusión de los resultados de este Congreso.

Dr. MALLO RIVAS. — Propongo la creación de una secretaría permanente en el Instituto organizador, o sea, en el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Córdoba.

Asentimiento general. Aplausos.

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). — Consecuentemente, queda hecha también la propuesta para que cada uno de los institutos

de derecho comercial o societario que puedan estar representados en este acto, eleven las bases para formar esta asociación.

Tiene la palabra el doctor Zaldívar.

Dr. ZALDÍVAR. — Señor presidente: Un numeroso grupo de juristas de la Capital Federal, formado por abogados de distintas edades, algunos en la magistratura, otros en la función pública, la mayoría en el ejercicio libre de la profesión, me han solicitado que agradezca a la Comisión Organizadora y a los coordinadores, la realización de este Congreso.

Los motivos que tenemos son muchos: en primer lugar, habernos dado la oportunidad de abrir una conversación que, sin ninguna duda, va a ser sumamente fecunda. Por otra parte —y no lo oculto—, por lo menos en lo que a mí respecta, aprender mucho.

Hemos oído opiniones sobre temas, si bien centrados en cuatro comisiones, dentro de cada grupo de trabajo, muy distintos. Nos han hecho meditar sobre una infinidad de temas de las problemáticas societarias. No me cabe duda de que todo ello tendrá un resultado fecundo, no sólo en la doctrina sino también en la aplicación práctica de este derecho de las sociedades anónimas, siempre cambiante y que tiene una dinámica que dudo tengan otras ramas de las ciencias jurídicas.

Yo creo necesario destacar, y descarto que todos los concurrentes estarán de acuerdo conmigo, la magnífica organización de este Congreso; magnífica organización que ha estado a la vista de todos. La única pequeña queja, si puede decirse así, es que nos han hecho trabajar mucho, lo cual habla en favor de ellos mismos.

Aparte de las figuras del doctor Quintana Ferreyra y del doctor Cámara, bien conocidas, hemos tenido oportunidad de tener un trato directo con el autodenominado "grupo de Córdoba", que nos ha tenido —como decía Sócrates— como un tábano sobre un noble caballo para picarlo y tenerlo despierto.

A mí realmente me ha asombrado la labor de los jóvenes coordinadores —que no son tan jóvenes, por otra parte—, porque aparte de su labor administrativa, logística, han tenido que soportar todas nuestras preguntas, pedidos, solucionarlos; muchas de estas preguntas por demás completamente personales, y lo han hecho siempre con la mayor dedicación, con la sonrisa en los labios y con una atención realmente exquisita. Pero encima de ello han trabajado en forma realmente asombrosa en las comisiones, desde el punto de vista jurídico, y han trabajado en profundidad. Yo creo que de las

ponencias presentadas por ellos, que no sé qué número alcanzará —es un número sumamente elevado—, habrían sido, de haberse votado, rechazadas una o dos de ellas, lo cual habla precisamente en favor de la sapiencia que ellas contenían.

El resultado más positivo, indudablemente, ha sido este primer contacto tan general que hemos tenido en el ámbito de la República y con algunos destacados y queridos colegas extranjeros, con quienes tenemos la inquietud intelectual por la temática de las sociedades.

Vaya, pues, nuestro agradecimiento a las autoridades, a los coordinadores y a todos los que han colaborado en estos trabajos. Incluso, a estas señoritas tan simpáticas y bonitas que a la hora de la siesta cruzaban por acá por los salones con un papelito en el cual nos intimaban que fuéramos más breves, pero que nos distraían de la inquietud que nos presentaban estas ponencias del grupo cordobés. Yo les encarecería a los coordinadores que en nuestro nombre les agradecieran a este encantador grupo de señoritas que han colaborado. Vaya entonces, con toda sinceridad, nuestro agradecimiento y nuestra emoción hacia todos ustedes. Muchas gracias. (Aplausos).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). — Antes de pedirle a nuestro rector, doctor Clariá Olmedo, que pronuncie algunas palabras para cerrar el acto, quiero hacerle un pedido a la asamblea. El doctor Roitman habló de un grupo de jóvenes juristas de Córdoba; yo agrego: jóvenes maduros en la ciencia, maduros en su inteligencia, maduros en su capacidad de hombría de bien, maduros en todas las dotes morales. A ellos, para ellos, para sus colaboradores, para todos aquellos que han actuado aquí, muchas veces en forma oculta o en forma poco brillante si se quiere, contrastando con la brillantez de las exposiciones, del debate y de las ponencias de los doctores Richard, Escuti, Roitman, Palmero y Romero, para ellos, para todos ellos en definitiva, pido un voto de aplauso de la asamblea.

Sr. RECTOR (Dr. Clariá Olmedo). — Señores congresales: La misión que me cabe en esta oportunidad tiene, si se quiere, un sentido administrativo, por cuanto es la de dar fin a estas importantes reuniones.

No hay duda de que este brillante escenario, que no es sino la trayectoria de cuatro días de arduo trabajo, nos lleva a tal estado de emoción que limita la palabra y perjudica la expresión.

Sé bien cómo los doctores Cámara y Quintana Ferreyra han sentido dilatarse el corazón al ver el espíritu de trabajo de esos

jóvenes profesionales que fueron sus alumnos —y en estas circunstancias me pongo al lado de ellos dos—, dotados de gran capacidad científica obtenida en nuestra Universidad y ampliada con el esfuerzo personal.

No solamente nuestra Facultad de Derecho sino también la Universidad les agradece la importante labor cumplida, que servirá de ejemplo para aquellos que año tras año egresan de sus aulas.

Si bien no he seguido muy de cerca la labor de los distinguidos congresistas, la he podido percibir en toda su magnitud. He tenido una información permanente y detallada de la tarea. Conozco, entonces, el esfuerzo cumplido, y se merecen así cuanto aquí se ha dicho con respecto al fructífero trabajo de las comisiones, realizado sobre la base de las numerosas y sumamente interesantes ponencias.

Y bien, señores; no voy a referirme a los aspectos eminentemente técnicos debatidos en este Congreso, pero estimo que corresponde formular algunas manifestaciones vinculadas con su proyección presente y futura.

Desde el punto de vista teorético advierto algo muy importante, como es el atrevimiento —diría así— de decir en forma clara, y de una vez, "derecho societario".

Veo que en la teoría comienza una nueva rama del derecho, como si fuera una experiencia estructurada en la sustancia que adquiere independencia dentro de la disciplina societaria. Advierto que ustedes no han tenido ningún problema para utilizar ese vocablo, esa expresión jurídica que nace dentro del derecho comercial; que podrá ser discutido o no, pero lo cierto es que ustedes le han dado ahora un contexto simplista, muy claro, y, sin embargo, muy lleno de significación.

Esta expresión, pues, que sirva para alentar la obra del futuro que ustedes sabrán proyectar con énfasis y con cariño, con vocación y con entusiasmo.

Y desde el punto de vista práctico, en la pragmática de la realización jurídica, advierto también algo importante: que desde ya quedan delimitados los lineamientos futuros, que desde ya queda la preocupación por continuar adelante, porque este esfuerzo no sea en vano, porque este sacrificio tenga un significado claro y profundo, y de esta forma los gobiernos se preocuparán por llevar adelante una legislación que contemple las actuales necesidades de la sociedad moderna, rindiendo el más alto honor a sus autores, honor que desde ya rindo en mi nombre y en el de la Universidad de Córdoba.

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

Y bien, señores: que vuelvan ustedes ahora a vuestros hogares, a vuestros bufetes, que los de aquí, desde Córdoba, despidan a nuestros compañeros en la ciencia de otros lugares, que los despidan con un adiós que implique un "hasta pronto": que pronto nos volvamos a ver en encuentros tan significativos como éste.

Nada más. (Aplausos prolongados).

Sr. PRESIDENTE (Dr. Quintana Ferreyra). – Con las brillantes palabras del señor rector –que una vez más agradecemos– quedan clausuradas las deliberaciones del Primer Congreso de Derecho Societario.

Muchas gracias. (Aplausos).

Es la hora 18.

I Congreso Argentino de Derecho Societario
(La Cumbre, Córdoba, 1977)

ANEXO III: Discurso y debate realizado durante el acto de apertura del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y Quinto Congreso de Derecho Societario 1992[14]

BIBLIOTECA CEI

ACTO DE APERTURA

Dr. Efraín Hugo Richard:

"Hablaré no para pronunciar un discurso de apertura, sino simplemente para transmitirles mi felicidad por verlos aquí reunidos, bajo el marco de las sierras, en unión la experiencia con la juventud, en esa convivencia centramos nuestros esfuerzos.

Autoridades, Señoras y Señores quiero expresar en estas palabras mi sentimiento y el de quiénes me acompañaron en la gestación de este Congreso, asumiendo así el honor de Córdoba y sus instituciones, públicamente aceptado por los asistentes a la sesión de clausura al Congreso Argentino de Derecho Comercial.

Conmemoramos en este V Congreso los 15 años del Primero realizado en La Cumbre, a pocos kilómetros de aquí. Clausuré aquél por disposición de mis maestros Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara para sintetizar sus resultados doctrinarios, y hoy me ha impuesto la Presidencia del Comité Académico darles la bienvenida. Al comenzar a recibirlos se generó una especie de magia, como una nebulosa pareció que el tiempo se hubiera detenido, y en mi imaginación parece que en el fondo de la sala se perfilaran las imágenes de Halperin, Perrotta, Kesselman, Ayala, Rogasiano Lo Celso..., de los cordobeses Quintana Ferreyra, Junyent Velez, Espinosa, De Arteaga, Laguinge ..., de todos esos amigos que nos acompañaron durante tantos encuentros, que ahora no están, pero cuya inmortalidad rememoramos en la trascendencia de sus ideas...Pero en realidad veo muchos nuevos rostros, pero eso no disipa la magia de este nuevo encuentro...

Mantuvimos la imaginación, a través de la perduración de aquella asamblea de clausura del Primer Congreso -que me parece estar reviviendo- en una Secretaria Permanente, cuya llama votiva hemos tratado de mantener encendida, y si bien no se logró formalizar la Asociación -propuesta por Quintana Ferreyra-, la misma lo ha sido en los hechos, como lo confirman las presencias institucionales en este V Congreso, y las continuas reuniones en Buenos Aires, Mendoza, Rosario, San Isidro, Salta, Tucumán, en nta.Provincia.. y los seminarios y jornadas preparatorias de este Congreso, realizadas en esas Ciudades y en Madrid, Sevilla y Valencia, esta última presidida por el inolvidable Manuel Brosetta Pont, a quién rendimos recuerdo. Y en este Congreso les convocaremos a asegurar reuniones anuales, con alta simplificación de la organización.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

14 Documento extraido del Repositorio Digital Institucional Fundación UADE donde se pueden consultar todos los Congresos Societarios https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/3728

Hoy les volvemos a entregar esa llama votiva y en el cuestionado día de la raza, en este ámbito que parece una prolongación de los claustros de las Instituciones que coorganizan este Congreso les damos la bienvenida a los hermanos iberoamericanos, y asumiendo la representación de todos ellos abrazamos a los distinguidos visitantes japonés y alemán, a quiénes también hermanamos en esta convivencia académica que hoy iniciamos.

En este Encuentro de Culturas reunimos a representantes de una Europa Comunitaria que lucha por asegurar su unidad y una Latinoamérica fragmentada, en la etapa embrionaria de mercados consolidados, como es el Mercosur. Este encuentro de dos culturas, a finales de este siglo y comprometidos en el próximo siglo, es un difícil encuentro de Economía y Derecho. En ambos casos dos culturas en una evolución que rompe fronteras, soberanías, imponiendo nuevas reglas ajenas a veces a los sistemas jurídicos y propias de los agentes económicos, de la empresa.

¿ Pero en realidad que requieren los agentes económicos que actúan solidariamente ? Seguridad jurídica, justicia, rapidez para finiquitar las relaciones, restablecer los incumplimientos o los daños, disminuir los costos de la mediación jurídica. Estos son parte del problema del desarrollo. Problema al que se agrega que la economía y las reglas del mercado, imbuidas de economicismo, afectan también ese doloroso proceso de crecimiento, con falta de solidaridad, con falta de ética. Recuperemos el rol del derecho, de asegurar los repartos, la equidad, de castigar la ilicitud, entendiendo por Derecho el orden que facilita e impulsa el logro de los fines sociales e individuales.

Esa ha sido la base de la convocatoria. Dogmática y pragmática, como lo son las multifacetas de la relación entre sociedad y empresa, respecto a lo cual las ponencias -enroladas en diversas técnicas de políticas legislativas- apuntan desde la desregulación -tanto de los contratos de colaboración, de las sociedades y de agrupamientos de segundo grado- para fomentar la autonomía de la voluntad, hasta la mayor regulación para una mayor seguridad jurídica, a una armonía para el desenvolvimiento de los conflictos societarios y sus soluciones, a una simplificación tributaria unida a una transparencia en la información, todo dentro de un canto a la libertad sobre la base que el abuso debe estar acotado con responsabilidades civiles y penales. Ustedes lo han plasmado en los trabajos que estos cuatro tomos registran, con diversas técnicas de política legislativa, donde se privilegia esa autonomía de la voluntad responsable y se discrepa sobre los roles del Estado.

Conmemorar los 20 años de vigencia de una ley, cuyo contenido es materia de continuas reformas en el derecho comparado, compromete a que los frutos de las conclusiones que esperamos emerjan de estas comunicaciones y de las deliberaciones, en beneficio del mercado común que se avecina, y para los

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

tiempos de reforma legislativa que se viven en el país -a lo que se nos ha comprometido a integrantes de este Congreso-, para que las mismas se gesten asegurando el desenvolvimiento con solidaridad. Este Congreso tiene el rol de prevenir en torno a lo que ha de ser el sistema jurídico del futuro. Es este uno de los compromisos grupales que debemos asumir en este evento, preparando principios firmes, no excesivos, liberados del dogmatismo, tratando de arar el camino para que los poderes públicos recepten el sentir de una comunidad de especialistas, no sólo argentinos sino internacional, a los que sólo les ilumina el beneficio a la comunidad y ningún interés egoísta.

Señor Rector: muchas gracias por la confianza dispensada, alentándonos continuamente al pequeño núcleo de organizadores que asumió desde Córdoba el compromiso que hace dos años se nos impuso en la sesión de clausura del Congreso Argentino de Derecho Comercial. En este punto debo publicitar la desvelada actuación de dos grupos, cuyos nombres se indican en el Programa, destacando en Córdoba a María Cristina Mercado de Sala, Laura Filippi, José María Rodríguez Pardina, Luis Rodríguez de la Puente, Francisco Junyent Bas y un grupo de jóvenes, y en Buenos Aires de Max Sandler, Carlos Suarez Anzorena, Enrique Zaldivar, Mariano Gagliardo y Julio Otaegui, entre otros, con quiénes hemos compartido fraternalmente las angustias y frustraciones de la organización.No todos confiaron en esta realización, porque el desprendimiento es una de las características reservadas a la vocación universitaria y docente, pero debo señalar que el encuentro de especialistas experimentados y jóvenes afiebrados por la creatividad también se dio en el grupo organizador... Contábamos con la fuerza de nuestro compromiso grupal y el respaldo de las Instituciones de excelencia que dispusieron la realización de este Congreso. Esa angustia que vivimos queremos alejarla de próximas reuniones, proponiéndoles acuerdos de colaboración académica que aseguren reuniones automáticas anuales...

Señor Presidente de la Academia, señor Decano: Esta Asamblea de especialistas aquí convocados y los libros editados con las ponencias, distribuídos con anticipación, representan mi rendición de cuentas al haberme designado Director General para este Congreso. Rendición de cuentas que aparece favorable por la profundidad de los trabajos y el compromiso de los especialistas aquí presentes para debatir conforme los objetivos de la convocatoria.

Es parte del compromiso reiterado con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el año 1985 en que se me otorgó el honor de incorporarme como miembro de número, asumido hace más de treinta años al profesar en la Universidad Nacional de Córdoba. Este Congreso es un camino conjunto de ambas instituciones, como lo es el de extensión e investigación que les son comunes.El Instituto de la Empresa fué engendrado por la Academia

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

con esa finalidad, junto con la Fundación de Estudios para la Empresa, que preside la Profesora María Cristina Mercado de Sala, es la síntesis del trabajo grupal encargado, bajo ese compromiso, de generar esta reunión.

Señores Representantes de las Entidades Auspiciantes, gracias por haber confiado en nosotros, entregándonos el aval académico correspondiente.

Señoras y Señores:

Dejamos abiertas las sesiones del V Congreso de Derecho Societario, en conmemoración a los 20 años de la ley y los 15 del Primer Congreso que se realizó en el marco de estas mismas Sierras.

Destaco ante la Comunidad aquí reunida que este Congreso se logró por la participación misma de los señores Congresistas, al sufragar íntegramente sus gastos, pues nadie fué asistido económicamente. Se agregó a ello la donación de tiempo de los integrantes de las Comisiones Organizadoras y de aquella Fundación, que posibilitaron bajo su responsabilidad económica la organización académica. Esto es particularmente destacado en relación a los Congresistas extranjeros que nos beneficiarán con sus experiencias. Ruego sepan disimular algunas incomodidades, particularmente en el confort, pero es el mejor marco que podíamos brindar para asegurar una real convivencia, similar a la del recordado I Congreso de Derecho Societario... Lo importante para nosotros era brindarles la posibilidad de una convivencia para el trabajo grupal.

Pero este V Congreso se abre hoy, en dos nuevas vetas, a lo internacional y a lo interdisciplinario como Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

La apertura a lo Iberoamericano porque el desafío cinco siglos después es el mercado común, quizá más allá del Mercosur, debiendo recoger las experiencias beneficiosas o dolorosas de Europa y de los países latinoamericanos.

Esto se vincula al esfuerzo colectivo, al crecimiento grupal. De una integración que debe desarrollarse en una coyuntura económica deformada por el economicismo, y en un mundo jurídico imbuido -en los hechos- en lo formal.

El bienestar no se declama ni es providencial, y la economía no satisface si no es solidaria.

Amo la libertad pero no creo en el individualismo, el destino es el de las comunidades uniendo su fuerza para evitar la prepotencia del dinero, del poder, de la inmoralidad, de la corrupción ... Un aspecto es la técnica económica, la economía del mercado, y otra muy otra el destino del hombre, los valores y la justificación de la vida misma...

Y si aquí nos hemos reunido es por la vocación de trabajar grupal, creativamente. Ese es el ejemplo que debemos dar en nuestras conclusiones o

declaraciones, que no se votarán sino que surgirán espontáneamente en el seno de cada Comisión y que las autoridades deben rescatar.

El desafío de los tiempos impone que este Congreso no represente éxitos individuales, sino la concordancia de las posiciones antitéticas buscando las raíces, quizá en los efectos, poniendo en claro los principios para perfilar el futuro de las reformas en trámite. Ya habrán leído las introducciones a los libros I y también la del IV, que los advertirán de nuestros anhelos y preocupaciones, a ellos remito.

No obstante no puedo dejar de expresar algunas líneas de trabajo, para desbrozar el camino. Camino que debe ser de encuentro, de superación de discrepancias dogmáticas, terminológicas o clasificatorias, que no se correspondan a algún efecto distintivo.

Estos Congresos de Derecho Societario, como decía recién, han sido abiertos en esta ocasión además de a la aspiración iberoamericana, al derecho de la empresa. De la enunciación misma resulta que Empresa y Sociedad no son conceptos equivalentes.

Distinguirlos será fundamental para poner en claro los principios.

La empresa aglutina disciplinas y factores que escapan a un derecho de sociedades. Pero al mismo tiempo la relación sociedad con empresa tentó a ampliar el campo de trabajo de estos encuentros periódicos. Esta experiencia indicará el grado de aceptación de estos criterios del Comité Académico, que espero haber interpretado adecuadamente.

Señores Congresistas:

Están aquí reunidos profesionales de las ciencias económicas y de las jurídicas, internacionalistas, privatistas, penalistas, adminitrativistas, tributaristas.... Ustedes sembraron las simientes que pudimos plantar en estos libros. Gracias por su donación. Los relatores y coordinadores han tratado de trabajar esas simientes para que maduren los frutos, ya se ven florecientes y su fructificación no ha de ser un triunfo individual, sino el de la dinámica grupal, de la creatividad y de lo que el país y la comunidad en la que actúa, en las que pretende actuar y las que en este Congreso pensamos forjar. Que los principios que sentemos sean esos frutos, pues poniendo en claro los principios lo demás viene de seguido...

En vuestras manos esta el resultado para que unidos especialistas de muchos países y de nuestra Nación, con visión trascendente, marginando dogmatismos, motivando el hoy desactivado trabajo colectivo, den esos frutos, intentando así el encuentro de dos culturas, de la economía -a la que debemos rescatar del economicismo- y el derecho -al que debemos rescatar de la indiferencia-. Encuentro a fines de este siglo, encuentro con el compromiso con el progreso y el desarrollo, muchas veces dolorosos, que debemos impregnar de

la comprensión y de la solidaridad, por cuanto si no lo hacemos así no podremos los experimentados mostrar el camino a los jóvenes esperanzados de atisbar la posibilidad de un futuro donde el hombre readquiera su dimensión de trascendencia, pensando y actuando grupalmente, sin egoísmos pues juntos somos más, haciéndolo creativamente, pues el momento exige soluciones nuevas sin abandonar principios fundantes, y en esencia, éticamente para que encontremos los caminos para recorrer juntos, ecuménicamente, ese camino hacia la trascendencia.

Sr. Rector Sr. Presidente...Sr. Decano, Autoridades presentes, congresistas ponentes, colaboradores: muchas gracias por posibilitar este trabajo colectivo... fecundo, en este día de conmemoraciones, con la alegría del encuentro que ilumina, implicando un hálito de juventud y renovación, que independiente a la edad se corresponde al espíritu... Y porque particularmente este esfuerzo, esta ilusión que se corresponda a la juventud de las ideas, implica un legado colectivo y solidario que los experimentados -muchas veces con decepción por las dificultades, por los abusos del poder, por la corrupción...- debemos brindar a los jóvenes, que todavía tienen la fantasía de crear, que aún no están contaminados, libres de preconceptos pero asumiendo un riguroso control de método, que quieren construir y por eso están al lado nuestro... Ayudémoslos a crear, alentándolos a que abran sus alas, en la convicción que únicamente así, en el espíritu recuperemos la alegría de vivir, la juventud, la esperanza, en momentos en que recorremos caminos a veces difíciles pero al mismo tiempo maravillosos, cual es el de la vida fecunda. Por favor, señores, frente a los jóvenes, la experiencia asuma la magnifica ilusión, la magnifica posibilidad de volar, de crear, de construir juntos.

Muchas gracias por permitírmelo..."

Dr. Richard:

Señores, va a hacer uso de la palabra el Dr. Buteler, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.C..

Decano (Dr. José Buteler):

Sras. y Sres. congresistas mucho hemos reflexionado si debíamos hacer uso de la palabra y si lo hacíamos si eso no era solo una sobrecarga para este esfuerzo inicial siendo que para ustedes les queda un intenso y largo recorrido intelectual. Señor Rector de nuestra U.N.C. hemos decidido solamente usar de la palabra para poner de resalto una serie de verdades institucionales que hoy sentimos como representantes de nuestra vieja y querida facultad de Derecho y Cs. Sociales. En primer término expresar que en este momento en donde

tenemos serias dificultades, en este momento particularmente complejo de nuestra realidad universitaria que Ud. dirige debíamos en primer término expresar formalmente que hoy es un día de fiesta para nuestra Bicentenaria Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Por más que el esfuerzo sea bravo y el camino difícil tenemos que vivir con intensidad cada logro, y cada logro como este es producto de muchas voluntades, es producto de muchas excelencias que se conjugan y hoy se unen respondiendo a esta convocatoria congresistas nacionales y extranjeros y no se convocan para preciosas y sofisticadas elucubraciones y abstractas de las ciencias normativas, los temas que los convocan son temas de una enorme vigencia cotidiana, absolutamente unido a necesidades inmediatas de nuestros pueblos y de nuestra sociedad, desde. Todo lo que pueda aportar el derecho como estímulo y no como freno a los mecanismos de colaboración y asociativos, hasta todo lo que podemos acompañar reglamentando en orden a control del bien común a los procesos de concentración empresaria, desde todo lo complejo que son hoy las normas tributarias, en las estructuras societarias y contractuales, en todo ese mundo existen realidades que se nos imponen y que ustedes van a realizar como una metáfora de esta confluencia de dos mundos que se ha dicho que en el fondo es otro mundo, en este aniversario, en este Quinto Centenario del 12 de Octubre, es por eso una fiesta, y en esta fiesta señor dignísimo y efectivo y diligente Presidente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Dr. Pedro J. Frías le expresamos el grato halago que mediante este eje articulador de la presidencia del Comité Académico y de la Dirección General de Congreso hemos podido ofrecerles a ustedes a Córdoba, a este país y a Iberoamérica este esfuerzo. Muchas gracias entonces por habernos dado la oportunidad de haber transitados juntos este camino. Otro reconocimiento: ningún límite ni el ecónomo ni en nuestra facultad la dificultad del espacio en la compleja vida moderna, nada al verdadero apóstol que conforma un buen profesor universitario le pone límites para crecer, entonces, a todos esos docentes de nuestra facultad y de otras facultades y a la Comisión Organizadora de Buenos Aires, el reconocimiento institucional por este loable, enorme y formidable esfuerzo que en apretada síntesis de jóvenes y maduros tienen la realidad de hoy. No quiero de ninguna forma sobrecargarlos. Las palabras del Dr. Richard las que me han seguir de los Dres. Frías y Delich me invitan a limitarme solamente a estas expresiones de reconocimiento y agradecimiento que he sentido interpretan a nuestra Institución bicentenaria. Señoras y señores congresistas, Dr. Héctor Cámara -que hemos vibrado con su presencia en este salón-, Dr. Jaime Anaya estamos seguros que el sereno silencio y hermoso aire de nuestras serranías les permitir a ustedes fructificar en un rico y por que no contradictorio debate en conclusiones que conformaran un verdadero hito en el progreso de las

instituciones jurídicas como estímulo dinamizador y creativo y no como freno a la actividad empresarial, muy buena estadía y muchísimas gracias por la tolerancia. Aplausos...

Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Dr. Pedro J. Frías):

Sras. y Sres. congresales debo a ustedes, al Dr. Richard, al Instituto de Empresa de la Academia, a los abnegados colaboradores el gozo de haber visto concretado esta tarde este largo esfuerzo, el gozo de haber podido abrazar a admirados colegas de Europa y de Iberoamérica, el gozo a pocos días de haber visto anticipadamente la recapitulación del esfuerzo de ustedes en estos volúmenes en estas más de dos mil páginas ya editadas. En oportunidad de la presentación de estos libros me permití un análisis sobre la hipoteca política y moral de la empresa: porqué hipoteca política? y no me voy a repetir simplemente recuerdo la mención, hipoteca política porque la empresa en cuanto a sujeto de relación y poder es analógicamente política en sujeto político hay una politicidad de la empresa y porque también en el interior de la empresa hay relaciones de poder y de influencia hay una politicidad analógica en la empresa derivé de allí algunos graves deberes y algunas gestiones muy contemporáneas sobre las relaciones de estado y empresa. Pero hablé también de la hipoteca moral de la empresa, hipoteca moral en el balance social, la transparencia de las contrataciones en la financiación de partidos, en tantos temas (...).

(...) Querría continuarlas pensando en la empresa en el mundo de hoy, en este mundo que se va configurando, ante todo como una sociedad abierta y por abierta superando en toda América Latina con ritmos diferentes la sociedades corporativas prevendarias que en algún momento interfirieron dentro de esa capilaridad social que América Latina tiene, que la Argentina tiene muy en particular porque lo propio de una sociedad abierta es esa facilidad para subir y bajar en la escala social, lo propio de una sociedad abierta es la oferta y la demanda que fijan los precios y los bienes, es decir el mercado, la competencia. Pero si esto es así la sociedad que se va dibujando es precisamente coherente con esta empresa. Pero la empresa debe ser a su vez abierta por dentro, en la información, en la participación, en los diálogos, abierta la sociedad global y abierta esa sociedad especial que es la empresa, a más de este siglo en toda América Latina con algunas excepciones por algunas razones muy particulares hemos redescubierto el manejo del conflicto. Los argentinos por ejemplo en los años 70 no supimos manejar el conflicto y así nos fue, el manejo del conflicto

con la negociación, esa negociación tan propia de nuestra de profesión y de la empresa, esa negociación que no siempre es una transacción y menos un acuerdo para crear monopolios que a veces dichosamente es encontrar en el espesor de la realidad que aparentemente faltaba, el manejo del conflicto en el interior de la empresa a veces en el exterior es un elemento de coherencia con la sociedad que se va construyendo y esa sociedad además es pluralista y el pluralismo en su visión más profunda es la aceptación de los otros aunque no aceptamos sus disvalores, es decir a lo menos un mínimo de tolerancia de convivencia y la empresa tiene que demostrar ser conviviente en un mundo en el cual hay que ahorrar dificultades y conflictos porque ya demasiado ha sufrido hacia este final del siglo veinte, pero diría que hay signos, todos estos signos son positivos. Hay uno que especialmente nos cuadra a nosotros y es que imaginemos este telón de fondo: el siglo veinte en Europa ha sido un gran demoledor de sistemas políticos, del siglo veinte muertas las utopías revolucionarias solo ha quedado el estado de derecho para novelar los clásicos, el estado de derecho al siglo 19 es la novedad del siglo veinte y ese estado de derecho entre otros temas que podríamos preestudiar incluso en su plataforma Estado y Derecho ofrecía algunas dualidades una de esas dualidades eran las relaciones ambiguas entre el estado de derecho y la democracia mayoritaria. Esta democracia mayoritaria tipo Rosseau, esa tensión se va reabsorbiendo aparentemente más bien a favor del estado de derecho, tenemos que cuidar esto sí que si disminuyen los peligros de la índole tumultuaria de la democracia mayoritaria, no hagamos del derecho un formalismo seco ajeno a la inquietud y a los problemas de la gente.

El estado de derecho esta llegando a un punto diverso a la consideración de iberoamericanos y europeos, en Iberoamérica el Estado nación es fuerte, en Europa el Estado nación esta tironeado por los órganos comunitario de la unión europea del año próximo y por debajo, por las regiones de Europa que no son como las regiones iberoamericanas porque son inquietas cuando no son agresivas y cuando no son separatistas, entonces da la impresión que los tiempos agravan la responsabilidad del derecho. No es que yo me sienta tremendamente feliz por que se que cuando la responsabilidad del derecho crece se nos empieza a pedir lo que el derecho no puede dar, el derecho no es más que el orden del orden social no es todo el orden social y si el tejido social esta desgarrado por el narcotráfico o por la guerrilla o por la corrupción o por grandes desequilibrios se nos empieza a pedir del derecho todo el orden social y el derecho no puede serlo, puede aliviar ciertamente, puede ayudar ciertamente, estemos atentos a estos problemas en el horizonte de este congreso. Hoy es el día del descubrimiento, ustedes van a navegara cinco días descubrirán muchas cosas, verán con más claridad las pautas, las reglas del juego de la

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

empresa, reglas del juego que forman parte de la seguridad jurídica de una sociedad pero, por favor, descubran también el alma de la empresa que no es otra cosa que ese pequeño gran grupo humano que produce bienes y servicios para la sociedad global. Por favor tengan presente el alma de la empresa. Aplausos...

Dr. Richard:

Cerrará el acto el rector de la U.N.C.

Prof. Francisco Delich:

Sras. y Sres. queridos amigos permítanme en primer lugar agradecer al Dr. Hugo Richard y a sus colaboradores la organización de este congreso que honra a la U.N.C. porque expresa tanto, en lo que ya ha sido publicado, la calidad de sus profesores y de sus investigadores y cuanto, también muestra su capacidad de organización en condiciones extremadamente difíciles. Conozco bien esas dificultades y conozco también que sólo se superan o solo las superan los espíritus muy templados, muy decididos, los que creen en lo que hacen y los que estaán dispuestos a aportes muy generosos a eso que estaán haciendo, de modo que Dr. Richard le ruego que trasmita a sus colaboradores y amigos que estaán aquí estas felicitaciones de la Universidad por esta tarea. Quisiera también por las circunstancias particulares del día, este 12 de Octubre en el cual los argentinos celebramos por disposición del Presidente Constitucional Hipólito Yrigoyen celebramos digo, el día de la Raza y en la raza entendemos fundamentalmente, entiendo debería decir, la raza de los hombres libres que es acaso la más importante que la humanidad tenga derecho a tener, pero no solo esta celebración me impulsa también a darles una bienvenida muy especial a los profesores, a los juristas, a los funcionarios de la justicia, a los jueces españoles que nos visitan, siempre tengo la impresión volviendo de España, donde estuve hace apenas un mes o mes medio, que somos tan escandalosamente bien atendidos, somos tan impresionantemente, si cabe esta palabra, somos tan bien tratados, somos tan bien recibidos, somos tan hospitalariamente acogidos que siempre tengo la sensación de una deuda permanente, me gustaría que su estadía fuera aquí espléndida, me gustaría que supieran que aquí tienen tantos amigos como tenemos nosotros en España y me gustaría también dar una bienvenida particular a los latinoamericanos que estaán aquí con nosotros que como siempre nos honran con su visita. Esta es, como saben bien los peruanos y los que están más allá del Perú, una Universidad de frontera y también en

cierto modo porque la ciudad Córdoba es de frontera, la Universidad se transformó asimismo en una universidad de frontera. Frontera quiere decir muchas cosas y ofrece también muchas lecturas. A veces se piensa que las fronteras separan pero también otras veces podemos creer, y deberíamos creer, que las fronteras unen. Me ha impresionado en este referéndum francés sobre el tratado de Maastrich, y las regiones fronterizas de Francia, como la Lorena, Alsacia, Normandía, Bretaña, fueron los que impulsaron hacia el sí. Las más integracionistas, las más fervorosamente vinculadas a la idea de la gran patria común. Tal vez porque las experiencias de las fronteras son siempre las más dramáticas.

Esto es no cuidado de fronteras y no de ahora sino en los últimos 500 ó 600 años. Hasta aquí muy cerca llegaban las estribaciones del imperio incaico. Uds. saben, los cordobeses y los no, que, en la localidad de La Falda, hay un museo, el de Ambato, que ha recogido el testimonio de la calidad y belleza de las culturas indígenas periféricas del imperio incaico, el que se expandió hasta los límites mismos de Córdoba.

Fuimos también frontera en el siglo XVII, fuimos también punto de encuentro entre lo que venía de Potosí y el puerto.

Cuando la Universidad cumpla, el año que viene, los 300 años, será un punto también de frontera y de encuentro.

Esta Universidad, esta Facultad de Derecho que ahora los acoge.

Uds. tienen, entre sus muchas tradiciones, el haber sido un punto de encuentro, de reuniones, de espacio común, y ahora un espacio común, donde, estoy seguro, todos Uds., europeos, latinoamericanos, argentinos y cordobeses, van a encontrar los caminos del juturo. Todo está cambiando, les puedo asegurar, más rápidamente de lo que a veces el propio lenguaje puede explicar.

En estos momentos de transición, de grandes apuestas al futuro, es indispensable y más que apropiado que, gente de la calidad, de la jerarquía académica que hoy están reunidos aquí, nos ayuden a todos a encontrar los nuevos caminos no sólo del derecho sino también del siglo XXI. Muchas gracias por estar con la U.N.C., muchas gracias por estar con la Facultad de Derecho. Nada más.

Dr. Richard:

Seguidamente comenzamos con los trabajos de comisión, pero, antes de ello, quisiera hacer entrega de un juego de tomos para las bibliotecas de la Universidad de la Facultad y de la Academia. Leyéndoles el últimos párrafo de la introducción del 1er. tomo: *"Aquel que se atrave a crear, a trasponer límites no sólo participa de un milagro sino que llega además a descubrir que en su proceso de ser, él es un milagro"*. *Nacido para triunfar*, de Joseph Sirter.

Se realiza la entrega de los tomos: decano, P.J. Frías, Buteler.

Se retira la bandera de ceremonias que ha presidido el acto. Se da por concluido el acto de inauguración.

COMISIÓN I.1:
CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS. LOS CONTRATOS ANTE LA UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

RELATORES:

INTERNACIONAL:	Oscar Torres Zagal
NACIONAL:	Rafael Manóvil
LOCAL:	Ma. Emilia LLoveras de Resk

PRESIDENTES:	Juan M. Farina Sergio Le Pera
VICEPRESIDENTES:	Arnoldo Kleidermacher José M. Cristiá Luis Rodriguez de la Puente
SECRETARIOS:	Nestor Julio Gavino Felicitas Menardi de Araya Claudio Garcia

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

PONENCIAS PRESENTADAS

COMISION I.1

TOMO I

FENOMENOLOGIA DE LA MODERNA CONTRATACION MERCANTIL
de Arturo Díaz Bravo (México)

CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS. EL EJERCICIO REGULAR DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. INEXISTENCIA DE DERECHOS DISCRECIONALES EN EL AMBITO CONTRACTUAL.
de Jorge Mosset Iturraspe.

CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS. JOINT VENTURE.
de Juan M.Farina.

EN TORNO A LOS CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS:CLASIFICACION Y EFECTOS.
de Efraín H.Richard - Claudio García.

CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS.
de Norma Juánes - María Emilia Lloveras de Resk.

CONTRATOS ASOCIATIVOS Y DE COLABORACION. ELEMENTOS PARA UNA CALIFICACION. de Ricardo Lorenzetti.

L0S CONTRATOS DE COLABORACION, UNA NECESIDAD INSOSLAYABLE DE LA ACTIVIDAD ORGANIZADA. SU VIABILIDAD JURIDICA FUERA DE LA LEY DE SOCIEDADES.
de María Cristina Mercado de Sala.

COMENTARIOS JURIDICOS SOBRE EL CONTRATO DE JOINT VENTURE
de Oscar Andres Torres Zagal (Chile).

LOS CONTRATOS DE JOINT VENTURE.
de Norma Adelina Pascar (España).

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

LOS ACUERDOS DE COLABORACION EMPRESARIA Y EL DESARROLLO INDUSTRIAL.
de Norberto J.García Tejera - Claudia Victoria Fernandez.

CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS.
de Rossana Hipólito - Gabriela Calcaterra.

LOS TERCEROS Y LOS CONTRATOS DE COLABORACION.
de Felicitas Menardi de Araya - Santiago F. Castellanos.

SOBRE LA VALIDEZ DE LOS SINDICATOS DE VOTO. CARACTERIZACION DEL FENOMENO CONCEPTUALIZACION.
de Juan Carlos Palmero (H).

CONTRATOS DE COLABORACION Y ASOCIATIVOS. PRESTACIONES ACCESORIAS.
de Eduardo Mario Favier Dubois (P).

RESPONSABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE COLABORACION
de Arturo Guardiola.

FONDO COMUN OPERATIVO Y PATRIMONIO EN LOS CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIA.
de Bernardo P.Carlino.

EL FONDO COMUN OPERATIVO DE LOS CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIA FRENTE A LOS CREDITOS INDIVIDUALES DE LOS ACREEDORES DE LOS PARTICIPANTES Y LAS EJECUCIONES INDIVIDUALES.
de Jorge Alberto Mierez - Marisa Edith Rametta - Cruz Mierez.

REFORMA AL REGIMEN DE LAS AGRUPACIONES DE COLABORACION EMPRESARIA.
de María Teresa Turati.

TOMO III

LOS PRIVILEGIOS CONCURSALES ANTE LA UNIFICACION LEGISLATIVA CIVIL Y COMERCIAL.
de Héctor Cámara.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

ANEXO IV: Acto de clausura del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y Quinto Congreso de Derecho Societario 1992[15]

ACTO DE CLAUSURA.

Dr. Richard:

Me acompañan en este informal acto de clausura, los Profesores Dres. Enrique Zaldívar, Julio Otaegui; el señor vocal del organismo constitucional de España de Consejo de la Magistratura Dr. Julio Padilla, los Profesores Dres. Max Arias Schreiber -nuestro referente en Perú- y nuestro referente general en España Angel Rojo, -ambos académicos correspondientes de la Academia Nacional de Córdoba que ejerce la presidencia institucional de este Congreso-, y por los miembros de las Comisiones Organizadoras de Buenos Aires y Córdoba a los que nos hemos sumado la Secretaría General y la Dirección General de este congreso. Ese es el equipo que van a ser conductor de estos últimos minutos finales de tan fecundas jornadas de trabajo y de fraternidad.

Informo también a la comunidad, que por razones de tiempo, al solicitar nuestros visitantes alguna reorganización horaria, intentamos pasaremos a la mañana tareas previstas para la tarde. Claro que, una cosa son los deseos y otra las posibilidades. Compaginamos en la mañana los dos paneles extranjeros previstos para mañana y tarde, con lo cual perjudicamos el lucimiento de nuestros ilustres visitantes. El acto de clausura, previsto para la tarde, lo estamos realizado a la mañana, pero fue imposible finiquitar el tema de las conclusiones, no sólo por la falta de tiempo en este momento, sino también porque algunas conclusiones las están terminando de pasar en limpio y consensuar, porque Uds. saben que las conclusiones son los temas que no han merecido reparos en cada una de las comisiones. Y esto lo hemos derivado para una Mesa de Plenario a las 15 horas, por lo que esta clausura es a medias... para despedir a los que tienen que viajar y, al mismo tiempo quedar convocados a seguir trabajando a la tarde. Estoy haciendo tiempo en la espera de los rezagados que siguen la tradición argentina del café y de la cordialidad, o en el consenso de las conclusiones...

Hemos, momentos previos a este acto, consensuado aspectos para colaboración académica futura, una permanente y otra de organización de jornadas anuales de estudio. Los convenios de colaboración académica, ya suscriptos por los asistentes a esas reuniones, están a la firma sobre esa mesa para las instituciones representadas, ad referendum de su posterior ratificación... Uno de ellos resulta en esta idea de la organización automática de reuniones de Instituto anual, que surgió de una mesa de café (como una de esas que ustedes compartieron recién) entre Tucumán, Rosario y Córdoba, y ya está organizada la del año próximo en Tucumán (23 y 214 de setiembre de 1993). No hay invitaciones. Cada una de las

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

15 Documento extraido del Repositorio Digital Institucional Fundación UADE donde se pueden consultar todos los Congresos Societarios https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/3300

instituciones signantes debe difundir en su área, y de acuerdo al sistema previsto en ese convenio, debe difundir la realización del mismo parra no agobiar a los organizadores. Los organizadores simplemente serán nuestros anfitriones y los que nos prepararán las salas de trabajo. Y el tema *Los nuevos horizontes en materia de títulos valores.*

Pero también hay que anunciar la posta de este Congreso, para el año 1995, el VI Congreso de Derecho Societario, que se desarrollaría del 10 al 13 de octubre de 1995 en Mar del Plata, organizado por la Universidad Notarial Argentina, con los apoyos académicos correspondientes, de los que creo yo 15 ó 20 instituciones le han asegurado y prestado su colaboración, por supuesto, también la invitación de las autoridades que van a asumir este rol de servicio, que es organizar las nuevas mesas de trabajo, es de estar totalmente abiertos a todas las entidades, instituciones académicas y oficiales que quieran prestarle el apoyo. ¿Puedo sugerir algo? Tomen varios ejes, creo que hay mucha gente que está dando aquí pruebas de la donación de su tiempo, de su vocación de trabajo grupal, particularmente enfatizo en ello a los hermanos extranjeros que, algunos cruzando los mares, nos acompañan con total donación económica y de tiempo, y el tiempo es todavía más importante, pues son todas personalidades importantes que han venido a acompañarnos. Esto es toda una demostración de la vocación económica.

Ahí viene el eficiente organizador Cr. José María Rodríguez Pardina, uno por quién estabamos haciendo tiempo para esperarle.

Nos sentimos muy complacidos que las autoridades nacionales aprecien la actividad académica realizada por todos Uds. a través de las adhesiones que nos llegan de la Presidencia de la Nación y del Ministerio de Economía de la Nación. Ayer, recibimos numerosas cartas y telegramas de adhesiones de la Cámara de Diputados de la Nación y de la Cámara de Senadores de la Provincia, del Tribunal de Cuentas de la Provincia, por sólo indicar las que recuerdo y no hablemos de los múltiples recibidos de las instituciones académicas.

Bueno, estos son los avisos, que corolan los cambios organizativos, que no pueden a veces alterarse horarios sin afectar toda la acatividad, como cuando se altera dentro de un sistema sólo un instituto, se afecta todo aquel sistema jurídico. Reitero, no hemos podido condensar todo en la mañana, no sólo por la falta de tiempo, sino porque algunas conclusiones están preparándose y están terminando mesas de trabajo. Entonces, como decía a los pioneros de esta reunión, a las 15.00 hs. en este mismo lugar, relajados y con tiempo, presentamos en una mesa de trabajo las conclusiones; los que no nos puedan acompañar, porque tienen ya programada su salida aquí, justamente y con todo afecto, les estamos dando la despedida, con el agradecimiento a vuestra donación de tiempo y conocimientos que se plasmaran en los Libros ya publicados y los que se editarán con

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

posterioridad de los ilustrativos debates de Comisiones y plenarios.

Reitero, en orden, están aquí en el estrado presentes Julio Padilla, acompañándonos en representación del Gobierno Español del organismo constitucional del Consejo de la Magistratura, Angel Rojo nuestro académico correspondiente y referente en España de este Congreso, Max Arias Schreiber, académico correspondiente y referente de este congreso en Perú; luego las dos comisiones organizadoras, los que hicieron posible esta reunión en Buenos Aires, a la derecha; Córdoba, a la izquierda (algo mezclados) y los que hemos tratado de coordinar a las dos comisiones organizadoras. La secretaria general del Congreso Laura Filippi y el que les habla, que tomó el compromiso que Fargosi planteó hace dos años, en la clausura del Congreso Nacional de Derecho Comercial.

El Profesor Dr. Carlos Suárez Anzorena va a darles la despedida en nombre de los congresistas nacionales.

Dr. Suárez Anzorena:

Ejercito hoy el honroso mandato tácito que me permite hablar en nombre de todos ustedes, una sola palabra sintetiza el mensaje: Gracias. Gracias hacia los maestros que nos formaron, el nombre símbolo de Quintana Ferreyra, presente en La Cumbre en 1977, y el nombre y la presencia del gran maestro viviente Héctor Cámara. Gracias para aquellos que ya no están y para aquellos que están, que nos dieron esta legislación societaria en virtud de la cual trabajamos, compartimos ideas e inquietudes. Gracias, no solamente por la obra que nos entregaron, sino porque también nos brindan cada vez el mensaje modesto de la necesidad de su reforma que ellos mismos impulsan. Gracias, para este puñado increíble de cordobeses que desterraron la palabra imposible y trajeron esta verdad de puño, esta realidad de este encuentro. Gracias, para Max Sandler, centro eje de la modesta cooperación de Bs. As.. A esta realización incomparable con los esfuerzos, los trabajos y la entrega de Córdoba. Gracias para los maestros de España que no sólo nos dieron la riqueza de su ciencia y experiencia, sino también la humildad y la magia del idioma, que una vez más enseña que quien no maneja la lengua, no manejará el concepto.

Gracias, para todos y cada uno de los que llegaron hasta acá e hicieron posible lo que ha acontecido en estos cinco días, por su defensa de la estabilidad y el desarrollo como condición básica para la nueva sociedad no solamente comercial, una nueva sociedad total. Gracias, para aquellos otros que bregaron permanentemente por la defensa del derecho, la seguridad de las instituciones sabiendo que ningún fin económico justificó la privación de la justicia, por sobre todo gracias a todos aquellos que compartieron o disintieron y cada vez en cada momento, enseñaron la verdad última. Sin libertad, sin respeto para los demás, sin comprensión de las ideas, nada sirve, nada vale. Gracias para toda esta gente joven

que os hace sentir en esta Argentina y América de vicisitudes, que no hemos vivido totalmente en vano. Gracias para los hermanos latinoamericanos con los cuales construiremos la América grande y unida que es nuestra necesidad de subsistencia y no solamente un ideal meramente económico. Gracias para los modestos colaboradores, en el quehacer de cada día. Gracias a todos.

Gracias porque la esperanza vuelva a estar recrecida, viva, porque todos sabemos que el anchuroso río del futuro tendrá el gran puente tendido del mañana, que atravesaremos hacia el futuro al que tenemos derecho y que debemos merecer con la labor de cada día. Cuando crucemos ese puente, cuando los jóvenes, que son los que realizarán la obra, sientan que han llegado al destino mejor, algunos, todos, recordarán que bajo el puente, ocultos entre las aguas, llenos por el musgo, hay pilotes que lo sostienen. Nuestra generación tiene destino de pilotes, se pasaron a reflexionar, advertirán que toda la historia es solamente un mensaje a transmitirse, y en el pilote centro encontrarán como emblema, como símbolo, una expresión que dice: Efraín Hugo Richard, la gente como usted hace la patria del mañana. En nombre de todos simbolizando el quehacer de muchos, nuevamente GRACIAS!

Dra. Laura Filippi:

Profesor Max Arias Schreiber, le voy a pedir transmitiendo la decisión de las dos comisiones organizadoras, que se despida a la comunidad en nombre de los hermanos latinoamericanos.

Dr. Arias Schreiber:

Muchas gracias por tan inmerecido honor, es para mí muy grato expresar el sentimiento de todos los profesores extranjeros, que hemos venido a este congreso a aprender, algunos a enseñar y todos a confraternizar. Queremos felicitar muy calurosamente a todos los que han intervenido en la organización del Congreso. Muchas son las conclusiones positivas a las que se está llegando, pero por encima de todo, yo veo que queda el recuerdo del reencuentro de amigos y de la creación de nuevas relaciones de amistad, que son tan valiosas en pueblos tan unidos como los nuestros, que desde esta mesa doy un mensaje de solidaridad hacia nuestros pueblos, de fraternidad y de gratitud a quienes han hecho posible este Congreso, y en símbolo de ello estrecho en abrazo a quién nos convocó: Efraín Hugo Richard. Muchas gracias.

Dra. Laura Filippi:

Invito al Dr. Rojo, nuestro referente en España, a despedirse.

Profesor Angel Rojo:

Debo confesar que el sentimiento que quizás más profundamente me

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

embarga en este momento es el sentimiento de alegría, porque pienso que durante algunos días o durante algunos meses podré liberarme de forma personal del acoso de Efraín Hugo Richard. Debo confesar que no he visto nunca a una persona con tanta ilusión y tesón. Hace meses se puso en contacto conmigo para la organización de los seminarios en España, a los profesores hay que cazarlos a lazo, hay que engatusarlos con los proyectos más ilusionantes y debo confesar que he utilizado todo tipo de tretas y algunas no ciertamente limpias, pero el resultado ha sido tres magníficos seminarios en España: Madrid, Sevilla y Valencia, y sobre todo algo que para mí es muy importante y que no se ha visto todavía en este Congreso, a saber, la sensibilización de los docentes españoles frente a la realidad científica y legislativa del derecho comercial argentino. Siempre he pensado, y ahora ya más en serio, que a España no se la puede conocer sino desde esta perspectiva, y que los españoles para conocer nuestro país necesitamos siempre el horizonte americano. Por esto también cuando en alguna ocasión como ésta se me depara tener ese horizonte, tener esa perspectiva, siempre el sentimiento es muy alto, porque no sólo se me posibilita conocer una experiencia legislativa distinta, sino también conocer nuestra propia identidad y profundizar en ella. Personalmente soy muy amigo de considerar que existen siempre iniciativas misteriosas, y quisiera también pensar que en este momento podríamos remontarnos a un personaje histórico para invocarlo aquí y darnos cuenta de nuestra realidad única y unitaria. A principios del siglo XVII vino para estas tierras americanas un coterráneo mío, no un español solamente, sino una persona que nació en mi misma ciudad natal y aquí desarrolló la humildísima función de portero de la Audiencia de Lima, y sin embargo de esa humildísima función inexplicablemente salió el mejor tratado de derecho comercial histórico. Me refiero a Juan de Hebia Bolaños, que a través de su Curia Filípica fue nuestro maestro aquí y allá durante siglos y siglos, prácticamente hasta las Ordenanzas de Bilbao o hasta que comenzaron los comentarios de las Ordenanzas de Bilbao en 1737. Juan de Hebia Bolaños identificó pues nuestro espíritu común y sobre todo para los españoles es el ejemplo en que con la experiencia jurídica americana se puede enriquecer la experiencia jurídica española. Esto es lo que ustedes caritativamente estos días han hecho con todos nosotros. Muchas gracias.

Dra. Mercado de Sala:

Los integrantes de la Comisión Organizadora de Córdoba queremos expresarnos formalmente ante los señores Congresistas, y lo va a hacer un profesor de nuestra Universidad Nacional de Córdoba, Francisco Junyent Bas cuyo padre recordáramos ayer, y actualmente se desempeña, además de como Profesor de Derecho Comercial III, como Coordinador del Departamento de Derecho Comer-

cial y de la Navegación de nuestra Facultad o sea ocupando el rango inmediato siguiente a nuestro maestro Héctor Cámara que es el Director de ese Departamento.

Dr. Junyent Bas:

Quiero aprovechar la oportunidad que me brinda la clausura de este V Congreso de Derecho Societario para realizar un doble acto de reconocimiento. En primer lugar, a la docencia universitaria, a todos los docentes universitarios que con su vocación y su entrega han hecho posible este Congreso. Basta ver las distintas delegaciones de todo el país y las ponencias presentadas para advertir el trabajo fecundo de las distintas cátedras universitarias que, superando la escasez de medios, han producido una encomiable labor intelectual, todo lo cual, unido a los ricos debates de las comisiones de trabajo, ha generado un profundo análisis en el ámbito del derecho societario que servirá de base a la futura labor jurídica nacional.

El segundo de los reconocimientos es el que deseo realizar, en un acto que considero verdaderamente reparador, al Dr. Efraín Hugo Richard.

Hugo Richard es un digno ejemplo del docente universitario, tanto por su alto nivel académico como por su entrega y dedicación.

Estoy convencido de que la Facultad de Derecho de Córdoba, que hoy represento por expresa delegación del señor decano, Dr. José A. Buteler (h), debía realizar públicamente este reconocimiento.

Conocí a Hugo Richard en el año 1968 cuando yo era ayudante alumno del Instituto de Derecho Comercial de nuestra casa. Ya por entonces Richard demostraba su calidad docente y humana. Ya por entonces se visualizaba en él ese dinamismo que lo caracteriza y esa capacidad de congregar a su alrededor, tanto a los profesores más antiguos, los "maestros", como a los jóvenes egresados que deseaban iniciar su carrera docente. En esta labor de generación de la comunidad docente, en la sede de nuestro Instituto, Richard se destacó por su apertura y generosidad abriendo siempre las puertas a quienes tenían vocación de trabajo.

Cuando me recibí en 1970, Hugo Richard me invitó, juntamente con otro grupo de jóvenes, a que integrase la Cátedra de Derecho Comercial I que él presidía en la Facultad de Ciencias Económicas.

A partir de allí siempre lo vi en una actitud de generosidad notable, pero además, con una vocación comunitaria pocas veces vista. Nunca dejó de lado a los mayores. Siempre puso por delante suyo a los maestros Cámara y Quintana para quienes trabajó constante y generosamente, sin reclamar ventajas de ninguna naturaleza. Pero no sólo honró a sus maestros, sino que también reconoció y les dio debido lugar a los otros profesores que hemos recordado y son el cimiento del Instituto de Derecho Comercial, entre otros: Juan José Dearteaga, Francisco Junyent Vélez, Samuel Linares, Carlos Espinosa, etcétera.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,
I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa
(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

Hugo Richard siempre trabajó para el grupo, para la comunidad docente y ayudó al surgimiento de los nuevos docentes que reconocemos en él a un maestro.

Nunaca dejó de lado a los mayores, todo lo que pueden ver de Héctor Cámara, de Francisco Quintana Fewrreyra y por qué no decirlo también de los otros a quienes hemos recordado, se debe también a que Efraín Richard no fue de esos jóvenes, a veces apresurados e ingratos, que olvidan la sabiduría y experiencia de los mayores. Siempre los convocó y en ellos se apoyó, pero al mismo tiempo no tuvo ningún tipo de egoísmo para aprovechar para sí mismo solamente estos conocimientos y esta apoyatura que le otorgaban nuestros profesores. La característica fundamental de Hugo, permítaseme la expresión personal y afectuosa a un verdadero amigo, fue y sigue siendo la de otorgar oportunidades a todos los jóvenes que tienen vocación de estudio y de trabajo en nuestra facultad. En esta tarea, no fue siempre debidamente comprendido y muchas veces recogió incomprensiones y adversarios. Su intenso ritmo de trabajo también supo producirle inconvenientes y sinsabores, aun por supuestas discrepancias ideológicas. A todo esto lo recibió con total hombría y bonhomía. Nunca vi en él un gesto o una palabra de resentimiento. Siguió trabajando, a veces silenciosamente, hasta que el tiempo repusiera las cosas en su lugar.

Hoy, lo vemos al frente de una comunidad de cátedra activa y estudiosa, trabajando y construyendo la comunidad educativa de nuestra casa.

Vaya pues este reconocimiento al profesor Efraín Hugo Richard, al hombre....al amigo.

Aplausos.

Dr. Richard:

Un abrazo Dr. Junyent. Muchas gracias por tus palabras, inmerecidas, muchas gracias a todos. Me siento muy emocionado, gratamente sorprendido que no puedo hablar, ni agradecer como debería...Hasta un momento, hasta el VI Congreso...

Aplausos. Se cierra el acto.

Doctrina

CONTRATOS Y OPERACIONES QUE PUEDEN CELEBRARSE EN LOS MERCADOS DE CAPITALES

Jorge F. FUSHIMI

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) BOLETÍN: XXXII Marzo 2020 Cita digital: EOLDC100970A

Resumen: Análisis de operaciones y transacciones usuales en el mercado, partiendo de conceptos y definiciones de la ley 27440, ampliada con la opinión de los diversos juristas expertos en la materia.
Palabras claves: Mercado de capitales – Transacciones usuales.

Abstract: Analysis of usual operations and transactions in the market, based on concepts and definitions of Law 27440, expanded with the opinion of the various legal experts in the field.
Key words: Capital market - Usual transactions.

I- INTRODUCCIÓN

Si bien las operaciones usuales en el mercado de capitales son las compraventas de títulos cotizables y otros valores negociables, no son estas las únicas que pueden celebrarse. Por tal motivo, analizamos algunas de las operaciones y transacciones usuales en el mercado, partiendo de conceptos y definiciones de la ley 27440, ampliada con la opinión de los diversos juristas expertos en la materia. En algunos de los casos, utilizaremos ejemplos para una mejor comprensión de lo explicado. La ley de financiamiento productivo de impulso al financiamiento de pymes (L. 27440), en su Título VIII, introduce diversos conceptos para definir operaciones del mercado de capitales menos conocidas por el público y cuya difusión consideramos esencial para cumplir con el primero de los objetivos de la ley de mercado de capitales 26831 (en adelante LMC), esto es: "*Promover la participación en el mercado de capitales de inversores, asociaciones sindicales, asociaciones y cámaras empresariales, organizaciones profesionales y de todas las instituciones de ahorro público, favoreciendo especialmente los mecanismos que fomenten el ahorro nacional y su canalización hacia el desarrollo productivo*". Quizás uno de los principales obstáculos que encuentra el mercado de capitales sea, precisamente, la falta de información suficiente acerca de las opciones que existen para realizar diversas operaciones financieras que pueden constituir herramientas esenciales para la financiación de la pyme.

II- ¿QUÉ SON LOS MERCADOS DE CAPITALES?

El concepto genérico de mercado financiero es amplio. El mismo, desde un punto de vista económico, hace referencia al punto de encuentro entre la oferta y la demanda de capitales, en particular si lo graficamos en un eje de coordenadas cartesianas. No nos referimos a un lugar físico de encuentro, sino a la sumatoria de transacciones de oferta y demanda de capital en una economía. Habitualmente, las personas (humanas, jurídicas) obtienen ganancias que no son consumidas (excedentes financieros) y -por lo tanto- se ahorran. El ahorro puede ser atesorado sin mayores efectos en la economía, pero también puede ser invertido, colocándolo en diversas instituciones

que intermedian entre los oferentes de capital y quienes tienen necesidad de él para financiar sus actividades. Pueden ser demandantes de capitales tanto el Estado (en sus tres niveles: federal, provincial o municipal) y sus entidades autárquicas, como el sector privado (personas humanas y personas jurídicas, sean como consumidores o como actividad empresarial).

El mercado financiero, en general, se divide en dos grandes subsistemas: *el sistema bancario*, en el cual las entidades bancarias o financieras intermedian en la oferta y demanda de dinero, tomando fondos a cambio del pago de una tasa de interés y prestándolos a los demandantes financieros a cambio de una tasa mayor. La ganancia de la entidad financiera está en el "spread" estricto, donde los ahorristas colocan sus excedentes financieros para que -a través de los operadores bursátiles (hoy, agentes de corretaje, según LMC)- se ofrezcan a los demandantes de dinero. En los mercados bursátiles, las empresas emiten títulos representativos de su capital social (acciones), o títulos de deuda de corto, mediano o largo plazo, que son colocados y negociados en forma masiva. No son los únicos mercados financieros: también incluimos en el concepto (aunque no los tratamos) al mercado de cambio de divisas (mercado cambiario), al mercado de *commodities*, a los mercados de futuros, etc.

En este trabajo trataremos, concretamente, sobre operaciones que se realizan en el denominado mercado de valores o mercado de capitales, refiriéndonos al lugar de intercambio de diversas clases de títulos valores representativos de capital o de deuda (pública o privada) y otras clases de títulos valores (como pagarés bursátiles, cheques de pago diferido, etc.), previamente autorizados por la autoridad de contralor y emitidos por entidades también autorizadas por dicha autoridad, y que también se realizan en los mercados no regulados (*Over the Counter* u OTC, por sus siglas en inglés).

III- INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

Los derivados o instrumentos financieros derivados, en los términos de la ley 27440, son contratos sujetos a la ley y jurisdicción argentina o extranjera y celebrados bajo acuerdos marco, individuales y/o bajo los términos y condiciones establecidos por el mercado en el que se concierten, en los cuales sus términos y condiciones, incluyendo precio, cantidad, garantías y plazo, derivan o dependen de un activo o producto subyacente, los que pueden consistir, a modo enunciativo, en:

A) activos financieros, tasas de interés o índices financieros,

B) valores negociables y/o

C) activos no financieros (incluyendo a modo enunciativo cereales, minerales, alimentos, inmobiliarios), que se pueden celebrar y/o negociar en mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores o fuera de los mismos y que incluyen a modo enunciativo:

i. los contratos a término (denominados en idioma inglés *forwards*),

ii. los contratos de futuros (denominados en idioma inglés *futures*),

iii. los contratos de opciones (denominados en idioma inglés *options*),

iv. los contratos de intercambios (denominados en idioma inglés *swaps*) y

v. los derivados de crédito (incluyendo los denominados en idioma inglés *credit default swaps*) y/o una combinación de todos o alguno de ellos.

III - 1. Análisis de los instrumentos financieros derivados

Desde las Ciencias Económicas se nos explica que "*los derivados financieros se definen, con carácter general, como instrumentos cuyo precio está vinculado o es función de la cotización de otro u otros instrumentos denominados 'activos subyacentes'. Estos últimos pueden ser acciones, índices bursátiles, tipos de interés, deuda, materias primas, etc.*"[16]. Una definición técnica nos la da el Banco Central de Chile[17]: "*Los Instrumentos Financieros Derivados (IFD) son instrumentos financieros o contratos cuyo valor se basa en el precio de otro activo -acciones, índices, valores de renta fija, tasas de interés, tipos de cambios o también materias primas- y que se caracterizan por fijar una fecha de liquidación futura, la que en algunos casos (opciones) puede o no ser ejercida. Su cotización puede realizarse en mercados organizados (bolsas) o no organizados (OTC)*".

Así, pues, tendremos:

i. Derivados de tipos de interés.
ii. Derivados de renta fija.
iii. Derivados de renta variable.
iv. Derivados de divisas.
v. Derivados sobre acciones.
vi. Derivados sobre materias primas o *commodities*.
vii. Derivados de crédito.

Otra definición, desde el Derecho, es la que brinda Eugenio A. Bruno[18], quien explica que "*los instrumentos derivados consisten en contratos financieros cuyas condiciones de pago se encuentran determinadas por el valor de una transacción (o activo) subyacente. De allí se entiende el nombre de 'derivados', ya que su valor se 'deriva' de dicho activo subyacente e incluyen materias primas, comoditas, tasas de interés, índices, entre otros*".

La jurisprudencia nacional[19] ha definido a los contratos derivados de la siguiente manera: "*Los contratos a término (o forwards) -que, como los 'futuros', opciones y swaps pertenecen al género 'contratos de derivados'- son convenios bilaterales, consensuales y onerosos por los cuales una de las partes se obliga a comprar, y la otra a vender, un determinado bien en una fecha futura y a un precio preestablecido desde el comienzo. Se trata de contratos aleatorios, ya que 'sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependen de un acontecimiento incierto' (art. 2051, CC)".*

16 Arguedas Sanz, Raquel y González Arias, Julio: "Finanzas empresariales" - Ed. Universitaria Ramón Areces - Madrid 2016 - pág. 358

17 https://si3.bcentral.cl/estadisticas/Principal1/Metodologias/SE/BDP/CF_Derivados.pdf

18 Bruno, Eugenio A.: "El nuevo régimen de derivados financieros", en Bruno, Eugenio A. (Dir.): "Reformas del mercado de capitales ley 27440 (obra colectiva)" - LL - Bs. As. - 2018 - pág. 103

19 "Johnson & Johnson de Arge ntina SACI c/Citibank NA Sucursal Buenos Aires" - CNCom. - Sala A - 6/2/2007 - Cita digital EOLJU113980A

III - 1.1. Contratos a término o forwards (instrumentos derivados a término) y contratos a futuro (instrumentos derivados a futuro o futures)

III - 1.1.1. Contratos a futuro en general

Miguel Raspall[20] explica que "*los contratos de futuros son aquellos en los cuales las partes se comprometen a cumplir -a futuro- con la entrega de algún activo por un precio preestablecido o variable*". En los contratos de futuro tradicionales, existe un comprador y un vendedor (de bienes, de instrumentos financieros, de mercancías de los cuales se "deriva" su valor, de allí que sean instrumentos derivados) que celebran hoy la transacción, pero a cumplirse en un plazo determinado: es decir, el vendedor se obliga a entregar en la fecha pactada aquello que se vendió y el comprador, a aceptar pagar un precio que ha sido fijado en la actualidad. Es una operación diferida en el tiempo, pero con un precio pactado hoy. Ese precio, en general, es el precio actual del bien, pero con los componentes financieros que implican el pago en un plazo determinado. Es decir, no se "anticipan" precios, sino que se trabaja con los precios actuales y se le agrega el interés y el riesgo inherente a la operación.

Ambas partes toman riesgos (de allí que se diga que estos contratos son aleatorios[21]) por cuanto, a la fecha del pago, el precio real de la cosa puede ser superior o inferior al pactado oportunamente. Si el precio pactado es menor al precio real, la ganancia la asume el comprador, mientras que, si el precio pactado es mayor que el precio real, la ganancia recae en el vendedor. Sin embargo, para las partes involucradas, el riesgo puede ser tolerable en la medida que la venta a futuro puede asegurar la colocación de una producción futura (como una cosecha). Por el contrario, si la producción futura fuese menor a la esperada, el vendedor sufrirá perjuicios porque deberá asegurar al comprador las cantidades comprometidas, en cuyo caso deberá salir al mercado a adquirir los bienes necesarios. O bien puede contratar seguros u otras formas de cobertura que le aseguren el cabal cumplimiento de la obligación asumida y que ha sido diferida en el tiempo.

III - 1.1.2. Instrumentos financieros derivados a término (o a plazo) o forwards

Los denominados forwards son contratos a futuro pero que se caracterizan por ser celebrados directamente entre las partes intervinientes, sin necesidad de la intervención de un mercado de capitales, celebrado "a la medida" de las partes intervinientes, y -salvo las que mutuamente pudieran pactar en forma particular las partes- carecen de garantías. Por eso se dice que estos contratos se negocian en el mercado OTC, tal como lo expresa la definición dada más arriba, del Banco Central de Chile. Por su parte, el artículo 189, inciso c), de la ley 27440 establece que los forwards podrán ser oponibles a terceros, en la medida que fueran registrados conformes las normas de la CNV, en cuyo caso dicho organismo exigirá formalidades registrales para este tipo de derivados. A los efectos establecidos en la ley, los contratos serán oponibles a terceros y tendrán fecha cierta desde la fecha de su registro.

20 Raspall, Miguel A.: "Contratos del mercado de capitales frente a los concursos" - Diario La Ley - 1/8/2018, 1; LL - 2018-D, 688

21 Las obligaciones emanadas de estos contratos tienen por causa-fin -entendida como "el propósito o designio que ha movido a las partes para constituir la obligación" (conf. Llambías: "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones" - T. 1 - Ed. Perrot - Bs. As. - 1973 - pág. 61)- la distribución del riesgo inherente a la evolución de determinada variable subyacente. En concreto, una de las partes asume el riesgo de que se trate a cambio del pago de un precio (prima) o, a la inversa, una parte paga un precio por trasladar ese riesgo a su contraparte. "Johnson & Johnson de Argentina SACI c/Citibank NA Sucursal Buenos Aires" - CNCom. - Sala A - 6/2/2007 - Cita digital EOLJU113980A

III - 1.1.3. Instrumentos derivados a futuro (o futures)

Son también contratos derivados y a futuro, pero se diferencian de los *forwards* (o contratos a término o a plazo) en que son contratos estandarizados, por lo que las partes carecen de la misma libertad de contratación que en los forwards y prácticamente se pueden considerar de adhesión, por cuanto las cláusulas están predispuestas. Los contratos de futuro son celebrados en el marco de mercados de capitales formales y por ello son susceptibles de cotización bursátil. A diferencia de las operaciones de forwards, los *futures* están garantizados al actuar la cámara compensadora. Recordamos que el artículo 2 de la LMC define a las cámaras compensadoras como sociedades anónimas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, cuyo objeto social consista en la liquidación y compensación de las operaciones autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, cumpliendo el rol de contraparte central y pudiendo desarrollar actividades afines y complementarias al mismo. En los contratos de futuros, los compradores no pactan directamente con los vendedores (como sí ocurre en los contratos a término o *forwards*), sino con la cámara compensadora. Lo mismo ocurre con los vendedores que operan a través de la cámara compensadora (de allí que se diga que cumple el rol de contraparte central). Por su parte, fija diariamente las garantías por operaciones abiertas, liquida diariamente las pérdidas y ganancias y liquida los contratos al vencimiento, pagando por los productos vendidos o entregándolos. Para no incurrir en pérdidas, exige a los operadores un depósito de garantía que está relacionado con el número y tipo de contratos celebrados.

III - 1.2. Los contratos de opciones (options)

Los contratos de opciones también son contratos derivados. La opción es un contrato entre dos inversores que consiste en otorgar a una de las partes el derecho de comprar o vender un activo en un plazo determinado y a un precio previamente pactado.

En este contrato, hay un “vendedor” o “lanzador” que ofrece opciones de compra o de venta, y hay un “comprador” o “tomador” que toma una opción u otra y adquiere el derecho (nunca la obligación) de ejercer -o no- la opción adquirida. Es fundamental comprender que puede haber una opción de compra (a la que se denomina *call* en inglés) o puede haber una opción de venta (a la que se denomina en inglés: *put*). El comprador o tomador de la opción debe pagar una prima (prima de la opción) para adquirir el derecho a ejercer la opción.

La opción de compra (call)

Da el derecho al comprador de la opción de comprar el activo subyacente (y el vendedor de la opción está obligado a venderlo) al precio que indique la opción en una fecha fija (modalidad europea) o en cualquier momento (modalidad americana). Por ejemplo, un vendedor lanza una opción de compra de acciones de la compañía “X” a $ 100 cada una a una fecha determinada (modalidad europea). Para ello, paga una prima de $ 5. Al llegar a la fecha pactada, la cotización de la acción está en $ 115, por lo que ejerce la opción de comprar las acciones a $ 100, ya que de inmediato podrá venderlas al precio de mercado y obtener una ganancia de

$ 15.00 por la opción, a la cual -para determinar su beneficio neto- deberá restar el precio de la prima abonada. El vendedor está obligado a vender las acciones comprometidas en la opción. Para este inversor, habrá una pérdida nominal (debe vender a $ 100 cuando el mercado cotiza a $ 115), pero obtiene una ganancia por la prima percibida. Si, en cambio, el precio de mercado fuese de $ 90,00, el tomador de la opción no ejerce la opción (ya que no le conviene comprar a $ 100 aquello que en el mercado vale $ 90) y el contrato queda extinguido. El comprador no pierde nada más que la prima abonada y esta prima representa la ganancia del vendedor.

Opción de venta (put)

Da el derecho al comprador de la opción de vender el activo subyacente (y el vendedor de la opción está obligado a comprarlo) al precio que indique la opción, sea en una fecha fija (modalidad europea) o variable (modalidad americana). Supongamos que el vendedor lanza una opción de venta sobre acciones de la sociedad "Y" por $ 100 y, para ello, el tomador paga una prima de la opción de $ 5. Al llegar la fecha de ejercer la opción (determinada si fuese modalidad europea o, en cualquier momento, si se tratase de una modalidad americana), supongamos que la cotización de la acción fuese de $ 120, en cuyo caso el tomador decide no ejercer la opción de venta y no vende las acciones, ya que solo recibiría $ 100, cuando el precio de mercado es mayor. En este caso, el tomador tiene la pérdida de la prima, que será la ganancia del lanzador de la opción. En el caso de que el precio en el mercado fuese de $ 85, el tomador de la opción ejercerá la opción de venta y el vendedor lanzador estará obligado a comprar las acciones a $ 100, con lo que el tomador obtendrá una ganancia de $ 15 a la que habrá que restar el valor de la prima abonada.

Los contratos de opciones también son estandarizados y se negocian a través de mercados de capitales organizados.

III - 1.3. Contratos de intercambios (o swaps)

Los contratos de intercambio o permuta financiera (en la literatura española) o swaps son contratos financieros derivados en virtud de los cuales las partes se comprometen a intercambiar flujos de fondo o flujos de pago, de modo tal que una de las partes se compromete a pagar durante un lapso determinado una serie de flujos monetarios, con la periodicidad pactada, a cambio de recibir otra serie de flujos de la otra parte. Se ha dicho que[22] "*el objetivo de esta clase de operaciones es intercambiar con la contraparte la exposición a un riesgo específico (moneda, tasa de interés, rendimiento de un título, incumplimiento de un emisor) por un monto determinable en el futuro en función de un valor nocional o de referencia establecido por las partes*".

Los *swaps* son contratos celebrados a medida, es decir, no estandarizados, personalizados y se negocian entre particulares en mercados no formales u OTC.

Existen dos clases de contratos de intercambio financiero:

- Los *swaps* de tipos de interés.
- Los *swaps* de divisas.

Se ha dicho[23] que la finalidad económica del contrato es "*mejorar la performance financiera de la empresa, ya que estructura (o protege) los riesgos que pueden sufrir ciertos pasivos financieros fruto de las fluctuaciones del mercado. Las necesidades de cobertura (de ambas partes) en un contrato de swap se complementan. La finalidad especulativa no tiene entidad suficiente para caracterizar esta forma contractual como un contrato de apuesta, más allá de su natural aleatoriedad*".

Intercambio financiero de tipos de interés

Las partes asumen la obligación recíproca de hacerse pagos periódicos sobre un mismo capital, durante un tiempo determinado, a tasas de interés diferentes y plazos de pago que pueden ser iguales o diferentes. Estos contratos se celebran, siempre, en la misma moneda. Existen dos

22 Gerscovich, Carlos G. y Vázquez Acuña, Martín G.: "Instrumentos derivados. Futuros forwards, opciones y swaps" - Ed. Abeledo Perrot - Bs. As. - 2008 - pág. 38

23 Molina Sandoval, Carlos A.: "El contrato swap y sus derivaciones impositivas" - 5/6/2007

modalidades de swap de tipos de interés:

- Fijo contra variable (*coupon swap*): según el cual una de las partes asume la obligación de pagar el capital fijado a una tasa de interés fija a cambio de recibir de la contraparte el mismo capital a una tasa de interés variable.

- Variable contra variable (*basis swap*): según el cual ambas partes intercambian flujos de pagos pactados a tasa variable diferentes, o bien con forma de cálculo diferente.

Ambas modalidades se caracterizan por que las partes están asumiendo un riesgo financiero, pero les resulta conveniente, por diversas razones, emplear una u otra tasa.

Ejemplo: Una empresa "A" acuerda, luego de un procedimiento arbitral que perdió, que abonará un capital de $ 10.000.000,00 y lo hará en cuotas mensuales durante 2 años a la tasa pasiva para uso judicial que publica el BCRA (tasa variable diariamente) más un 2% mensual. Así, tendremos un flujo de pagos con interés pasivo. Otra empresa, "B", va a tomar otro préstamo también de $ 10.000.000, a pagar en 2 años, a razón del 4,5% mensual. La empresa "B" asume así una obligación de pagar un flujo de pagos con interés fijo. Pero la sociedad "A" necesita disponer de flujos de fondos estables y previsibles, mientras que a "B" le resultaría más útil abonar a través de la tasa pasiva, ya que sus ingresos también están supeditados a la variabilidad de la tasa de interés, lo que le permite absorber mejor el impacto de la variabilidad. Por tal motivo, las partes pueden acordar intercambiar sus flujos financieros por el monto indicado y el plazo indicado, asumiendo cada uno la obligación de la otra parte.

El ejemplo no cambia, si ambas partes asumen tasas variables diferentes, cuyo comportamiento no pueden predecir (ej.: tasa Libor vs. tasa Euribor). En cambio, resulta absurdo pensar en la modalidad "fijo contra fijo", ya que nadie aceptaría pagar una tasa fija mayor a la que se pactó, y cambiar dos flujos de fondos a la misma tasa fija carece de sentido lógico.

Intercambio financiero de divisas (swap de divisas)

En esta modalidad, las partes asumen la obligación recíproca de abonar, durante un plazo determinado, en fechas determinadas, sendos flujos de fondos en divisas diferentes sobre un mismo valor nominal, con tipos de interés diferentes.

Ejemplo (asumiendo una economía estable, sin inflación): la sociedad argentina "M" desea realizar inversiones en Brasil por (asumamos una relación de cambio de $ 15 por 1 R$) el equivalente a un millón de reales (R$ 1.000.000,00, lo que equivale a $ 15.000.000). El empresario argentino recurre a su banco y le ofrecen dos líneas de préstamo: en pesos al 5,5% anual y en reales al 6% anual. A su vez, la sociedad brasileña "B" también pretende invertir en Argentina por un valor igual. El banco brasilero ofrece a la sociedad "B" financiarle su requerimiento en pesos al 6,25% anual y en reales al 4,5% anual. Ambas compañías, entonces, acuerdan mutuamente en tomar los préstamos respectivos a su moneda de origen, ya que a cada uno le resulta más conveniente. Entonces "A" tomará el préstamo en pesos al 5,5% anual y "B" tomará el préstamo en reales al 4,5% anual. Pero "A" necesita los reales y "B" necesita los pesos. Entonces intercambiarán los flujos, de tal manera que "A" terminará pagando en reales un 4,5% (menos que el 6% que le ofrecía su propio banco) y "B" terminará pagando en pesos un 5,5% (contra 6,25% que le ofrecía su banco). Así, ambas sociedades resultan beneficiadas financieramente.

El swap de divisas admite tres modalidades diferentes:

- Swap de divisas fijo contra fijo (*currency swap*).

- Swap de divisas fijo contra variable (*floating rate swap*).
- Swap de divisas variable contra variable (*cross currencycoupon*).

Ello, según el tipo de divisa sea a tipo fijo o variable.

III- 1.4. Los contratos derivados de crédito (incluyendo los denominados en idioma inglés credit default swaps)

Los derivados de crédito tienen la finalidad de facilitar la gestión del riesgo de crédito bien transfiriéndolo a otras entidades de crédito, intermediarios financieros u otros sujetos, bien asumiendo nuevo riesgo. El objetivo de la adquisición de un derivado de crédito es reducir el riesgo, y se ha dicho que funciona como un seguro, contrato con el que tiene similitudes, ya que se trata de una cobertura de riesgos.

Son contratos personalizados que se negocian fuera de los mercados organizados (*Over the Counter* u OTC).

Como el riesgo de crédito tiene implicaciones que afectan tanto a los emisores de bonos, como a los obligacionistas y a las entidades financieras, estos serán los principales usuarios de este tipo de contratos.

Estos contratos, en general, son adquiridos por quienes han invertido en bonos que tienen algún riesgo de baja de calificación o riesgo de impago (o default). Un inversor, por caso, adquiere bonos de un estado cuya calificación crediticia es "BB", es decir que acarrea riesgos de default, pero -precisamente por la tasa de riesgo implícita- otorga una rentabilidad -digamos- del 75%. Ahora, si el inversor adquiere esos títulos, puede obtener una renta extraordinaria, pero también corre el riesgo de que se declare el *default* y pierda -total o parcialmente- su inversión o no pueda disponer de ella por un largo plazo. O puede ocurrir que su inversión pierda valor global en caso de que la calificación baje, por ejemplo, a "BC" o a "C".

Para evitar ese riesgo, recurre a una entidad que le ofrece un swap de crédito o swap crediticio o incluso un *credit default swap*. Esta entidad, a cambio de una prima -supongamos del 20%-, ofrece restituir el valor de la inversión en caso de que efectivamente el emisor de los bonos se declarara en cesación de pagos. En general, el inversor elegirá como contraparte del swap crediticio a una entidad con una buena calificación de riesgo (digamos "AAA" o "AA"). En este caso, en los hechos, el inversor -en la medida que no se declare el default- está obteniendo una renta neta del 55% (el 75% de los bonos menos la prima del 20%), pero con una inversión de bajo riesgo, atento a que se ha minimizado el riesgo de no recuperar el capital invertido.

IV- CONTRATOS U OPERACIONES DE PASE (O CONTRATO DE REPORTE O "REPO")

Los pases, siempre siguiendo a la ley 27440, son contratos sujetos a la ley y jurisdicción argentina o extranjera y celebrados mediante acuerdos marco o individuales o bajo los términos y condiciones establecidos por el mercado en el que se concierten, en los cuales se acuerde de manera simultánea:

a) la venta o compra al contado de valores negociables y/o cualquier activo financiero y

b) la obligación de recompra o reventa a plazo, que se pueden celebrar y/o negociar en mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores o fuera de los mismos y que incluyen, a modo enunciativo, los contratos de recompra (denominados en idioma inglés *repurchase*

agreements).

Nuevamente, tomamos los conceptos de Raspall[24]: "*Las operaciones de pase o 'repo' constituyen una modalidad de financiación común entre bancos. Es un contrato real (entrega de la cosa) mediante el cual una de las partes (el reportador) compra a la otra (reportado, quien vende) títulos valores públicos o privados, al contado, y simultáneamente convienen la operación inversa de compraventa ('recompra') a un plazo determinado, por un precio convenido que se denomina 'prima'. La diferencia entre el precio de compra al contado del título y el precio de venta a término (futuro) determina la tasa de interés de la operación. El pase es un préstamo de dinero con una garantía; el título que se intercambia. A diferencia de otros préstamos con garantía, el activo de garantía (el título) cambia de propietario durante la duración del préstamo. A diferencia del swap, existe transferencia de propiedad del título ... Mientras dure el contrato de pase, el comprador (reportador) obtiene todos los beneficios que el título produzca (pagos de renta y amortizaciones)*". El artículo 34 del Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa de la República de Perú explica así: "*La operación de reporte bursátil de valores se define como una operación de venta con compromiso de recompra, según lo establecido en la ley de las operaciones de reporte, ley 30052. La operación de reporte bursátil de valores es aquella que comprende, en un solo acto, una venta de valores a ser liquidada dentro del plazo establecido para las operaciones al contado o a plazo, y otra simultánea compra de valores, a ser liquidada dentro del plazo pactado por la misma cantidad y especie de valores y a un precio determinado. A la sociedad vendedora en la primera venta se la denomina 'reportado', mientras que, a la sociedad compradora, 'reportante'. Es característica de estas operaciones que los valores que se transfieren en propiedad queden como margen de garantía del reportante para el cumplimiento de la liquidación de la última venta a plazo en el porcentaje que establezca el directorio mediante disposiciones complementarias*". Si bien la operación de pase o "repo" involucra dos pasos diferenciados: una compraventa de títulos, con una retroventa; en realidad, la doctrina tiende a considerarlo como un contrato autónomo, propio del derecho bursátil, y con sus propias modalidades y consecuencias jurídicas que van más allá de la mera compraventa con pacto de retroventa[25]. Al respecto, se ha dicho[26]: "*El reporte tiene naturaleza propia, de modo que no es asimilable a otra figura contractual*", y por ello es que adherimos -sin entrar en un recorrido de las diversas teorías que carecen de relevancia a los fines de este trabajo- a la posición que sostiene la identidad propia de este contrato.

Los valores serán transferidos en propiedad al reportante al liquidar la venta en el plazo establecido para las operaciones al contado. Esto ha llevado a que se sostenga que es un contrato real, extremo del que no estamos absolutamente convencidos.

Los activos subyacentes son los títulos o acciones (u otros activos financieros) que garantizan la transacción.

Otra doctrina nacional[27] explica la operación en los siguientes términos: "*El pase o reporte es un contrato por medio del cual una parte ('reportante') adquiere títulos valores al contado y simultáneamente se obliga a vender a término títulos de la misma especie por un precio y en un plazo preestablecido, mientras que la otra parte ('reportado') se obliga en el sentido inverso, esto es, vende los títulos al contado y se obliga a comprar a término títulos de la misma especie. De*

24 Raspall, Miguel A.: "Contratos del mercado de capitales frente a los concursos" - Diario La Ley - 1/8/2018, 1; LL - 2018-D, 688

25 Cfr. Arata Delgado, Carlos E.: "Naturaleza jurídica del contrato de reporte" - Themis Revista de Derecho - Nº 40 - 2000 (ejemplar dedicado a: Mercado de Valores - Edición de Aniversario) - Lima - 2000 - pág. 197

26 Escobar Rozas, Freddy: "Reflexiones en torno al contrato de reporte" - Ius Et Veritas - N° 26 - Lima - 2003 - págs. 53/66

27 Saravia Frías, Bernardo y Lucchelli, Ernesto: "Contrato de pase" - 1/1/2005; ED, 210-795

acuerdo con Vivante, se persigue una doble obligación de transferir en sentido opuesto dinero y títulos de la misma especie, entre las mismas personas, en tiempos diversos y por un precio determinado". Reservamos la definición de Raspall para el final por considerarla -aunque un poco extensa- completa y sencilla de comprender, atento a la claridad de sus elementos.

V- MÁRGENES Y GARANTÍAS

Los márgenes y garantías, según la ley 27440, son contratos sujetos a la ley y jurisdicción argentina o extranjera y celebrados mediante acuerdos marcos o individuales o según las reglamentaciones de los mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores, mediante los cuales las contrapartes o terceros acuerdan la entrega de valores negociables, activos financieros, dinero, moneda que no sea de curso legal en la República Argentina y cualquier otra cosa mueble, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones de pago y entrega bajo los derivados y pases.

Estas garantías se adoptan, en particular, en las operaciones en los mercados de valores formales y organizados, donde actúa una cámara compensadora como contraparte central en tanto estructura especializada en la contención y la gestión de riesgos de contraparte en los mercados de valores. En los mercados extrabursátiles u OTC, las garantías entre las partes deben ser brindadas de manera privada y no regulada, aunque se admite la posibilidad de que los operadores no bursátiles gestionen garantías, previo a suscribir un contrato no compensado a través de una entidad de contrapartida central[28].

Garantías

Los mercados de futuros, al ser garantes de las operaciones registradas, deben tomar ciertos recaudos para no poner en peligro su patrimonio social. Por eso se establece un sistema de garantías para minimizar el riesgo que implica el ser garante. Diríase que es una especie de contragarantía.

Margen

Una de las posibles garantías es el margen. El margen es una suma fija que los compradores y los vendedores de contratos de futuros deben depositar en sus cuentas para asegurar el cumplimiento del contrato, tal como explicamos más arriba. Si la operación llega a buen término, los márgenes depositados quedan sin efecto y los mercados los restituyen a los depositantes. Los márgenes pueden ser constituidos mediante la entrega de activos líquidos o fácilmente liquidables como dinero en efectivo, avales bancarios, títulos públicos, plazos fijos transferibles endosados a favor del mercado en el que se opera.

Diferencias

Son otra clase de garantías. La diferencia es la cantidad de dinero que los compradores y vendedores de contratos de futuros deben depositar cuando se produzca una variación negativa con respecto a la posición tomada en el mercado. Por ejemplo, supongamos que compramos soja mayo a U$S 150, y que al día siguiente la soja mayo cotiza a U$S 145. Como hay una pérdida de U$S 5, el operador del mercado financiero deberá depositarlo en el mercado en concepto de diferencia. Si el precio de la soja mayo continúa descendiendo, tendremos que seguir depositando diferencias,

28 Cfr. Canalejas Merín, José F.: "El intercambio de garantías reales como mecanismo de gestión del riesgo de crédito de la contraparte en los mercados de derivados extrabursátiles (OTC)" - Revista de Derecho del Mercado de Valores - Nº 19 - Madrid - 2016

pero si comienza a subir, es decir, se recupera, entonces el mercado restituirá las diferencias depositadas. Las diferencias solo pueden depositarse en efectivo.

Los márgenes y diferencias son exigidas por el mercado a sus operadores autorizados, quienes son los únicos responsables del depósito de los mismos. No obstante ello, estos podrán exigir a sus clientes la reposición de las garantías depositadas en el mercado en el que operan, ya que el riesgo no es del operador (otrora agentes de bolsas y mercados), sino del cliente que encomienda la celebración del contrato pertinente.

VI- A MODO DE CONCLUSIÓN

Este es un artículo con una finalidad práctica y no tiene una intención de polemizar, sino que pretende ser didáctico, como una forma de facilitar la comprensión general del funcionamiento de contratos y operaciones en los mercados de capitales, bien sean operaciones realizadas a través de mercados regulados, o bien a través de operaciones extrabursátiles. Todas las operaciones (excepto las garantías) tienen finalidades financieras y, por lo tanto, consideramos que deberían ser difundidas y generalizadas, atento a la crisis de financiación que atraviesan de manera permanente las pymes en la Argentina. Pero también como una forma de facilitar la comprensión general de los ahorristas e inversores menos sofisticados, que no recurren a los mercados de valores, no tanto por la aversión al riesgo, como por la falta de claridad para comprender las transacciones y, muchas veces también, por los costos de transacción al ingreso y al egreso de la inversión.

El alto costo (real o percibido) está directamente relacionado con la escasez de operaciones y, en la medida que estas aumenten, las comisiones deberían tender a la baja por una cuestión de economías de escala.

Las opciones que maneja cualquier ahorrista medio en la Argentina son sumamente escasas y -en muchos casos- de baja rentabilidad (depósitos bancarios a plazo) o de muy alto riesgo (fideicomisos privados, *pools* de siembra, banca informal, etc.), y no siempre tienen por destino la financiación de operaciones productivas.

Por ello es que construimos este trabajo, que formará parte del capítulo XVII de nuestro Manual de Derecho Comercial y Contratos, editado por la Asociación Cooperadora de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. La idea es que los alumnos de la carrera de Contador Público, desde los primeros años de formación, conozcan las operaciones y puedan asesorar mejor a las empresas con las que les quepa actuar.

¿PODREMOS ATENUAR LA CRISIS EMPRESARIAL QUE YA SE HA INSTALADO?

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en DECONOMI años III n° 2 “Pandemia y emergencia empresarial”, pág. 107, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dirigida por el Director del Departamento de Derecho Empresarial Prof. Héctor Osvaldo Chomer www.derecho.uba.ar/publicacione/revista-deconomi/

Resumen: Se analiza la situación del descalabro empresarial que alcanzaría a más del 50% de esa actividad, y enfrentando circunstancias imprevisibles, cambiantes día por día pese a los esfuerzos económicos y promesas del Gobierno, aparece como tarea imposible determinar cómo regular la salida, particularmente la eventual regulación jurídica. Como el derecho es la regulación de los hombres para el orden social pretendido, ante la paralización social y económica ese orden social esta desequilibrado. Y a esa temática tenemos que dedicar nuestros esfuerzos.
Palabras claves: Relaciones de organización - Planificación - Crisis previsibles - Sistema societario y preconcursal.

Abstract: The situation of the business disaster that would reach more than 50% of that activity is analyzed, and facing unforeseeable circumstances, changing day by day despite the economic efforts and promises of the Government, it appears as an impossible task to determine how to regulate the exit, particularly the eventual legal regulation. As the law is the regulation of men for the intended social order, in the face of social and economic paralysis that social order is unbalanced. And to that subject we have to dedicate our efforts.
Key words: Organizational relations - Planning - Predictable crises - Corporate and pre-bankruptcy system.

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

I – EL PANORAMA.

La opinión del sociólogo francés -magistrado, criminalista, con una visión utópica, pero al mismo tiempo imponiendo la visión multidisciplinar- con que iniciamos este ensayo, intenta ser provocativa y podrá quedar fácilmente desacreditada si ante el fenómeno sanitario y patrimonial que estamos atravesando, no tenemos otra posibilidad que llevar las causas masivamente a Tribunales.

Adviértase que no titulamos este ensayo como “solución”, sino con el desafío a una “atenuación” de la pandemia económica generada globalmente, con tintes agudizados en nuestro país que ya padecía una crisis, tanto en las finanzas gubernamentales como en muchas actividades empresariales.

El Prof. Héctor Chomer, Director del Departamento de Derecho Empresarial de la Universidad de Buenos Aires, nos ha hecho el honor de requerirnos una contribución para un inmediato número

de su Revista Electrónica en torno a los análisis que vertiginosamente convocan a los especialistas del derecho concursal.

Significo ese honor por cuanto se conoce mi posición sobre las relaciones de organización, la planificación como anticipatoria de las crisis previsibles, el sistema societario como preconcursal sin perjuicio de su integración sistemática. Posición en la que no estaría sólo conforme la calidez de Marcelo Barreiro y Martín Arecha.[29]

Por eso, rogamos nos acepten, en una primera parte hacer un breve reporte, para eso estamos los viejos que no nos atamos a cerrados dogmatismos, de algunas cosas vividas o percibidas en estos tiempos de invierno económico-financiero.

II – ALGO DE HISTORIA.

1. Se vincula la invitación al Coloquio virtual de Derecho Concursal ante la pandemia, organizado en la UBA el 7 de mayo corriente, del que fuimos interesados asistentes desde Córdoba, donde destacamos la coherente preocupación del Vice Decano Marcelo Gebhardt y del Director del Departamento de Derecho Empresarial en la probable saturación judicial que se podría generar al levantarse el período de inactividad judicial en Buenos Aires y otras capitales.

Es que el descalabro empresarial alcanzaría a más del 50% de esa actividad, y enfrentando circunstancias imprevisibles, cambiantes día por día pese a los esfuerzos económicos y promesas del Gobierno, aparece como tarea imposible determinar cómo regular la salida, particularmente la eventual regulación jurídica. Como el derecho es la regulación de los hombres para el orden social pretendido, ante la paralización social y económica ese orden social esta desequilibrado. Y a esa temática tenemos que dedicar nuestros esfuerzos.

Hoy nos encandila el problema de la pandemia sanitaria, con pronóstico variable, y consiguiente a la paralización de actividades la "pandemia" económica, patrimonial y financiera, que enriquece a algunos pocos, por la especialidad de su actividad o la capacidad creativa de readaptación[30], pero altera el programa de una enorme cantidad de personas humanas y de personas jurídicas, centros deportivos, sociedades y otras formas de actividades empresariales.

Algo que obnubila frente a lo impredecible, que impide medir riesgos y programar, es ante el inicio de la actividad judicial en los grandes centros de la República, la avalancha de juicios reclamando las obligaciones, medidas cautelares y las de defensa a través de acuerdos preventivos extrajudiciales –que requieren intervención judicial-, y la presentación formal en concursos. Y a la par los problemas de las personas humanas, para las que debe descartarse este escudo.

Más de 10 proyectos legislativos y varios de círculos académicos, incluso uno muy interesante que gira sobre la problemática que acabamos de escribir del Director de esta publicación colectiva, a quién agradecemos el honor de habernos invitado, alguno que hemos presentado en sociedad[31],

29 Que tuvieron a bien, hace varios años y en unas Jornadas de Sindicatura Concursal en el CPCE de Córdoba, entregarme una plaqueta del Instituto Argentino de Derecho Comercial dedicándomela con la inscripción "Cuya voz ya no clama sola en el desierto", que recibí como signo del afecto que siempre hemos mantenido, y que las distancias doctrinarias que nos separaban no eran tan profundas.

30 Que, alejándonos de las especulaciones del capitalismo financiero, y de las presiones sobre el dólar, nos acerque a un capitalismo empresarial.

31 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA COVID-19." Publicado en Diario LA LEY, Buenos Aires, EL 8 DE MAYO DE 2020.

y dentro del grupo que integramos denominado eufemísticamente “el Arca” y desarrollado exitosamente por el distinguido colega y amigo Daniel Truffat

2. Retomando lo prometido, para tener una inspiración imposible frente a lo impredecible, nada mejor que mirar el pasado para tratar de tener cautela en como asomarse al actual precipicio empresarial, y vinculémoslo a lo protagonizado con el invitante, con quién hace pocos años integramos en Córdoba un panel vinculado a los concursos de sociedades.

En el caso ante su pedido que formulara “breves comentarios sobre temas de actualidad”, “Se nos ocurre referirnos a la integración del sistema societario y concursal ante la crisis de sociedades frente a la integración sistémica que propone el Código Civil y Comercial (CCC) en su art.2° y bajo la imposición de buena fe negocial (art. 9°), evitando lo que con Juan Carlos Veiga hemos categorizado como “Contraderecho”[32].

Es que aparecía y aparece claro frente al género personas jurídicas privadas, dentro de las cuales la sociedad es una especie, que no pueden ser dejadas de lado las normas imperativas de la ley general de sociedades (LGS) en ningún supuesto, conforme determina el art. 150 inc. a CCC.

La ley de concursos y quiebras (LCQ) como todas las regulaciones similares del derecho comparado tienden a atender la crisis apenas se avizora, para la conservación de la empresa, de los puestos de trabajo y la proliferación del daño. En similar sentido se aconsejan las acciones privadas y confidenciales que deben realizar los administradores de la persona jurídica sociedad, conforme su diligencia, tratando de preservar los intereses de los socios, de los trabajadores y de evitar daño a terceros acreedores.

Cuando la crisis se profundiza afectando el equilibrio patrimonial de la sociedad, o sea cuando el patrimonio neto de la misma pasa a ser negativo, la LGS impone conductas a administradores y socios.

El art. 99 LGS fija criterios con “la declaración de haberse comprobado” la causal. Pero ¿cuándo se “declara” la existencia de la causal de disolución de desbalance patrimonial que contablemente se determina como pérdida total del capital social?

Y este problema, que en su momento llevó a muchas controversias, aparece hoy eliminado transitoriamente por el art. 59 de la ley de emergencia n° 27.541 del 23 de diciembre de 2019[33] que suspendió por el corriente año la causal de disolución del art. 94.5 de pérdida total del capital social o sea cuando una sociedad operaría con patrimonio neto negativo o sea aparentemente insuficiente para satisfacer el pasivo. Pero esa suspensión fue adoptada antes de la pandemia el 23 de diciembre.

El tema se vincula a lo que llamamos un derecho societario de crisis, que normalmente no abordan ni societaristas ni concursalistas.

Se genera la pregunta: ¿quién debe darle solución? Hoy quizá se conteste que debe ser el Gobierno, pero sin duda son los socios los que deben golpear sus puertas, y siempre con la opción prevista en el art. 96 LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores

32 VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS)”, en Pensar en Derecho, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

33 RICHARD, Efraín Hugo “DERECHO SOCIETARIO: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y NORMAS IMPERATIVAS. LAS CRISIS. Y UNA APOSTILLA SOBRE LA LEY DE EMERGENCIA” publicado en La Ley, 20 de Enero de 2020, y en ElDial.Express.com del 3 de febrero de 2020 con anexo sobre la anterior suspensión en el año 2002.

"capitalizando el pasivo" (arts. 96 y 197 LGS), también previsto en el art. 43 2° párrafo LCQ "capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada…". La ley General de Sociedades en su art. 1° tipifica la sociedad por ser las "pérdidas a cargo de los socios". Pero siempre son los socios los que deben atender esencialmente a su solución, no transfiriéndoles el problema a los acreedores con quitas. La quita concursal es un fraude a la ley societaria en los términos del art. 12 CCC, pues se soslaya la norma imperativa del art. 96 LGS, lo que impediría al juez homologar el acuerdo en los términos del art. 52.4 LCQ.

La quita figura en el listado del art. 43 LCQ, pero no en forma imperativa sino potestativa, y como varias otras propuestas que corresponden al concurso de personas humanas como la "constitución de sociedad con los acreedores", así como varias posteriores son exclusivamente para sociedades. Si no hay déficit patrimonial una quita sería abusiva, pues la sociedad solo necesitaría espera. Pero si hay déficit patrimonial –evidenciado en un balance con patrimonio neto negativo- son los socios los que deben reintegrar o capitalizar la sociedad por sí o acercando a terceros, compartiendo la propiedad. La quita devendría en un enriquecimiento para ellos violando normas imperativas de la ley societaria.

Hoy, 21 de mayo, criticamos al Gobierno porque condiciona ciertas ayudas económicas a que la sociedad peticionante no haya distribuido dividendo, que hace también a la naturaleza del negocio asociativo, pero para ser congruentes deberíamos aceptar que no puede eludir asumir las pérdidas.

Este era el escenario que nos planteábamos en aquella oportunidad, reiterando una posición que mantenemos desde el albor de este siglo y mantenemos[34], que entremezclamos con los vertiginosos días que vivimos en estos dos últimos meses. Lo hicimos y lo hacemos como "una colaboración a la judicatura y una obligación profesional para abogados y contadores tratando que sus clientes no asuman responsabilidades y se supere la crisis.", así cerrábamos aquel coloquio.

3. Seguimos mirando al pasado, en octubre del año pasado nuestro anfitrión, Héctor Chomer nos convocó, para dialogar, ya en un país y un marco empresarial problematizado por una larga recesión, sobre "UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO MERCANTIL DEL SIGLO XXI", uniéndonos a Israel CREIMER y Ariel Ángel DASSO, asumiendo la dirección [35], conforme "la idea es un paneo que dé cuenta el cambio del Derecho Mercantil al Derecho Económico Empresarial de hoy con las principales características que dicho cambio importó en los últimos 50 años, y cuáles serán las ideas fuerza de los años por venir, para lo que hemos convocado a tres Maestros, que nos acompañan, permitiéndonos aprovechar y disfrutar su gran experiencia para recordar y así aprender del pasado, reflejarnos en el espejo del presente y avizorar el futuro del derecho mercantil ... que, en definitiva, es nuestro futuro". Pero lo que ocurre cinco meses después escapó a nuestra imaginación. Israel Creimer, Ariel Angel Dasso y nosotros mantuvimos un apasionado diálogo, en el que destacamos hoy las apreciaciones sobre las nuevas modalidades de contratación, de las relaciones de consumo

34 En "Perspectiva del Derecho Concursal" Ed. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Córdoba 2012, que representa una memoria de nuestros cuatro años como Vicepresidente Académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) fundado en Barranquilla, Colombia, en 2004, por una iniciativa gestada por el recordado Jesús Sanguino Sanchez, que concibió la idea en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, realizado en La Cumbre, Córdoba, en el año 2000.

35 Panel coordinado por Osvaldo Chomer en "Primer Congreso Internacional de Derecho Económico y Empresarial" en Homenaje a los 80 años del "Instituto Argentino de Derecho Comercial", Buenos Aires – República Argentina 21 de octubre de 2019, que se publicó en la Revista Electrónica n° 20 de "Estudios de Derecho Empresario", en marzo de 2020, editada por el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba conjuntamente con el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que puede consultarse en el portal de esa Universidad.

y de la cibernética para alterar el desenvolvimiento empresario; y ante la crisis se subrayaron las diferencias con Ariel que privilegia el sistema concursal. Aconsejamos la lectura de los diálogos intercambiados y para hoy rescatamos un recuerdo "Debe actuarse con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo al decir de Anthony GIDDENS en *Consecuencias de la modernidad.* … Quizá debamos pensar en la revolución de los intelectuales, normalmente alejados de la política, para desde una visión humanística, no alentados por ningún lobby o grupo de interés, obliguemos a repensar el país, determinando que no hay un solo modelo –máxime cuando este no se exhibe metodológicamente como un "modelo"- y que una revolución en paz a través del derecho es posible, justamente imponiendo el cumplimiento de normas fundamentales para la estructura y funcionamiento de un conjunto social, evitando que se acentúe la sectorización que vivimos. La formación de recursos humanos parece una tarea indispensable donde se une a la capacidad la donación del tiempo, la paciencia y la tolerancia…. la verdad real, la buena fe, eliminando el abuso y el fraude."

En el tradicional disenso, Dasso pone el eje en el derecho concursal frente a la avizoración de la crisis, y nosotros pretendemos integrar un derecho societario anticipatorio de las crisis, ante lo que Creimer recordó el encuentro la semana anterior sobre las "Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal", que fue la temática en que nos llamaron a intervenir en el XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, realizado en Viña del Mar –República de Chile-, exactamente la semana pasada, integrando un panel junto a Juan Esteban PUGA (Chile), Mariano Möller (México), Daniele VATTERMOLI (Italia) y Efraín Hugo RICHARD, que afrontamos bajo una premisa básica que nos propusimos: "Mirar con amplitud el sistema jurídico para afrontar las crisis", no limitándose al proceso concursal, pues es un tema que concentra la atención de muchos Miembros del IIDC y a la doctrina mundial, y ahora aquí. Y concordábamos en las meditaciones conclusivas con Ariel en que el objetivo era la conservación de la empresa viable con intervención temprana ante la visualización de la crisis, extraconcursal o concursalmente. En ese panel se destacó el nuevo artículo 2.086, párrafo 2, del Código Civil italiano - introducido por el Art. 375 del Código de la Crisis (y ya en vigor) - bajo el cual: "*El empresario que opera en forma societaria tiene el deber de establecer una estructura organizativa, administrativa y contable adecuada a la naturaleza y al tamaño de la empresa, también por lo que se refiere a la detección tempestiva de la crisis de la empresa y a la pérdida de continuidad de la misma, y de tomar medidas, sin dilación, para que se adopte y ponga en práctica una de las herramientas que ofrece la legislación para la superación de la crisis y para recuperar la continuidad de la actividad*". Deber reiterado en el artículo 3, apartado 2, del Código de la crisis y la insolvencia, según el cual: "*El empresario colectivo debe adoptar una estructura organizativa adecuada de conformidad con el artículo 2.086 del Código Civil, con el fin de detectar oportunamente el estado de crisis y tomar las iniciativas oportunas*". Parece ser que el deudor tiene un verdadero "*deber de reestructurarse*".[36]

En el panel de Buenos Aires se recordó a Karsten Schmidt, quién hace pocos meses decía en este recinto las dificultades de la enseñanza de ese tema en Alemania, que la legislación concursal fuera unitaria para personas humanas y jurídicas, y sobre 270 normas sólo 7 estaban dedicadas a las sociedades, y su predilección a la capitalización, y que las crisis societarias fueran solucionadas en

36 Lo expresado en ese panel de Viña del Mar puede leerse en el n° 20 de la citada Revista Electrónica "Ensayos de Derecho Empresario".

silencio… para concluir textual "*Pero mi lema sigue siendo "Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio", sería bueno que siguiera siendo así*".[37]

4. Seguimos creyendo que quizá la cuestión viene por una introspección dentro de la organización empresarial que presente dificultades, hoy potenciadas, cual es el análisis de viabilidad, la actitud psicológica del dirigente – la necesidad de configurar el plan de negocios para facilitar la posibilidad de renegociación, particularmente con los afectados por el desenvolvimiento que son los proveedores y los trabajadores de ambas actividades empresariales. Y la posibilidad de renegociar, claro que ante la mala fe cabe la presentación en concurso denunciando esa situación para excluir el voto del acreedor hostil, de mala fe, como supo resolver cuando era Juez de Primera Instancia la Prof. Verónica Martínez, hoy camarista.

5. Ahora, en pocos días estamos arrasados por la pandemia sanitaria y por sus consecuencias en el mundo empresarial. En ese entorno asistimos virtualmente al referido coloquio de la UBA del 7 de mayo, con seis magníficas exposiciones iniciadas por el Vice Decano, con distintas visiones entre las que lució la de Chomer, o la interesante propuesta de Vitolo con la emisión de dos bonos de suscripción obligatoria para los acreedores y optativa para los deudores, todos tratando de ver como se salía de la pandemia económica empresarial. A su vez escuchamos la visión equilibrada de un jurista del prestigio de Alfredo Rovira, meditando sobre el rol de los administradores, de actuar tempestivamente acotando responsabilidades, afirmaría negociando de buena fe, recordando los efectos de un reciente fallo sobre infrapatrimonialización.[38]

Con Jorge Fernando Fushimi publicamos en La Ley del día siguiente nuestra visión sobre renegociación, necesidad de un escudo protector y de dinero fresco[39], al mismo tiempo que nos informábamos de las novedades y debates en El Arca, un sitio de reunión virtual por whatsapp organizado y dirigido por Daniel Truffat, y coetáneamente el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) donde él también integra el Comité Académico, formalizaba una "Recomendación", a la que pondremos en análisis en las próximas páginas.

Contemporáneamente nuestro Gobierno intentaba negociar con bonistas de todo el mundo tratando de reperfilar nuestra deuda externa, no pretendiendo quitas de capital, sino esperas y ajustes de intereses, muy inferior a los despojos que sufren los acreedores en los procesos concursales en nuestro país.

6. La cuestión aparece como una misión imposible, pues no existe –aparentemente- una coherencia de intereses en el salvataje de nuestras sociedades. Como copia del capitalismo financiero que se ha acostumbrado –como en la deuda pública- a lucrar con la inversión del dinero, sin asumir riesgos, los administradores y socios de la sociedad deudora intentan asumir esa misma posición, y que los acreedores deban asumir esa pérdida, incluso dejándoles ganancia, invirtiendo la tipicidad societaria prevista en el art. 1 LGS. ¿Cómo recuperar la sensatez en medio del huracán que no sólo dañó, sino que aterroriza y paraliza?

37 NOTA DE EDICIÓN: El Dr. Efraín Hugo RICHARD había presentado antes un ensayo para el libro en homenaje al Profesor Alemán Karsten Schmidt "El concurso de Sociedades", en prensa.

38 Es el fallo del caso "Intervestimenta SRL" del 4 de febrero de 2020 donde luce el voto de Pablo Heredia y que se encuentra íntegramente transcripto, junto con el dictamen de la Fiscal General Gabriela Boquin en el referido n° 20 de la Revista Electrónica "Estudios de Derecho Empresario" ya citada.

39 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA COVID-19." citado.

Parecería que muchos proyectos o soluciones crediticias amparan la presentación en concurso, sin atender la preocupación de nuestro anfitrión acompañado por gran parte de la doctrina.

La situación es impredecible aún, tanto desde el punto de vista sanitario que genera la confinación social y la contracción económica consiguiente. Pero al mismo tiempo vemos la capacidad de reconversión o de nuevas actividades –conforme nuevos requerimientos comunitarios- que les permiten incrementar sus resultados patrimoniales y, en muchos casos, justifican las presiones sobre divisas fuertes generando una especial problemática a los Gobiernos. Gobiernos que, a su vez están otorgando ayudas impensadas para ciertos sectores, tanto los marginados como para otros para sostener los empleos. Al mismo tiempo los servicios de transporte privados están asfixiados, al igual que toda la actividad empresarial destinada al turismo o esparcimiento.

Y ante lo impredecible, lo inédito, lo global, no se pueden medir riesgos y es muy difícil la estimación del futuro de la actividad empresarial afectada.

7. Finalizamos este incompleto reporte destacando que en ese marco se concibió la Recomendación que los primeros días de mes –mayo 2020- emitió el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) hoy bajo la Presidencia del español Aurelio GURREA CHALE y de la Vicepresidente Académica la uruguaya Alicia FERRER MONTENEGRO[40]. En las vertiginosas reuniones virtuales grupales generadas a tal fin, a las que la Comisión Ejecutiva convocó al Comité Académico, interviniendo también otros miembros del Instituto. El 5 se formalizó la "Declaración – Recomendación" que fue subida al muro del Instituto el martes 12 de mayo.

III - LA DECLARACIÓN DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURAL EN LA EMERGENCIA.

Por las facetas que abarca la Recomendación y su equilibrio, por lo menos a nuestro criterio, nos permitimos la transcripción completa de la misma, pues bien puede inspirar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de nuestro país para encauzar, atenuando, la pandemia económica:

"COLABORACIONES Y RECOMENDACIONES PARA UN DERECHO GLOBAL DE CRISIS

1.- Los Hechos.

El mundo sufre una pandemia que pone en riesgo a la salud humana. El mejor remedio -en realidad el único- para su control es el aislamiento social. Este aislamiento trae como consecuencia inmediata e insoslayable la parálisis de la actividad económica. Los expertos señalan a nivel mundial la irrupción del coronavirus COVID-19 constituye un 'cisne negro', entendido como un evento de muy baja probabilidad con un impacto muy elevado.

Para 2020 la actividad económica enfrenta efectos contractivos como consecuencia del shock originado por la emergencia sanitaria.

Tengamos en cuenta que las cuarentenas, muy necesarias para contener la pandemia, paralizan alrededor del 50% de las actividades económicas. Se registran cierres parciales o totales de plantas de producción; cortes en la provisión de servicios y en las cadenas de suministro; contracción del consumo; reducción drástica de los viajes de negocio y turismo, así como el cierre de servicios de esparcimiento, colegios y universidades. Los sectores productivos más golpeados, y que por lo tanto

40 Además, Miembro Correspondiente en Uruguay de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y Miembro de su Instituto de la Empresa.

más debemos proteger, serán las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), que representan a más del 99% del tejido empresarial en América Latina y generan alrededor del 30% del PIB, según expresa Juan Carlos Elorza Director de Análisis y Evaluación Técnica Sector Privado en CAF – Banco de Desarrollo de América Latina al periódico uruguayo El País 6 de abril 2020.

Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.

En este contexto, se han sancionado normas, algunas transitorias y otras definitivas, tratando de dotar a la crisis económica derivada de la pandemia de los instrumentos que atenúen, corrijan o permitan superar la situación. Del mismo modo, se han propuesto normas aún no sancionadas.

A título de ejemplo, y para poder analizar lo que ya es derecho positivo, mencionamos algunas normas aprobadas: España: Real Decreto 8 de 2020 y Resolución 4070 publicada en BOE 26 de marzo de 2020; Francia, Ley sobre cesación de pagos del 12/3/20; Colombia: Decreto 560/20 del 15/4/20; Chile: Ley Fogape 2020 del 15/4/20

2.- La propuesta

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

2.1.- Normas generales anti crisis.

1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores.

2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados.

3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias.

4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar.

5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés.

6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.

2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial.

Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo.

Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.

2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

1. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.
2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.
3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.
4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.
5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC´s.

2.3.3. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos

2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.

4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.

IV – ALGUNA MISCELANEA.

Quizá con esta transcripción podríamos haber concluido la encomienda.

Estas "Consideraciones y recomendaciones para un derecho global de crisis" lo hacen con gran cuidado refiriéndose tanto a la crisis patrimonial de la persona humana como a las sociedades, incluso con normas específicas societarias y concursales.

No abogamos porque se dicten nuevas normas de fondo en forma inmediata, eventualmente alguna que impida los hundimientos inmediatos. No se puede legislar en la tormenta.

La función del jurista es construir con vista a la Nación y a su realidad, sirviendo diariamente los principios de la justicia conforme los valores éticos irrenunciables propios de la condición humana y particularmente de los auxiliares de esa Justicia. Por eso nos apartamos de la idea de llevar a concursar a todas las sociedades que fácilmente pueden advertirse en crisis. Queremos evitar esa tentación y, ante el cambio social producido, la introspección, intentar negociar o renegociar entre partes, no simplemente acreedores, la solución que de viabilidad y mantenga el empleo.

Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfarán el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, terminaría –como ocurre actualmente- desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como "*ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio*", lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos –cuando no la insolvencia- se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

La imperdible presentación del Director en un Tratado[41] constituye una autopsia de la legislación concursal: "…todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad… autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *picaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar … ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir…nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista…*por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo….corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE…y harto peligrosos… nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial*… los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos…".

Con estos pensamientos, que no sólo comprende la conservación (o la tardía reactivación de la empresa), y la prudente labor de los administradores sobre el patrimonio de la sociedad, para evitar responsabilidad (correcta preocupación constante de la doctrina), sugerimos abrir nuevamente el diálogo, renegociando, como lo hemos sostenido con Fushimi en el ensayo referido.

En este mismo sentido Karten Schmidt[42]-en el coloquio organizado por Chomer- exponía "En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de Derecho Concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de Derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano[43] expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así… En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto, no resultan del procedimiento de insolvencia…". La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina[44].

41 LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA, AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

42 SCHMIDT, Karten "Responsabilidad de los socios y administradores" en Derecho Comercial y de los Negocios, Sociedades – Concursos AAVV siendo compiladores Raúl Aníbal Etcheverry, Héctor Osvaldo Chomer y Luis Mariano Genovesi, Ed. Eudeba, Buenos Aires 2007, tomo I pág. 395 y ss., reproduciendo una conferencia del año 2005.

43 SCHMIDT, Karten "El derecho empresario y el derecho concursal" en De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss.

44 NIGRO, A. "Le societá per azioni nelle procedure concursali", in Trattato delle societá per azioni, direto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino 1993, 209 ss.

En un acuerdo mayoritario, de los pocos que han conseguido verificar tempestivamente, se impone a la real mayoría quitas y esperas despojatorias que atentan no sólo contra el sistema societario sino con el constitucional de resguardo del derecho de propiedad. Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en Argentina por el art. 21 de la ley 24522, en su modificación por Ley 26086 del año 2006[45]; además en el injustificado cuestionamiento a la verificación de títulos de crédito basado en la incorrecta aplicación de plenarios sobre títulos valores. Con habilidad se lograba –y logra- que sólo unos pocos estén en condiciones de considerar las confiscatorias propuestas de la sociedad deudora, en la que aparecía el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, hoy acotadas por el fallo en el caso Mandalunis de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas. Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers *"*la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los 'verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores "genuinos" –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos "manejar" las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la "voluntad" del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya "desinteresados" deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no… se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es "bicicletear" a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia". Como compartimos este diagnóstico, tan brutal, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades.

45 COSTA, Héctor L. "La importancia de la verificación crediticia" en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Noviembre 2018, Buenos Aires, pág. 1071.

Aparece así la cobertura de las pérdidas como un regalo de Papa Noel o de los Reyes Magos, tan regalo que es gravado como ganancia por los entes tributarios. Y tenemos para nosotros que esos personajes de la imaginaria no existen.

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

Concretamente los administradores y socios de una sociedad en insolvencia[46] al presentarse en concurso soslayan las normas imperativas de la ley societaria y con aparentes mayorías trasladan las pérdidas a los acreedores, no asumiéndolas conforme las mandas legales, trasladándolas sin siquiera ofrecer compartir riesgos mediante una capitalización."

Por eso convocamos a que esa renegociación de las relaciones jurídicas quebradas, como propiciamos, se formalicen de buena fe.

Y esto fue reflejado en la "Recomendación del IIDC" transcripta.

V – LA CRISIS IMPREDECIBLE.

Lo que es impredecible es muy difícil de regular, pues no se puede apreciar los riesgos y los contextos individuales y generales en continuo cambio o deterioro. Frente a ese cuadro parece adecuado para los especialistas en legislación preguntarse que hacer. ¿Legislación de emergencia por un período determinado, hacerlo en forma definitiva? La cuestión se vincula a la conveniencia o no de normas de emergencia en esta materia o de reformas definitivas a la legislación concursal, correspondiendo a variadas visiones de la cuestión. Sin duda es una compleja decisión.[47] Nos inclinamos por la respuesta del referido cónclave que fue la prudencia, y de allí una propuesta:

"2.- La propuesta

1. El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.
2. La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

46 Como hemos desarrollado en otras oportunidades y siguiendo a Camilo Martínez Blanco, apuntamos a la insolvencia no sólo en su sentido financiero sino particularmente en su versión patrimonial, que significa patrimonio neto negativo y constituye una causal de disolución.

47 ROJO, Angel "Reflexiones sobre el Derecho Concursal de Emergencia" del 11 de mayo en el blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

3. Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

VI – MINIMA ACCION ESTATAL Y MÁXIMA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Como se advertirá, además de apoyar toda la actividad gubernamental en aspectos sanitarios y dar ayudas puntuales a los marginados, pago de salarios y actividades básicas, se aconseja el dictado de normas mínimas, salvo las necesidades de cada país.

Se advierte el intento de no inducir a procedimientos judiciales que salvando a algunos pudieran agravar o difundir el daño, como así también la saturación de los sistemas procesales, judiciales y administrativos.

Y por último recomendar no entretenerse, por la siempre lógica y psicológica reacción de administradores y socios, en las actividades que no serán viables, preocupándose por las que puedan ser viables en el futuro incierto, si se remueven las dificultades patrimoniales y financieras.

Pero el punto central es la recomendación de las soluciones privadas, en trato individual de buena fe de las relaciones alteradas, como se prevé en el Código Civil Argentino para el caso de contratos de larga duración, donde ante un intento de resolución se impone la renegociación –art. 1011 CCC-, solución extendible a situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. Como anticipamos hace pocos días se publicó en La Ley un artículo escrito hace un mes con Jorge Fernando FUSHIMI[48], donde en la misma dirección propiciábamos un escudo protector de las personas, jurídicas especialmente, en crisis, un período de renegociación y una hipótesis de ayuda estatal-bancaria como aporte dinerario para reestablecer la actividad, tratando de pensar en una norma de emergencia limitando la avalancha de concursos que se predica.

Porque es de toda evidencia la crisis patrimonial financiera que el encerramiento sanitario ha causado en una gran proporción de las actividades económicas de grandes empresas, pero particularmente de la mediana y pequeña. ¿Cómo enfrentar el futuro? ¿Podrán recuperarse? El futuro es impredecible pues nada será igual por mucho tiempo, es posible que las costumbres sociales se modifiquen por necesidad o por el descubrimiento de nuevas formas de convivencia o de comercialización. ¿Cómo medir los riesgos ante esa impredecibilidad? Y este desafío ha desencadenado la señalada hiperactividad de la doctrina comercialista en el mundo entero, ensayos, reuniones virtuales en muchos foros, proyectos de ley y ya concreta legislación en muchos países. Imposible estar al día.

En esa futurización muy recientemente cerrábamos un locutorio[49] pensando en las viejas costumbres mercantiles de componer las diferencias en forma inmediata cara a cara *'a verdad sabida y buena fe guardada'*: "¿Tendrá esa visión de imponer la renegociación nuestro Gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? ¡Vaya cuestión!

48FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA COVID-19." Citado.

49 "SALIENDO DE LA PANDEMIA ECONÓMICA EMPRESARIAL" (DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y SUSPENSIÓN DE CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27541 DE EMERGENCIA, Y AHORA LA PANDEMIA SANITARIA) en página web de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar, como versión escrita de la disertación de apertura del año académico el 5 de mayo de 2020.

Habría que evitar que los administradores y socios de sociedades se sientan tentados, económica y psicológicamente, a concursarse para repetir historias. Nos preocupa que, como aparece en el Proyecto Legislativo más completo[50], se presente como la única salida concursarse, incluso para obtener crédito. La llamada "renegociación obligatoria" tiene el sentido de remarcar que el período de protección invite a una renegociación de las múltiples relaciones incumplidas o de las de larga duración, en la forma que impone el referido art. 1011 CCC, dejando firmes los acuerdos logrados, y quizá demostrando la mala fe de algún acreedor o de algún deudor, para enervar posiciones en un posterior concurso. Se trata de estimular, no obligar, a renegociar de buena fe, sin intervención judicial ni mediadores impuestos, cara a cara motivados por intereses comunes: que la actividad empresarial continúe y que el acreedor no se vea contagiado.

La situación es inédita y quizá inéditas deben ser las respuestas legales. Como integrar ideas para encontrar el equilibrio y la solución –siempre imperfecta pero que resulte más beneficiosa para nuestra comunidad- puede ser una buena tarea grupal, abandonando preconceptos, pues enfrentamos algo totalmente nuevo, y todos están intentando sugerir medidas o imaginar soluciones. Y en eso estamos unidos.

El IIDC recomendó como un escudo protector el dictado de normas de emergencia:

"2.1.- Normas generales anti crisis. 1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores. 2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados. 3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias. 4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar. 5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés. 6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.".

Se concibe como bien jurídico tutelado la necesidad de conservar la actividad empresarial y los puestos de trabajo o empleos que genera.

No nos desentendemos del problema de la marginalidad social que existía y que ahora se ha incrementado y ha quedado en evidencia insoslayable.

Pero la primera cuestión a abordar ante el cambio social y la crisis: ¿toda empresa debe conservarse? Quede en claro que debemos enfatizar que "empresa" no es sujeto en nuestro derecho. Es una "actividad empresarial" que desenvuelve una persona humana o una jurídica, normalmente una sociedad, o un fideicomiso en algunos supuestos.

Al margen de las importantes ayudas que está intentando efectivizar el Gobierno y las que pueda otorgar en el futuro, debemos afrontar tres problemáticas para el desenvolvimiento empresario.

50 De los Senadores Bulrich y otra. Pero también otros Anteproyectos están en la misma línea de favorecer el concursamiento con efectos protectorios inmediatos, incluso antes de que el Juez lo admita, con promesas de incentivos crediticios y de trato privilegiado a financiamientos, incluso de los mismos socios.

Se trata de la insolvencia[51] a la que se suma la cesación de pagos[52] –a las que referíamos- y la disposición de fondos para mantener la viabilidad de la empresa, si la misma es viable.

Fundamental resulta como primer paso pensar en la viabilidad futura de la sociedad que explota la empresa. ¿La actividad es posible? Suponiendo que el problema se iniciare en este momento: ¿la actividad será viable en el mundo cambiado? Nada será igual en el futuro. Han nacido empresas nuevas, se han enriquecido muchos y deberán otras deberán ser desguazadas. Y no necesariamente por vía de la quiebra, sino por previsores liquidadores societarios en trámite privado, que inclusive pueden llevar a una sociedad en liquidación al concurso preventivo para evitar pérdida de valores –art. 5 LCQ-.

A su vez el requisito de la viabilidad, obvio para no dañar, es resistido por la doctrina concursalista. Sobre el punto aconsejamos la lectura de la tesina de la Mgter. Alicia Kurlat.[53] Se ha referido a ello en los 90 el Prof. Dr. Jaime Anaya sobre "El mito de la empresa inmortal" y lo hemos recordado con el similar título de "La Empresa Inmortal" en el III Encuentro de Institutos de la Academia, dedicado al rol de la empresa[54].

La viabilidad no sólo es un requisito organizacional sino una exigencia jurídica –art. 100 LGS-[55], también contenida en la LCQ, aunque desoída procesalmente. Esos disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido tratadista Darío Graziabile en los artículos que compartiéramos en dos de sus libros colectivos.[56]

Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe –requisito del art. 9 CCC-

Formando parte de la visión del IIDC como escudo protector, recomendó:

"2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

---

51 La expresión es usada en el CCC en los arts. 191, 339, 808, 1692, 2456, 2528. También como título en el 191, refiriéndose a la insuficiencia de los bienes. Esta última expresión "Insuficiencia de bienes" está referida en ese artículo del CCC y en los arts. 1687 y 2318. En cambio, la expresión "imposibilidad sobreviniente" de bienes aparece en los arts. 163 y 1461 CCC y en art. 94.4 LGS.

52 La expresión es usada en el CCC en los arts. 1478 y 2579.

53 Del año 2010 no ha perdido actualidad. La prestigiosa síndica concursal tuvo a bien hacernos llegar una copia. Aconsejamos su lectura en torno al plan de negocios y viabilidad. Su título "Aplicación de herramientas de evaluación de proyectos de inversión a los procesos concursales y liquidativos".

54 "LA EMPRESA INMORTAL" encuadrándonos en la "VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL y SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL", tema del III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Noviembre 20l9 con el consiguiente libro electrónico, que codirigiéramos con la Prof. Emérita Dra. Marcela Aspell, Vicepresidente de la Academia.

55 Por cuya inserción en el 2015 en la vieja norma hemos asumido responsabilidad Rafael Manóvil, Horacio Roitman y nosotros, sin expresar arrepentimiento hasta la fecha.

56 GRAZIABILE, Dario J. – RICHARD, Efraín Hugo "EFECTO DE LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN EN RELACIÓN A LA CONFORMACIÓN DEL ACUERDO" Publicado en Verificación Concursal de Créditos, AAVV dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Erreius, Buenos Aires, junio 2015, página 162 a 185; y "Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación", Publicado en libro AAVV DERECHO CONCURSAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, dirigido por Dario J. Graziabile, pág. 371 a 415 en el Cap. III Modificaciones al régimen obligacional: "VI. Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación", Ed. Erreius, Buenos Aires 2016.

4. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

5. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.

6. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

7. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

8. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC´s.

2.3.3. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos".

Remata el IIDC su esquema protector con las siguientes recomendaciones en torno a concursos:

"2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.

4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe."

VII – DISPONIBILIDAD FINANCIERA.

Otro aspecto problemático, para el desenvolvimiento de la sociedad en crisis, lo es la disponibilidad de fondos nuevos para el desarrollo normal de su actividad, sobre lo que hemos trabajando recientemente en una propuesta, que puede ser base de ideas que la mejoren.[57] Aunque concursándose y desligándose de atender sus obligaciones, con stock suficiente podrá quizá asumir con más holgura que antes ese desenvolvimiento. A su vez hay muchas otras formas de superar la cesación de pagos con esfuerzo compartido, pues las quitas –que cuestionamos en los concursos de sociedades- es sólo en beneficio de la sociedad deudora y –obviamente- de sus socios. El art. 43 LCQ es abierto a otras formas de acuerdo, y entre ellas podríamos señalar a las "acciones relacionadas, sectoriales o direccionadas" contenidas en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades que se presentó el año pasado. El "Crowdfunding" receptado por la ley 27.349¿Por qué no usarlo de una buena vez? El beneficiario tendrá que mostrar que la propuesta es viable y presentar un plan de negocios, recurriendo al financiamiento colectivo con micromecenazgo.[58] Y por supuesto la reconversión: en Internet en las últimas semanas, en el rubro indumentaria hubo incremento de ventas de productos para estar dentro de casa…. pijamas, batas, pantuflas, joggings. Una fábrica de bebidas en crisis pasó a ser la mejor proveedora de alcohol.

Hace muchos años presentamos la solución con el "lease back" en favor de los acreedores, y el negocio en participación ha estado siempre a disposición de los emprendedores para obtener financiamiento.

Estos aspectos llevan a pensar si este es el momento de trabajar en un "derecho societario de crisis", integrando el sistema concursal con el plexo normativo.

Sobre ello, las formas de los acuerdos concursales, modalidades de capitalización de pasivos unidos a derechos de opción, vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt[59] sobre el *Debt-to-Equity Swap* como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal y su conferencia aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede

57 Ensayo conjunto con Jorge Fernando Fushimi publicado en La Ley el 8 de mayo, ya citado.

58 Recordamos nuestros ensayos con Jorge Fernando Fushimi sobre estos temas innovando: "La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas" en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Diciembre 2018. "EL CROWDFUNDING COMO PROPUESTA ALTERNATIVA A LA QUITA. UNA PROPUESTA A PARTIR DEL CASO YAGISAWA SHOUTEN Co.", en tomo 2 "El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra" en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 109. En el VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA: "LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO FISCAL (y algunos aspectos periféricos)" t. 1 p. 635; "LA INFORMACIÓN: LIBROS DE CONTABILIDAD E INFORME GENERAL DEL SÍNDICO"tomo 1 pág. 795; "EL BALANCE Y LA QUITA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES Y SU TRATAMIENTO CONTABLE Y FISCAL (con algunos aspectos periféricos)" en Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa; "NEGOCIOS EN PARTICIPACIÓN GESTADOS POR SOCIEDAD ANÓNIMA COMO FORMA DE FINANCIAMIENTO DE NEGOCIOS ESPECÍFICOS"; y "ACCIONES SECTORIALES EN EL PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES" Ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario (provincia de Santa Fe), 4, 5 y 6 de septiembre de 2019. Publicada en el Libro de Ponencias del Congreso ("Hacia Un Nuevo Derecho Societario"), editado por Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y editorial Advocatus, Córdoba, 2019- Tomo I, Pags. 725-734.

59 SCHMIDT, Karsten "El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán" en: RDCO 297, 09/08/2019, 987,

luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando "el *Debt-to-Equity Swap*: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el *Debt-to-Equity Swap* es un ejemplo particularmente apto para mi observación. … La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes. Y el recuerdo de esas palabras, me lleva a recordar que conocimos a Karsten Schmidt junto a Jesús Sanguino Sanchez en el año 2000 en La Cumbre, con motivo del II Congreso Iberoamericano y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal. De allí nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – sede México- en 2004 cuando lo creó Jesús –como ya relatáramos-, y seguimos en 2008 con *Insolvencia Societaria*, del cual diría Osvaldo Maffia: Lo importante es la solución, "*ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, … El tema de la "conservación de la empresa"… ocupa a Richard desde hace años. …se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente "frente a la mera crisis financiera o económica general"…. reitera su reclamo de "actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis" como presupuesto de "la conservación de la empresa".*[60]

VIII – LA BUENA FE.

Recobrar la sensatez… Seremos invadidos por consumos cibernéticos generados por grandes compañías, nacionales y extranjeras. Se intentará inducir la inflación para lograr enormes ganancias mientras se aplastan salarios y jubilaciones. El Gobierno tiene armas para neutralizar los excesos y equilibrar los repartos.

Y esa sensatez impone en lo inmediato negociar y de buena fe, buscando acciones cooperativas.

No es el caso de profundizar sobre la "buena fe"[61], definida por la Real Academia como "rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte" y como contra valor la "mala fe" es definida como "doblez, alevosía, malicia o temeridad" con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. "De buena fe" con verdad y sinceridad", "de mala fe" "con malicia o engaño". Nos viene a la cabeza máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: "sé bueno y no dañes"[62].

60 Ese comentario corresponde a nuestro Insolvencia Societaria, editado en 2008, Y luego seguimos editado en 2012 por esta Academia con nuestra Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, citado, que pueden encontrar en su web.

61 RICHARD, Efraín Hugo "SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL" En El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

62 Como señalamos más arriba, dentro del libro Comentarios al Proyecto…citado, también accedimos a una lectura a vuelo de pájaro (viernes 2 de noviembre) al excelente artículo de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas "Colnsideraciones filosófico-jurídicas en torno del título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial de 2012", pág. 23 y ss..

Bajo el principio de buena fe que recomienda el art. 9 CCC Daniel Truffat –otro Miembro del IIDC- escribió[63] "Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraemos –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: "*el esfuerzo compartido*". Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga "en exclusiva" en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos". Acepta que "el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial", lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

Todo buen hombre de negocio debería negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan, se estén o se generen por las actuales circunstancias. Hemos recordado que la hoy Camarista Prof. Verónica Martínez excluyó el voto de un acreedor que había negociado de mala fe con la concursada.

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba "El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial".

La perspectiva que recomendamos, es similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023[64], tiende a generar un escudo de no agresión por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de los bienes, de la eliminación de las medidas cautelares que trabajaran el mantenimiento de la actividad. Conlleva evitar la judicialidad.

En similar sentido la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 16/2020 del 28 de abril de 2020 dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de abril de 2020. Diariamente accedemos a cambios en la legislación comparada que no sabemos si responden a las necesidades de la comunidad nacional.

63 TRUFFAT, Daniel "La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor", en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

64 El considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, expresa: Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles. Cuando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva. Salvo en aquellos casos en que la participación de las autoridades judiciales o administrativas sea obligatoria con arreglo a la presente Directiva, los Estados miembros deben poder limitar la participación de esas autoridades a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo a la vez en cuenta, entre otras cosas, el objetivo de proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como el objetivo de reducir los retrasos y los costes de los procedimientos. Cuando los acreedores o los representantes de los trabajadores estén autorizados a iniciar un procedimiento de reestructuración con arreglo a la normativa nacional y el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas.

IX – LA CRISIS DE LAS PERSONAS HUMANAS.

También el IIDC se preocupó de la situación a las personas humanas con empleo, jubilación o pensión afectados por la crisis, recomendando un sistema simple, eficiente y prácticamente sin costo:

"2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial. Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo. Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses."

La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación y eventualmente la reestructuración accionaria o participativa.

X - ¿QUÉ HABRÁ PASADO?

Cuando se publiquen estas líneas, pese a la urgencia del justificado reclamo del Prof. Chomer, sin duda tendremos muchas novedades, en la legislación y en tribunales, aunque también sorpresas en nuevos o recuperados emprendimientos. Recordamos el salvataje de General Motors hace 10 años en Estados Unidos de América con una inserción de capital. Destacamos la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra, pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires… También los que se preanuncia de Lufthansa solicitando que el Gobierno alemán capitalice en un 30% la sociedad.

¿Se generará el favorecimiento de la renegociación privada por los Gobiernos?, y en su caso ¿seremos capaces de negociar de buena fe? Cualquier regulación enfrentará problemas imponderables, y quizá las salidas deban ser insólitas, mirando las sociedades del pasado, pero con las herramientas que la cibernética nos está proporcionando.

Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC:

"Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente."

Sin duda la renegociación podrá alcanzar los acuerdos en trámite, homologados o en cumplimiento en concursos, pero esa renegociación deberán también poderla solicitar los acreedores aplastados por acuerdos despojatorios, mientras la sociedad deudora repartió o reparte dividendos o por lo menos obtiene utilidades especiales por los productos que ofrece frente al confinamiento.

Podríamos intentar análisis más profundos, incluso de la Recomendación que hemos puesto de relieve, pero creemos que ya hemos agotado la paciencia del lector y se ha cumplido el objetivo de

la convocatoria de Chomer de que hiciéramos llegar nuestra conocida y polémica visión sistemática del derecho de crisis.

SALIENDO DE LA PANDEMIA ECONÓMICA EMPRESARIAL (DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y SUSPENSIÓN DE CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27541 DE EMERGENCIA, Y AHORA LA PANDEMIA SANITARIA)[65]

Efraín Hugo RICHARD

Resumen: El desenvolvimiento económico societario para ser tutelado debe ser económicamente y socialmente viable, dotado de una organización jurídica sustentable, basada en la libertad de constitución, con funcionalidad acotada por pocas normas imperativas para evitar generar daños.
Ante la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades "por pérdida del capital social" por un año a través de la Ley de Emergencia N° 27.541 del 23 de diciembre de 2019, imponiendo referirse al léxico jurídico "disolución" y "liquidación".
Pero a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria, sino –también- social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio, pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos.
La situación de los mercados ha desencadenado reuniones y proyectos múltiples, pero muy particularmente en torno a la legislación concursal y la preconcursalidad, que impone algún comentario.[66]
Palabras claves: Normas imperativas – Emergencia sanitaria – Disolución societaria.

Abstract: The corporate economic development to be supervised must be economically and socially viable, endowed with a sustainable legal organization, based on the freedom of constitution, with functionality limited by few mandatory rules to avoid causing harm.
In the face of the economic crisis, the cause for the dissolution of companies was suspended "for loss of share capital" for one year through Emergency Law No. 27,541 of December 23, 2019, imposing referring to the legal lexicon "dissolution" and "liquidation".
But in mid-March of the current year, not only a global health pandemic was generated, but also a social and economic pandemic, imposing border closures and social isolation, with auspicious effects in delaying the rate of contagion, but with marked generation. of an imbalance in economic transactions, if not the total inactivity of many, and highlighted the marginality and needs of large groups of fellow citizens.
The market situation has triggered multiple meetings and projects, but very particularly around bankruptcy and pre-bankruptcy legislation, which requires some comment.[2]
Key words: Mandatory norms - Health emergency - Company dissolution.

65 Sobre la base de la disertación de 30 minutos en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el día 5 DE MAYO DE 2019 a las 19 hs. iniciando el año académico, se presenta esta versión escrita, tratando de mantener la espontaneidad de la comunicación oral, el día 6 de mayo con APENDICES de jurisprudencia y de la Recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México) emitida en la fecha.

66 Abstract presentado el 21 de abril de 2020, del cual me desprendí bastante por la velocidad de las circunstancias en que vivimos y sentimos. Abstract presented on April 21, 2020, from which I detached myself a lot due to the speed of the circumstances in which we live and feel.

DESARROLLO:

1° Este sistema virtual rompe mi costumbre de no disertar sino exponer ideas para someterlas a vuestra consideración mirándolos a los ojos, particularmente al referirme a cada especialidad. Mi particular acompañamiento a tu dolor por el fallecimiento de tu señora madre, María Inés Bergoglio; al mismo tiempo expreso mis condolencias por el fallecimiento, en el día de la fecha, del señor padre del Dr. José Cesano, con quién tanto hemos compartido con Carlos Julio Lazcano, en aspectos penales de las personas jurídicas. Pero al mismo tiempo nos permite continuar con el mandato de nuestros Estatutos. Y dirigiéndome a vos quiera iniciar estas meditaciones sobre mi preocupación sobre el futuro, que podrán creer centradas en la pandemia económica que seguirá como consecuencia natural al aislamiento social, con algunas de mis palabras de cierre del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, como Presidente de la Comisión Organizadora, en 1998, que simplemente recordaré, pues las transcripciones y controles los podrán hacer sobre la versión escrita que acostumbro remitir luego del debate. Y como anticipe en el abstract lo ue me preocupa es que se ha *"puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos".*

Siguiendo aquella vieja guía apuntaba algo que es evidente ahora "…las dos reuniones anteriores en España se consideró necesario que la realidad latinoamericana fuera entrevista desde Córdoba como meridiano austral y mediterráneo de una América pujante, pero a la vez sufriente en el doloroso despertar y crecimiento que genera la globalización económica y de comunicaciones, con sus contrastes de innovaciones tecnológicas y sectorización social… bucearon en el encuentro de la justicia global dentro de la planetización económica que genera la marginalidad y la negación al hombre de hasta derechos de primera generación, en la convicción que el derecho representa una técnica para el desarrollo humano, pues lo importante son los hombres, y sí no hay crecimiento si no existe desarrollo social, los logros no pueden medirse sólo desde el punto de vista económico si no se visualiza un resultado en el mejoramiento de las condiciones de vida…. Enfrenta esa visión advertir que cada vez más personas quedan marginadas del sistema jurídico: los poderosos que lo ignoran, los pobres que careciendo de todo bien no tienen acceso a través del sistema jurídico a ningún disfrute, y lo más peligroso, los que voluntariamente se marginan del sistema para violarlo -que en número cada vez mayor son individualizables por la inseguridad reinante (tanto en la seguridad física como en la negocial)".

Debemos enfrentar esa realidad social y recuperar no sólo la solidaridad sino la buena fe. Y en esto podrá colaborarse desde la sociología y la ética.

Anticipatoriamente destacamos las ayudas que están prestando las organizaciones sociales y estatales –nacional, provincial y municipal-, y también la que se le reclama que aumente, tema indisolublemente ligado ante nuestra crisis original a la emisión de moneda y a la posibilidad de inflación, que descartamos en estas circunstancias por la situación del mercado consumidor y la inalterabilidad de tarifas, combustibles, salarios e impuestos. Eventualmente hay normas que permitirían al Estado actuar enérgicamente, como la vieja Ley de Abastecimiento, de lealtad comercial, antimonopolios y otros controles, particularmente con el actual despliegue tecnológico. No somos ingenuos de advertir que muchas personas físicas y jurídicas están haciendo grandes negocios e intentan violar las restricciones para posesionarse en dólares, como la intervención de ilícitos intermediarios que podrían fácilmente ser sancionados por la norma del art. 19 LGS que hemos traído a análisis con los penalistas en esta Academia y en los Congresos Iberoamericanos de Academias que hemos intervenido.

Quizá algunos miembros de esta Academia pudieran aportar ideas de cómo enfrentar con medidas realmente integratorias, y no solamente con insuficientes apoyos económicos, en un país que no los dispone. Es una tarea inmediata que debe encararse por solidaridad, pues de no generara problemas de seguridad, que ya se insinúan. La marginalidad ha quedado de resalto y desenmascarada con esta pandemia. Indudablemente debería darse trabajo al que puede desempeñarlo, y eso lo intentamos con Raúl Altamira Gigena en el 2000 con comunicaciones al Poder Legislativo. Fue poco escuchado.

2° Hoy las nuevas técnicas usadas ya exitosamente en el seno del Instituto de la Empresa ensamblado con el Departamento de Derecho Comercial en el Instituto de Derecho Comercial bajo la hábil y convocante dirección de nuestro Miembro de Número Dr. José Fernando Marquez y la colaboración técnica de la Pro Secretaria Académica del Instituto de la Empresa Ab. Fernanda Cocco, y esta primera sesión del pleno, ratifica esa vocación de mantener la llama encendida, "del rescoldo representado por veintiuna estelas" que iluminaron aquel Congreso. Y por eso debo pensar en la invitación de Presidencia de confeccionar recomendaciones útiles para nuestros Gobiernos o nuesra comunidad.

E informo que, con una Institución con la que la Academia ha suscripto un convenio el Instituto Iberoamericano de Derecho concursal (sede México), estamos tratando de concebir una recomendación con carácter internacional, colaborando personalmente en ello con la Vicepresidente Académica Dra. Alicia Ferrer Montenegro, Miembro correspondiente nuestro en Uruguay, que quizá podamos concluir mañana[67].

Y estas acciones son coherentes con lo que anticipáramos –ahora ya parece un siglo- en el abstract "a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria sino social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos. - La situación de los mercados ha desencadenado reuniones y proyectos múltiples, pero muy particularmente en torno a la legislación concursal y la preconcursalidad, que impone algún comentario."

Se supone a la apertura de la feria o inhabilidad judicial –terminología confusa- la promoción y activación de procesos concursales, con problemáticas múltiples, algunas curiosas, que no sólo atascarán al Poder Judicial sino desafiarán la creatividad de los miembros del poder judicial.

Ante estos desafíos y esas estelas reitero una frase de aquel cierre "No tendría energía para sostener mi vocación a estas alturas, si no mantuviera mi convicción en el sistema jurídico como posibilitador de un cambio social en paz.". En diciembre de 2018 al jubilarme y en una entrevista para la Revista de la Caja expresé como fundamento de una dilatada decisión la convicción que la justicia, al margen de sus probos hombres, no estaba cumpliendo la función por los tiempos de la misma". La semana pasada escuche semejante reflexión, vinculada a los trámites procesales, a uno de los Miembros de Número de esta Academia, descartando la posibilidad de dar inmediatas respuestas a los requerimientos que la pandemia económica y social está generando. También me

67 Lo que efectivamente concretamos en esta versión escrita, pues a las 15 hs. de la República Argentina se concilió un difícil texto que inmediatamente se publicó por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), en el que me desenvuelvo actualmente como Coordinador del Comité Académico. Lo agrego como APÉNDICE 1 al final de este texto, y antes del Apéndice de jurisprudencia que hemos apartado del texto.

motivó en otras consideraciones, compartiendo totalmente su visión académica. Y en esto voy a centrar gran parte de las próximas apreciaciones.

3° Pero previamente centrémonos en la temática. El título de esta comunicación es, o era, DESENVOLVIMIENTO EMPRESARIAL Y SUSPENSIÓN DE CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES POR LEY 27541 DE EMERGENCIA, Y AHORA LA PANDEMIA SANITARIA

Y para afrontarlo lo más rápidamente posible, para abarcar el futuro, nada mejor que relectura de la primera parte del abstract "El desenvolvimiento económico societario para ser tutelado debe ser económicamente y socialmente viable, dotado de una organización jurídica sustentable, basada en la libertad de constitución, con funcionalidad acotada por pocas normas imperativas para evitar generar daños.

Ante la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades "por pérdida del capital social" por un año en la Ley de Emergencia 27541 del 23 de diciembre, imponiendo referirse al léxico jurídico "disolución" y "liquidación".

Centramos nuestra atención en ese momento y la mantenemos ahora, pese a que las propuestas son múltiples en cuanto a reformas transitorias o definitivas de un sistema concursal que, hasta la fecha, no ha asegurado el equilibrio. Este comentario lo ciño en que no parece claramente protegerse la conservación de la empresa viable, con su capacidad de mantener o generar nuevos puestos de trabajo, sino los intereses de los grupos de control de las mismas.

Vamos al punto de suspensión –desde el 23 de diciembre de 2019 al 31 de diciembre de 2020 de la causal de disolución por pérdida total del capital social –el derecho comparado anticipa a la pérdida parcial-, o sea a supuestos –si el balance está correctamente formalizado- donde el patrimonio activo es insuficiente para satisfacer el pasivo imputable a ese patrimonio. Y donde podemos hablar de "insolvencia patrimonial", que no debe confundirse con la "cesación de pagos" o "insolvencia financiera".

Como anticipo de esa situación patrimonial de crisis que genera una causal de disolución, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –art. 94.4 LGS-, que es convergente con la idea de la conservación de la actividad empresarial, que debe ser viable. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados. El concurso oportuno no es extraño a esto. Y luego la causal de insolvencia señalada por el art. 94.5 LGS, hoy suspendida.

Esta suspensión ya lo habíamos transitado en el año 2002, mereciendo nuestro comentario[68]: "Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, … no imponía (una causal de) la disolución de la sociedad, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4. LSA) tema que fue soslayado en la experiencia concursalista. Con el mismo criterio, ahora ante la crisis se ha formalizado una reforma legislativa en Alemania (el 20 de octubre de 2008); la "Ley para la estabilización del mercado financiero", introduciendo un cambio muy importante al no imponer la presentación en concurso por sobreendeudamiento en 'aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas

68 "PERDIDA DEL CAPITAL SOCIAL EN LA EMERGENCIA ECONÓMICA (un comentario al Dto. 1269/02) de necesidad y urgencia)", publicado en Semanario Jurídico, n° 1379, Córdoba 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss. Lo agregamos como anexo.

las circunstancias, bastante probable (o verosímil)'. En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial".[69]

4° Estos 18 años que separan la reiteración de la suspensión de esta causal de disolución enmarcan algunos cambios, particularmente introducidos por el nuevo Código Civil y Comercial y la reforma a la Ley General de Sociedades: el art. 150 del primero sobre la primacía de las normas imperativas de la Ley General de Sociedades al que se agrega la coherente disposición agregada al art. 100 de esta última sobre la "viabilidad económica y social" de la sociedad[70]. Por eso nuestra primera reacción ante la invitación de la Vicepresidente de la Academia Prof. Emérita Dra. Marcela Aspell en febrero para disertar sobre lo que habíamos publicado días antes, nos llevó automáticamente a la expresión de Quino para Mafalda "Otra vez sopa".

El sistema argentino es muy equilibrado y diferente a otros. El art. 94 LGS desenvuelve simples causales de disolución, que no implican generar la liquidación de la sociedad, ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente la sistemática de nuestro ley de sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad[71], pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad que referiremos.

Esa sistemática respeta la tipicidad del negocio societario y sus normas imperativas. El art. 1, 94, 96, 99 y 100 LGS, 150 y 167 CCC, y para la integración prevista en el art. 2 CCC, en el marco de la Constitución –como seguramente nos ilustrara Antonio Hernández la próxima sesión-, hoy invitamos a los jusprivatistas que nos ayuden a revisar esa visión sistemática.

La base es el art. 1° LGS, que conceptualiza la relación societaria, disponiendo que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios, coherente con la legislación comparada y el informe Winter[72], ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 Ley 24522CQ-. El ejercicio de la opción esta a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la "viabilidad económica" de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el

69 En Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, citado, hacíamos esas apreciaciones a pág. 283, dentro de "La crisis de la organización societaria" que era una comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, del 23 al 25 de septiembre de 2009 bajo la convocatoria "El desafío de la reestructuración de empresa. Costo y ventajas del saneamiento de las empresas en Italia y en Iberoamérica" –pág. 259 y ss.- en cuyo Preámbulo afirmábamos "Quizá nuestra posición se considere provocativa, pero esa es nuestra misión, generar controversia y no necesariamente inmediato consenso o coincidencias, pues en el disenso respetuoso y argumentado se irán encontrando argumentaciones que acercarán posiciones e iluminarán lasa correctas soluciones".

70 Y cuya génesis, por haber colaborado con el triunvirato que proyectó el Código Civil nos corresponde junto a los Profesores Dres. Rafael Manóvil y Horacio Roitman, que me acompañaron anoche, dialogando con el primero como se da cuenta en una de las notas de esta versión.

71 Aún en las causales que permitirían suponer el inmediato ingreso a la etapa de liquidación, como podría entenderse en el caso de vencimiento del plazo, se hace necesaria una declaración sobre el cambio de rol del órgano encargado de la liquidación –art. 102 LGS-.

72 Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el "Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades", presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno.[73] Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.[74]

Claro que el punto impone referirse en el concepto de sociedad a los límites de la imperatividad para que la libertad de configuración no afecte o dañe a terceros, recalando no sólo en el art. 1° que con énfasis pone riesgo y pérdidas a cargo de los socios, para desenvolver la zona de riesgo que es la falta de patrimonio activo para satisfacer el pasivo, regulado por los arts. 94.4., 96 y 99 de LGS, apuntando particularmente a que socios se refiere el art. 99 LGS, lo que es disipado por los arts. 150 y 167 in fine CCC. El tema de la función de garantía del capital social y de otras responsabilidades de los socios requiere determinar el orden de prelación de normas.

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan "por las normas imperativas de la ley especial, o *en su defecto,* de este Código…". El art. 99, LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios.

El art. 167 *in fine* CCC aclara la ambigua expresión del art. 99, LGS. Este último expresa ante la falta de liquidación, pero habiéndose constatado una causal de disolución que: "Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente (a los administradores) respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos". Y el art. 167 CCC, ante el defecto[75] expresado, en el parágrafo 3 sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, norma sobre el mismo tema, aclarando el alcance subjetivo: "En caso de infracción, responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto".

Otra norma imperativa es la que impone el requisito de viabilidad[76]. El art. 100 LGS también modificado por la reforma unificadora, concretamente y efectivizando el principio de Conservación de la Empresa, que era sólo una pauta interpretativa en la vieja ley, pero que ahora se lo ha receptado con carácter firme, posibilita la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido, aún iniciada la etapa de liquidación. Se permite la remoción de la o las causales disolutorias acaecidas, desde luego sujetas a ciertos requisitos previstos por la propia ley. La entrada triunfal específica del principio de conservación de la empresa a la ley, que permite la *subsistencia de la actividad de la sociedad cuando hay viabilidad económica y social* es acertada, por cuanto posibilita subsanar causales de disolución cuando ocurren, dejándolas de lado, priorizando a las sociedades como fuente de trabajo, instrumentos de concentración de capitales y de concertación de negocios y actividades económicas y comerciales con la importancia que esto trae aparejado para la economía de su zona de actuación.

73 "EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN", citado.

74 STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en Rivista delle Societa anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffre Milano, pág. 1079.

75 RICHARD, Efraín Hugo. Prólogo al libro EMPRESA Y SOCIEDAD. ACTUALIDAD Y RELEVANCIA. AAVV Dirección Prof. María Cristina MERCADO de SALA, Ed. Lerner. Córdoba 2018.

76 El art. 100 LGS. BALDUZZI, Leonardo David "La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia" en El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado. Tomo I Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, pág. 317.

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal[77] se introduce al Derecho Societario.

Pero ante la pandemia: ¿Cómo analizar la viabilidad? Es el juicio de su administrador en cuanto tenga un viso de verisimilitud, aunque luego sea desvirtuado. Es la *judgement rule* del derecho americano, y no hay que sancionar con responsabilidad al administrador que intenta un plan para salir de la crisis. El único límite es que no sea "descabellado".

Esta integración no descarta que la sociedad esté en concurso –aún en liquidación conforme art. 5° Ley 24522 LCQ-

Frente a ello aparece lo que con el Miembro Correspondiente Juan Carlos Veiga hemos intitulado "El Contraderecho" o sea las costumbres contra legem en los procesos concursales. Sin nuestros argumentos pero en la misma línea de libertad sin dañar, Interindumentaria SRL 4.2.2020 con el voto de Pablo Heredia remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

El artículo 12 del Título preliminar del CCyC se refiere al "Orden público" y al "Fraude a la ley": "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una *norma imperativa*, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir"[78]. Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero, para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley.

El embate desintegratorio se hace desde el derecho de crisis, el derecho concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando aquello que los socios "soportarán las pérdidas" –art. 1° LGS-, como elemento esencial y caracterizante de una relación societaria. Tanto es así que la legislación impositiva grava la "quita" considerándola ganancia para la sociedad[79] y, obviamente, para los socios.

Es que no se trabaja sobre un "derecho societario de crisis", integrando el sistema concursal con el plezo normativo, como exige el art. 2 CCC, pues consideran algunos que la ley de concursos es una isla.

Sobre el derecho societario de crisis vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt[80] sobre el *Debt-to-Equity Swap* como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el Derecho Societario y el Derecho Concursal y su conferencia aborda la creciente influencia del Derecho Concursal sobre el Derecho Societario, pues a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho

77 ROJO, Ángel en Prólogo de "El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado", de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

78Nuestro "¡Más Justicia y menos Juicios! Conservación de la Empresa yPreconcursalidad Societaria", Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, La Ley, N° 1, febrero 2013, y "Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial", en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

79 Así lo expusimos en RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)", en Revista Electrónica Microjuris.com, producto Sociedades (revista electrónica por suscripción). Datos para citar: MJ-DOC-6053-AR| MJD6053. Buenos Aires, 1 de diciembre de 2012,

80 SCHMIDT, Karsten "El Derecho Societario y la intromisión del Derecho Concursal. El caso alemán" en: RDCO 297, 09/08/2019, 987,

Societario en que se enseñara Derecho Concursal. Había coincidencia de que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en Derecho Concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del Derecho Empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba ¿Qué ha cambiado? Apuntando "el *Debt-to-Equity Swap*: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el *Debt-to-Equity Swap* es un ejemplo particularmente apto para mi observación. … La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes.

El plan puede contener cualquier disposición permitida por el Derecho de sociedades, en particular la continuación de una sociedad disuelta o la transferencia de acciones o derechos de socio. Futuro derecho sobre reestructuraciones. …Hace más de dos años se ha presentado a la Comisión Europea un proyecto de lineamiento —¡todavía no es un lineamiento!— para introducir procesos de reorganización previos al Derecho Concursal; …Los legisladores nacionales ya están trabajando en la preparación de estos procesos de saneamiento. Esto puede ser beneficioso si amplía el espectro de las posibilidades de saneamiento con nuevas opciones. …Sería bueno que funcionara. Pero mi lema sigue siendo: "Los mejores saneamientos de empresas transcurren libremente, temprano y en silencio". Sería bueno, que siguiera siendo así.

Lo conocimientos a Karsten Schmidt junto a Jesús Sanguino Sanchez en el año 2000 en La Cumbre, con motivo del II Congreso Iberoamericano y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal. De allí nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – sede México- en 2004 cuando lo creó Jesús, y seguimos en 2008 con Insolvencia Societaria, del cual diría Osvaldo Maffia: Lo importante es la solución, "*ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación, … El tema de la "conservación de la empresa"… ocupa a Richard desde hace años. …se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente "frente a la mera crisis financiera o económica general"…. reitera su reclamo de "actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis" como presupuesto de "la conservación de la empresa". …En sede concursal, destaca con razón que la frase recién entrecomillada -no el ideal- suele mezclarse con "la aceptación de un acuerdo con una depredadora quita y espera de los créditos quirografarios", además, "en beneficio directo de los socios..., constituyendo una modalidad de abuso de derecho... so pretexto de la conservación de la empresa". …. Afortunadamente, Richard no se limita a las críticas severas y fundadas de las cuales reprodujimos unas pocas muestras, sino que también ofrece, con autoridad, las formas de superarlas con apoyo en el derecho, que ofrece "proyecto de formas de vida capaces de organizar el futuro, y no sólo instrumentos de coacción, control o sanción; pero no bastan buenas nuevas -que las hay- si no son efectivas. …De esa ineficiencia "del derecho concursal vigente" destaca Richard lo relativo a la "propuesta abusiva". …tratando "en el concurso que abrirá tardíamente" de "traspasar todos los daños generados a los acreedores". A esa anomalía siguen las propuestas abusivas, y en orden a ellas la "compra de créditos, subrogación, cesión, etc.", estimando, con razón, que ello hace*

"presumir maniobras para obtener mayorías". …Y tanto lo preocupa y ocupa el punto, que en su última publicación -un atrevido y logrado "Ensayo sobre axiología del Derecho Concursal"- pregunta "si existen sanciones por... abandonar las soluciones societarias y llegar tardíamente a la presentación en concurso...". Ese comentario corresponde a nuestro *Insolvencia Societaria*, editado en 2008, Y luego seguimos editado en 2012 por esta Academia con nuestra Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, que pueden encontrar en su web.

5° La jurisprudencia empieza a argumentar, sin la integración con la ley societaria que dejamos de resalto, en que la infracapitalización o infrapatrmonialización material no puede usarse para transferir el riesgo, que es de los socios a los acreedores.

Iluminan hoy fallos sobre infrapatrimonialización o infracapitalización, como las referencias a la sentencia en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" de la CNCOM – SALA C del 31/05/2012, donde parece claro que el socio que sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Recientemente el erudito voto de Pablo Heredia en el caso Interindumentaria SRL del 4 de febrero de 2020 donde el déficit concursal lo pone en cabeza de los socios de control, denunciando esa despatrimonialización y el intento de traspasar el riesgo de los socios a los acreedores. El dictamen y voto precedente señalan acabadamente la imputabilidad del daño a socios no solidarios en caso de quiebra, o sea de insolvencia de una sociedad, por el déficit patrimonial que se registre, e incluso por otros daños. Se funda el voto precedente en la teoría general de la responsabilidad o del derecho de daños, particularmente por mala administración y ser socio gestor y no necesariamente inversores.

Se desliza reiteradamente que la infracapitalización no puede ser usada para transferir el daño –las pérdidas, apuntamos- a los acreedores. Si bien no se citan o se trabaja sobre la normativa societaria imperativa general, la cuestión parece fácilmente reducible y haremos unos comentarios sobre ello.

También la cuestión parece trasladable a las situaciones de concurso preventivo de sociedades, cuando los socios no asumen las previsiones impuestas por esas normas imperativas de la ley específica.

Por razones de simplicidad agregamos esas piezas junto con otros fallos como Apéndice de este ensayo. El dictamen fiscal y el voto del caso Interindumentaria SRL que se registra en ese Apéndice también han sido publicados en el reciente número 20 de Ensayos de Derecho Empresario, revista jurídica en el portal de la Universidad que responde a la acción unitaria de nuestro Instituto de la Empresa y del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la U.N.C.

6° Esto lleva a discurrir sobre los incumplimientos, la crisis patrimonial, cesación de pagos, insolvencia e imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social para sociedades, e imposibilidad de cumplimiento del fideicomiso con los bienes fideicomitidos –art- 1687 CCC-, llevándonos frenéticamente a muchísimos foros nacionales e internacionales con propuestas sobre reformas transitorios o definitivas al régimen procesal concursal, la concursalidad del fideicomiso, beneficios o seguridades para los financiamientos futuros.

Todos esos pensamientos se enderezan también a liberar de responsabilidades a socios y administradores societarios, salvo dolo, y también a liberarlos del riesgo asumido intentando que las pérdidas sean asumidas por los acreedores, lo que es una constante en nuestro país.

Nos comprometimos, bien o mal, en el análisis sistémico, abordamos repetidamente la cuestión desde diversas facetas, una de ellas vinculada a la cesión de créditos, método espurio para obtener mayorías oportunas SOBRE EXCLUSIÓN DE VOTO EN CONCURSO,[81] Y originarimente lo habíamos hecho en publicación en homenaje a nuestro querido Luis Moisset de Espanés. Que fue seguido del voto de Julia Villanueva integrando la unanimidad de la resolución en el caso Mandalunis, en febrero de 2014.

Además, como Karsten Schmidt, Alessandro Nigro y tantos otros seguimos apostando a un derecho societario de crisis. Lo afrontamos en "ENSEÑANZA DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS", sosteniendo que "La enseñanza centrada en las normas de las leyes de sociedades o de concursos, dificulta una visión sistémico constructivista sobre las crisis de sociedades. La ley de sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis."[82]

Se acentuó nuestra particular atención en Punta del Este en 2019 con el obsequio del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro *Insolvencia y cesación de pagos,* dedicado a la Persona Jurídica[83], en cuyo prólogo el español José Antonio SOTILLO expresa "Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos…".

Y lo que nos preocupa es la homologación de acuerdos concursales, donde el Juez conforme el art. 52 ap. 4 de la ley 24522 no podría homologarlo si existe abuso de derecho y fraude a la ley[84].

Estas consideraciones, a la luz de esas nuevas normas imponen preguntarse ¿Cómo se determina el abuso de derecho o fraude a la ley en una propuesta concursal? La jurisprudencia se limita a formalizar esa consideración con criterios cuantitativos, complicados con desvalorización de moneda, tiempo de cumplimiento y rol de intereses. Por ello lo hace sólo afrontando el "abuso" y omitiendo consideraciones al "fraude a la ley" y menos a la ley societaria.

La cuestión debe afrontarse con un cambio metodológico que relegue aquella consideración a concursos de personas humanas pero use criterios sistémicos normológicos para el caso de personas jurídicas, centrándonos en las sociedades.[85]

Ello permitirá a los jueces cumplir el rol que les impone el art. 52 ap. 4 LCQ.

Parece anclado en aspectos cuantitativos el análisis de la legitimidad de las quitas, pregunto a los constitucionalistas ¿cuando son confiscatorias? Lo hemos abordado con José Palazzo, o la

81 En Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones 248-605 (D); (RDCO), Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, nº 248 sección doctrina pág. 605, junio 2011

82 Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires, n° 364 marzo 2018, pág. 165 y ss.

83 GERMÁN, Daniel Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administracion y representacion del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español", Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

84 RICHARD, Efraín Hugo "50 AÑOS NO ES NADA: DESAFÍO EN BÚSQUEDA DE MÉTODO SOBRE ABUSO EN PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES", publicado en RDCO Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Fundada por Isaac Halperin en 1968, Edición 50° Aniversario "Desafíos presentes y futuros del Derecho Comercial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2018, en SOCIEDADES, Doctrina, pág. 239.

85 METODOLOGÍA SOBRE ABUSIVIDAD DE LAS PROPUESTAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES", en Revista de la Facultad, Vol VIII, N°1- Nueva Serie II (2017), Revista de la Facultad de Derecho U.N.C., Córdoba 2017 pág. 69.

integración del sistema normativo, lo que aparece contrario a la evolución generada por lo menos ante el nuevo CCC, aunque ya lo advertíamos desde antes. Por eso sumamos a las apreciaciones que vamos deslizando y a las que hemos hecho en torno a las relaciones de organización, al deber de no dañar, a la buena fe negocial, a la protección del mercado, otras referencias que expresamos de seguido.

El tema hace a una visión axiológica del sistema jurídico, conforme el art. 2° CCC. Si la sociedad deudora debió expresar en su presentación las razones por las que recurre al concurso preventivo, parecería una incongruencia que allí mismo no anticipara las medidas que ha tomado para atenuar o superar la crisis. Unida a la obligación de los administradores sociales de anticipar el diagnóstico –obligatorio en el caso de sociedades por acciones: la Memoria anual, que impone diagnosticar sobre las actividades en el año que se inicia-. Resulta pertinente, en consecuencia, a traer a cuento el tema del "plan de empresa" con cuya consideración se rindió homenaje a Pedro J. FRÍAS[86], pues la viabilidad económica debe mantenerse durante toda la vida de la sociedad, incluso durante el concurso es obligación de los órganos sociales de administración formalizar el balance y presentar la memoria anual, que es un plan de negocios, incluso durante el concurso. Ahora importa para casi todos los concursos de sociedades por el art. 100 LGS

Truffat ha escrito[87] "Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo –como consecuencia de lo antedicho- tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina –tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561- denomina: "*el esfuerzo compartido*". Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga "en exclusiva" en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos". Acepta que "el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial", lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150 incs. a y c CCC.

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados[88]. La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales[89]. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado[90], basadas en esa función de garantía.

---

86 "El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario" en Estudios en honor de Pedro J. Frías, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, , tomo III pág. 1187.

87 TRUFFAT, Daniel "La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor", en Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México.

88 "Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria", en libro colectivo LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss." ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)", en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016.

89 PULGAR EZQUERRA, Juana Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

90 "NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO", en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado, incluso las que impiden ciertas acciones concursales en caso de pérdida total del capital social[91].

Aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias que permiten el "esfuerzo compartido". Se intentan quitas[92] como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la ley que los regula.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios.

La conducta "torpe" de los socios en cuanto produzca daño a la sociedad aparece atrapada en el art. 54 de la LGS –en sus tres párrafos-, y ahora en el art. 144 CCC, similar al último párrafo de aquella norma, generalizando para todas las personas jurídicas Esto está vinculado con las previsiones de asegurar la reparación del daño a través de formas de extensión de la responsabilidad. Que actúa en su defecto conforme el art. 150 CCC. Agregamos en el APENDICE jurisprudencia en ese sentido.

Todos los fallos son contundentes en la aplicación de la legislación societaria para responsabilizar a socios. Por infrapatrimonialización material o desvío del interés social, afectando a terceros y haciéndoles pasibles del déficit patrimonial al grupo de control que lo generó.

7° EL COVID-19: SOLO UN DISPARADOR DE LA CRISIS SUBYACENTE Incertidumbre es perplejidad afirma Nores.

Llegamos a la última parte de lo que prometimos tratar "Pero a mediados de marzo del corriente año se generaron no sólo una pandemia sanitaria sino social y económica, de carácter global, imponiendo cierres de fronteras y aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio pero con marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos.

La situación de los mercados ha desencadenado reuniones y proyectos múltiples, pero muy particularmente en torno a la legislación concursal y la preconcursalidad, que impone algún comentario."

En realidad, ya gran parte la hemos abordado, pero nos ha abierto el camino a que hacer.

¿Cómo imaginar la salida jurídica? Concursos, reclamos, medidas cautelares, saturación de los tribunales, procesos inadecuados o lentos, ¿obligación de reformas procesales? Especialistas en derecho constitucional provincial nos podrían ayudar.

91 "El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial" en 25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

92 Al respecto nos explayamos en RICHARD, Efraín Hugo; FUSHIMI, Jorge Fernando: "La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas", en Doctrina Societaria y Concursal Errepar DSCE Nº 373, diciembre de 2018, Tomo XXX, Pág. 1143-1158.

Comencé a pensar en ello, ligándolo a que el aislamiento podría haber mejorado la perceptividad de los empresarios, en realidad de todos, rescatando en nuestra interioridad remozar nuestras relaciones con cooperación y buena fe.

Con Jorge Fushimi veníamos pensando en eso, y luego en otro ámbito lo hicimos con Alicia Ferrer Montenegro, nuestra Miembro Correspondiente en Uruguay, y considerábamos que cada Estado debía brindar un escudo transitorio de protección para tratar que los emprendimientos se trataran de reordenar, con las ayudas que está otorgando el Estado, evitando la promoción de juicios, medidas cautelares y presentaciones voluntarias u obligatorias en concurso. Conllevaba acercarse a los procedimientos medioevales de solución de conflictos en forma inmediata: la negociación o renegociación obligatoria. Esa protección debería incluir la liberación de las cuentas corrientes bancarias bloqueadas, pues eso implica hoy la muerte civil de su titular. También sugerimos un plan de financiación equilibrado o *fresh money*.

Para intentar un requilibrio de la pandemia económica en vastos sectores empresariales, pensamos en la capacidad humana, la razonabilidad, la restitución de la solidaridad y la buena fe, en una norma sencilla, propia de nuestro sistema civilista como ha recordado hace pocos días Guillermo Tinti, inserta en el art. 1011 CCC, evitando la saturación judicial, que sería imponer legislativamente un período de RENEGOCIACIÓN obligatoria de todas las obligaciones pendientes o relaciones en curso. Lo hemos formulado y revitalizado en diversos foros, particularmente en "Saliendo del Arca"[93] con Jorge Fernando FUSHIMI. Consideramos que siempre frente a un diferendo se debe negociar de buena fe. Máxime ahora que estamos frente a situaciones generadas por hechos imprevisibles. Y por supuesto esa renegociación no debe excluir de por si a esos acuerdos.

Todo buen hombre de negocio deberá negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan, se estén o se generen por las actuales circunstancias.

No sólo por la calidad de empresario sino porque el sistema judicial y procesal no podrá dar respuesta para la más rápida recuperación de la actividad económica en la normalidad que se pueda alcanzar.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan de evitar que las consecuencias de la crisis puedan acarrear responsabilidades sobre los empresarios leales y diligentes que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital; los juristas concursalistas se dedican a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia; otros analistas del derecho estudian las consecuencias sobre los contratos, sobre las relaciones laborales, sobre las personas vulnerables, sobre el tratamiento de las personas condenadas a penas privativas de libertad (sólo por tratar superficialmente algunos de los tópicos que preocupan a los operadores del derecho) y así la

93 "Saliendo del Arca" o simplemente "El Arca", es un grupo virtual creado por el jurista Daniel Truffat en la red social Whatsapp, y al que invitó a un importante número de juristas, académicos, investigadores, magistrados del poder judicial nacional y provinciales, miembros del ministerio público fiscal de la Nación y de las provincias, principalmente del ámbito del derecho societario y del concursal, y contadores públicos síndicos concursales, con la intención de generar discusión, debate y conclusiones sobre la crisis económica, jurídica, financiera, judicial, post pandemia COVID-19. La finalidad es elevar a los poderes del estado, una serie de sugerencias de cursos de acción y de reformas o sanción de nuevas normas para contrarrestar los efectos negativos. La convocatoria fue tan exitosa que el intercambio obligó a recopilar todo lo discutido, y a generar reuniones telemáticas con la participación de decenas y hasta cientos de interesados en trabajar en una propuesta científica, académica, apartidaria y sin sesgos ideológicos.

doctrina argentina se prepara para dar herramientas a las autoridades de los tres poderes, a fin de que puedan responder de la mejor manera posible.

Hoy he tomado conocimiento de un proyecto que impide tramitar quiebras pedidas por 150 días, por el mismo período congela enajenaciones en concursos y la adopción de medidas cautelares sobre bienes afectados a la actividad empresarial. Pero es un escudo o "blindaje" parcial, más limitado del que pensamos.

Todo buen hombre de negocio debería negociar de buena fe ante los incumplimientos por las actuales circunstancias. Ante la crisis de una actividad empresaria –o la avizoración de ella-, la renegociación de las relaciones insatisfechas debe alcanzar incluso a la anteriores a la pandemia.

No sólo por la calidad de empresario sino porque el sistema judicial y procesal no podrá dar respuesta para la más rápida recuperación de la actividad económica en la normalidad que se pueda alcanzar. De alguna manera, ingresar al sistema judicial implica hacerlo a un oscuro laberinto, y las soluciones de mejora, simplificación y agilización del sistema concursal, cumplen la función de una hoja de ruta, que resulta útil para salir, pero no puede garantizar el tiempo en que se saldrá de él

Ante tales circunstancias, que siempre se han recomendado en los foros sobre PRECONCURSALIDAD y sobre lo que abogaba al final de su conferencia el año 2019 en la UBA el jurista alemán Karsten Schmidt sobre la conveniencia de los acuerdos privados, confidenciales, el Estado –P.E. o P.L.- debería, además de continuar dando la mayor ayuda financiera, crediticia o impositiva, imponer un extenso período de no agresión de RENEGOCIACIÓN OBLIGATORIA.

El objetivo es evitar que las empresas ingresen en insolvencia (casi todas se encuentran en zona de preinsolvencia), a cuyo fin, es esencial facilitar la salida de la situación, a través de mecanismos de buena fe, y donde la lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios no estén ausentes. *Buena fe fácilmente alcanzable en los que están involucrados en conservar la empresa, como lo son los proveedores de cualquier naturaleza y los trabajadores. Los bancos deberían ser incentivados en actitudes proactivas a esa renegociación por normas transitorias, dentro de la imposición del escudo de la negociación, para no considerar como incobrables aún esos créditos.* El art. 9 del Título preliminar lo impone como valor, y el CCC registra numerosas conductas reprochables con el antivalor de la "mala fe".

La normativa que aconsejamos, similar a la del Considerando 29 de la Directiva Europea 2019/1023[94]*, tiende a generar un escudo de no agresión por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de los bienes, de la eliminación de las medidas cautelares que trabajaran el mantenimiento de la actividad. Conlleva evitar la judicialidad, porque entendemos que la mayoría de las situaciones se superaría con herramientas jurídicas disponibles, y eventualmente*

94 El considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, expresa: Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles. Cuando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva. Salvo en aquellos casos en que la participación de las autoridades judiciales o administrativas sea obligatoria con arreglo a la presente Directiva, los Estados miembros deben poder limitar la participación de esas autoridades a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo a la vez en cuenta, entre otras cosas, el objetivo de proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como el objetivo de reducir los retrasos y los costes de los procedimientos. Cuando los acreedores o los representantes de los trabajadores estén autorizados a iniciar un procedimiento de reestructuración con arreglo a la normativa nacional y el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas.

ara que el sistema procesal y de administración de justicia se prepara, como ahora la "cuarentena" intenta preparar el sistema hospitalario.

*Debemos convenir en cuál es el bien jurídico tutelable. E*s fundamental la CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA viable, conforme a un plan de negocios razonable que libere de responsabilidad a los que lo tracen de buena fe. Conservación de la empresa para asegurar también la conservación de los puestos de trabajo. *Las ayudas financieras –graciables o no- o los alivianamientos de las cargas fiscales que pueda disponer el Gobierno pueden ayudar al trazamiento de la viabilidad. Se debe suponer que el empresario que negocia confía en que, si se llega a un acuerdo, grupales o individuales, la actividad será viable. Eso supone buena fe.* La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad. Con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos.

Claro que se requiere buena fe, nos hemos referido a la actividad ilícita con miembros de esta Academia. Es fundamental asegurar la CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA viable, conforme a un plan de negocios razonable que libere de responsabilidad a los que lo tracen de buena fe. Conservación de la empresa para asegurar también la conservación de los puestos de trabajo.

Los emprendimientos objeto de una sociedad deberían asegurar la conservación de la empresa viable, inclusive facilitando escisiones u otras colaboraciones, pero de ninguna forma aprovechando la circunstancia para beneficiar a los titulares actuales con perjuicio de los actuales perjudicados o cumplidores o acreedores, salvo acreedores financieros –no bancarios-, pues en este caso se estaría reajustando o equilibrando el negocio inicial con sobrecarga de intereses.

La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad. Con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos.

Se impone negociar de buena fe, y esto lleva a convocar a los penalistas para que traten de imaginar en nuestra civilización judeo cristiana, la legislación cuáquera que sanciona penalmente el perjurio y el desacato ante mentiras…[95]

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba "El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial".

La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS para facilitarle esa renegociación.

95 Solo nos limitamos a advertir que se sintetizan conductas en "buena fe", definida por la Real Academia como "rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adoptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte" y como contra valor la "mala fe" es definida como "doblez, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa. "De buena fe" con verdad y sinceridad", "de mala fe" "con malicia o engaño". Nos viene a la cabeza máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: "sé bueno y no dañes".

Los emprendimientos objeto de una sociedad deberían asegurar la conservación de la empresa viable, inclusive facilitando escisiones u otras colaboraciones, pero de ninguna forma aprovechando la circunstancia para beneficiar a los titulares actuales con perjuicio de los actuales perjudicados o cumplidores o acreedores, salvo acreedores financieros –no bancarios-, pues en este caso se estaría reajustando o equilibrando el negocio inicial con sobrecarga de intereses.

En similar sentido a lo que diagnosticamos, en la exposición de motivos del flamante Real Decreto-Ley 16/2020 del 28 de abril de 2020 dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29 de abril de 2020, establece a modo de principio y reconocimiento que: "*La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable*". Pero, amén de ello, también trata de "*mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado*". Más adelante, la norma española trata de "*evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia"*. Reconoce así, aquellos problemas que estamos vislumbrando a modo de prognosis, pero todos los remedios van impulsados a la faz judicial, procesal y concursal. Como dijimos en la introducción, vamos más allá.

Si la idea central es la conservación de la empresa, la apuesta debe pasar por la reestructuración empresaria, financiera, económica, de tal manera que la empresa no llegue al conflicto y –menos aún- a la cesación de pagos. No hablamos ya, de preinsolvencia, sino de evitar ingresar en la zona de preinsolvencia. Si, como dijimos, un número aún no cuantificado de empresas se encontrará en zona de preinsolvencia al salir del aislamiento social, preventivo y obligatorio, la apuesta es colaborar con la salida de esa zona, a la actuación normal.

De alguna manera, la reciente Directiva 2019/1023 de la Unión Europea, en sus consideraciones previas hace mención a este fenómeno, cuando expresa que (*3) Los marcos de reestructuración preventiva deben evitar, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. La disponibilidad de marcos eficaces de reestructuración preventiva permitiría tomar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos, lo que contribuye a reducir el riesgo de que los préstamos se conviertan en préstamos no productivos durante las recesiones cíclicas, reduciendo así las repercusiones negativas en el sector financiero. Se podría salvar un porcentaje significativo de empresas y puestos de trabajo si existiesen marcos preventivos en todos aquellos Estados miembros en los que las empresas tienen establecimientos, activos o acreedores. En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada. Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructu-ración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto.*

No empleamos, con Fushimi, la expresión "reestructuración" porque en el entendimiento vulgar, esta expresión está asociada a reestructuración financiera, exclusivamente, y –en particular- propuestas de canje de títulos de deuda, o bien de alongamiento de plazos, o –como ocurriera en los años 2003 y siguientes para salir del default del estado nacional- con quitas y esperas. La

Directiva UE 2019/1023, emplea la expresión en mismo sentido amplio que nosotros, y la define como "*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*"

De allí que nuestro planteo no se agota en la mera negociación entre partes, en negociaciones bilaterales, sino que requiere diálogos y negociaciones sectoriales, requiere de acuerdos de reestructuración empresaria, de activos, de pasivos y de suministros. Requiere renegociar plazos y condiciones de entrega, eficientización de los servicios de logística y suministro, de facilitar medios de pago y de obtención de créditos, de acceso a los mercados de capitales y de reducción de costes de transacción, sean éstos de naturaleza que fue, incluyendo las transacciones judiciales.

La Directiva UE 2019/1023, en su exposición de motivos, expresa que *"Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. Dicho diálogo debe abordar tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en Derecho de la Unión y nacional".* Pero las Directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos, por lo que los criterios pueden divergir. Nosotros, también divergimos en relación a que no es necesario que la reestructuración sea de gran envergadura, y/o que conlleve repercusiones importantes. La preservación de la empresa viable, cualquiera sea su dimensión, desde la microempresa hasta la empresa multinacional, requieren del diálogo y la negociación de buena fe, para superar la situación de quiebra.

La renegociación privada, no judicial, que propiciamos permitiría analizar con profundidad la pertinencia de modificaciones legislativas, transitorias o definitivas, de la legislación nacional, y no sólo de la concursal.

Cierro citando el caso Crew, recordando hace 10 años el GMC. Destaco la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra, pero acompañando ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones o sea la propiedad de la sociedad. Lo que propiciamos y señalaba ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires… ¿Tendrá esa visión de imponer la renegociación obligatoria nuestro Gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? ¡Vaya cuestión! Quizá la Academia pueda hacer llegar reflexiones en tal sentido, conforme el criterio de nuestro Presidente Armando Andruet convocándonos a escribir sobre esta espantosa coyuntura…

Nada será igual, aunque quizá consigamos ser más iguales.

Córdoba, 06 de mayo de 2020 (23.30 hs.)

APÉNDICE 1. COLABORACIONES Y RECOMENDACIONES PARA UN DERECHO GLOBAL DE CRISIS

1.- Los Hechos.

El mundo sufre una pandemia que pone en riesgo a la salud humana. El mejor remedio -en realidad el único- para su control es el aislamiento social. Este aislamiento trae como consecuencia inmediata e insoslayable la parálisis de la actividad económica. Los expertos señalan a nivel mundial la irrupción del coronavirus COVID-19 constituye un 'cisne negro', entendido como un evento de muy baja probabilidad con un impacto muy elevado.

Para 2020 la actividad económica enfrenta efectos contractivos como consecuencia del shock originado por la emergencia sanitaria.

Tengamos en cuenta que las cuarentenas, muy necesarias para contener la pandemia, paralizan alrededor del 50% de las actividades económicas. Se registran cierres parciales o totales de plantas de producción; cortes en la provisión de servicios y en las cadenas de suministro; contracción del consumo; reducción drástica de los viajes de negocio y turismo, así como el cierre de servicios de esparcimiento, colegios y universidades. Los sectores productivos más golpeados, y que por lo tanto más debemos proteger, serán las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), que representan a más del 99% del tejido empresarial en América Latina y generan alrededor del 30% del PIB, según expresa Juan Carlos Elorza Director de Análisis y Evaluación Técnica Sector Privado en CAF – Banco de Desarrollo de América Latina al periódico uruguayo El País 6 de abril 2020.

Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.

En este contexto, se han sancionado normas, algunas transitorias y otras definitivas, tratando de dotar a la crisis económica derivada de la pandemia de los instrumentos que atenúen, corrijan o permitan superar la situación. Del mismo modo, se han propuesto normas aún no sancionadas.

A título de ejemplo, y para poder analizar lo que ya es derecho positivo, mencionamos algunas normas aprobadas: España: Real Decreto 8 de 2020 y Resolución 4070 publicada en BOE 26 de Marzo de 2020; Francia, Ley sobre cesación de pagos del 12/3/20; Colombia: Decreto 560/20 del 15/4/20; Chile: Ley Fogape 2020 del 15/4/20

2.- La propuesta

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente.

2.1.- Normas generales anti crisis.

1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores.

2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados.

3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias.

4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar.

5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés.

6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, los alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.

2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial.

Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo.

Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.

2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar sus relaciones:

1. con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.

3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores –o la mayoría del 75 por ciento de los mismos- sin lograrla, podrá presentarse a concurso. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebra en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC´s.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos.

2.4. Normas concursales.

Se recomendará adoptar algunas de las siguientes propuestas:

1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos sean voluntarios o necesarios.

4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.

APÉNDICE 2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA.

Iluminamos el texto del ensayo precedente con alguna jurisprudencia:

1. UN DICTAMEN Y UN FALLO RECIENTES EN LOS TEMAS QUE VENIMOS DESARROLLANDO.

La responsabilidad que venimos sosteniendo por infracción a normas imperativas, encuentra un nuevo sustento judicial en el reciente caso "Interindumentaria SRL. Quiebra" en la acción promovida por el síndico contra administradores y socios por el déficit concursal. La juez de la Primera Instancia la había rechazado in totum, reaccionando el Ministerio Fiscal y resolviendo la Cámara por la revocación del fallo, aceptando la responsabilidad de los socios, pero no haciendo lugar a la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica en torno a otras sociedades.

Sintetizaremos algunos párrafos del extenso dictamen fiscal de la Prof. Gabriela Boquin, y luego el reciente fallo de la Cámara con el erudito voto del distinguido doctrinario Pablo Heredia, revocando el fallo de primera instancia que había rechazado la acción. Por esa síntesis nos permitimos aconsejar la lectura de ambas piezas jurídicas que constituyen un valioso aporte doctrinario. Posteriormente volveremos a reafirmar nuestra posición, coincidente en los efectos, pero parcialmente basado en las normas imperativas expresas de la LGS.

1.1. El Ministerio Público de la Nación, ejercido por la Prof. Gabriela Boquin, se basó en la insuficiencia de capital –patrimonio- bajo la noción de "infracapitalización", sin referencia a las normas del derecho societario, pero forjando una sólida doctrina en torno a la teoría general de la responsabilidad por daño que transcribimos parcialmente. Inicia "… Indicó la juez que, aun cuando los indicios reunidos en ocasión de promoverse esta demanda permitían sospechar gravemente acerca de la existencia de actos legítimos perjudiciales para el ente (y sus acreedores), el devenir del tiempo, de los sucesos y el resultado de la prueba, demostraron que no hubo relación de causalidad entre la conducta reprochada y el daño…". Sigue "A fin de facilitar ia exposición, los agravios serán tratados en el orden en que han sido vertidos: 5.a) Infracapitalización. …Pero resulta inatendible el argumento de que, pese a que la infracapitalización estructural de la fallida fue probada, impide la condena de aquellos el hecho de haber cancelado con un inmueble de EF S.A. parte del pasivo de la hoy fallida. …Por ello, tal accionar no puede ser inocuo a los acreedores de la deudora ni puede sostenerse que no hubo daño; Si la empresa desarrolló su actividad dotada de un capital insuficiente para cumplir con su objeto social, si estuvo infracapitalizada desde su constitución o si contrató con terceros sin activos de respaldo a las deudas que generó, ello debe ser imputado a los administradores o controlantes que lo hicieron posible. Entre todas las funciones que cumple el capital social, la de servir de garantía frente a los acreedores sociales es la que asume el papel más destacado, pudiendo sostenerse que el capital social funciona como instrumento de garantía[96] que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios, en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. En otras palabras, la cifra capital brinda a los acreedores sociales un dato de fundamental importancia, pues les permite conocer los bienes, dínerarios o no, con que cuenta ¡l sociedad para responder frente a los terceros por las obligaciones sociales (Nissen, Ricardo Augusto, "La infracapitalizaciór‌i de sociedades y ¡a responsabilidad de los socios", en Revista de: las Sociedades y Concursos, nro. 1, nov/dic 1999, pág. 15. …En tal orden de ideas, recuerda Georges Ripert que el capital constituye la contrapartida de la limitación de la responsabilidad de los socios (Tratado Elemental de Derecho Comercia!, tomo 2, "Sociedades" TEA, Buenos Aires, 1954, pág. 235), más sí el capital social no guarda directa relación con el objeto de la sociedad carece de

96 Los subrayados nos corresponden.

fundamento el beneficio de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista, con el más probable riesgo que la sociedad así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude (Vitolo, Daniel Roque, "Nuevos Aspectos al Derecho Societario", Ed. Ad Hoc, 2005;). Por ende, si el capital es el conjunto de recursos constituidos por los aportes de los socios para ser aplicados al giro social y al cumplimiento del objeto social, existe insuficiencia de capital cuando los socios no dotan a la sociedad de los recursos necesarios para ello. Es decir, la sociedad estará infracapítalizada. La doctrina ha señalado dos diferentes clases de la infracapitalización: la sustancial o material y la nominal. La primera tendrá lugar cuando los socios no suministren los recursos necesarios para el giro societario y la segunda se producirá cuando los socios suministren los recursos necesarios para el giro en cantidad suficiente, pero bajo un títuio diverso del correspondiente de aporte que corresponde a su condición de tales. En palabras de un profesor español: un buen método para ¡a construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles tales como ia maximización del beneficio con minimización del riesgo (conf. Paz Arez,Cándido "La infracapitaiización; una aproximación contractual", EdS, Año ¡I, 1994, Ídem, "Sobre infracapiíalización de las sociedades", ADC, 1983, citado por Vitólo, Daniel Roque en "Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia", en LL 2005-A,; 1207) Para evitar la sociedad estar infracapitalizada, en el caso de que tenga un capital social insuficiente para cumplir con su objeto social, los administradores deben controlar que el capital de la sociedad posea valores de significatividad con el volumen del giro del negocio y requerir de los socios o accionistas que suministren aportes adicionales para recomponer el equilibrio. Sostiene el autor español Paz Ares que las graves consecuencias, que importa la infracapitalización societaria son la externalizacíón o desplazamiento del riesgo empresario sobre los acreedores, fundamentalmente sobre los pequeños acreedores debido a los altos costos de información e inspección en que deben incurrir para prevenir aquellos riesgos (conf. Paz Ares Cándido, "Sobre infra capitalización de sociedades", año 1983, p. 1597). Precisa Raiser, citado por Manovil, que, si ¡a subcapitalización fue originaria, responden, sin duda, los fundadores de la sociedad. Cuando la subcapitalización es sobreviviente, responderán quienes, pudiendo hacerlo, no corrigieron con nuevos aportes el defecto, así como quienes emprendieron una ampliación de actividades sin dotar a la sociedad de los medios necesarios para ello. ("Raiser, Thonnas, "Konzemhaftung und Unterkapitalisierüngs-haftung- Besprechung der Entschiedung BGH AG, 1994, 179, (EDV-Peripherie)", ZGR, año 24, NRO. 1, 1995, pág. 168 citado por Manovil, Rafael, "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Editorial Perrot, Buenos Aries, 1998). Rafael M. Manóvil, por su parte, sostiene que la insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio de hacerla actuar como recurso para violar la buena fe negocial! así como para frustrar derechos de terceros (Manovil, Rafael M, ob dt, p. 1087). Autores como WÍedmann y Ulmer sostienen que los socios deben responder ilimitadamente por el pasivo social, en tanto conciben que el fundamento de esa responsabilidad radica en el deber de impedir la traslación del riesgo a los acreedores derivado de la limitación de responsabilidad por las deudas de la sociedad ai patrimonio social. Señalan que la violación de ese deber impide la invocación por los responsables de la limitación de la responsabilidad contenida en las normas del derecho alemán. (Wiedemann, H, Gesellschaftsrecht, pág. 573; Ulmer, P. "Gesellschfterdarlehen...", págs. 679/81, Citados por Manovil, Rafael M, "Grupo de sociedades en el derecho comparado", Editorial Perroí, Buenos Aries, 1998, pág.561). Por su parte, el autor español Cándido Paz-Ares precisa que el fundamento de la responsabilidad de los socios por infracapitalización es la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada al aporte social. Así, sostiene que "la limitación de responsabilidad sólo adquiere sentido a través de la construcción simultánea de un patrimonio de responsabilidad que sustituye ¡a responsabilidad personal del socio. El privilegio sólo puede mantenerse a través de la subsistencia de sus

presupuestos normativos. La limitación de responsabilidad no es una garantía establecida por ei "derecho natural", ni una libertad garantizada por la Constitución, sino un privilegio qué el ordenamiento no concede incondicionalmente. El socio debe arriesgar un determinado patrimonio para no tener que arriesgarlo todo. Por consiguiente, si falta el presupuesto normativo del privilegio -una adecuada capitalización- se impone su pérdida y el consiguiente restablecimiento de ¡a vigencia del derecho común. (Paz Ares, Cándido "Sobre la infracapitalización de las sociedades", ADC, 1983, pág.1613). En tal sentido, dice Efraín Hugo Richard que, si los socios no dotan a la sociedad de capital necesario, abusan de la institución del capital social, el privilegio de la limitación de responsabilidad de que disfrutan queda sin fundamento, y por lo tanto responderán ilimitadamente frente a los acreedores de la sociedad de las deudas de la misma (Richard. Efraín Hugo, en "Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, lera. Edición, cap. XII, ap. VI, pág.493). Conforme lo expuesto, debe combatirse la participación en el mercado de sociedades manifiestamente infracapiíalízadas, que contratan con terceros sin contar con capital suficiente para afrontar su giro y el cumplimiento de su objeto social. Además, no todos los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor. administradores, En síntesis, si la sociedad actuó infracapitalizada y los y/o controlantes no recurrieron a los remedios que les proporciona el ordenamiento para superar esa situación, los socios deberán responder por las obiigaciones sociales. Por ello, encontrándose debidamente acreditada la infracapiíalízación en que actuó ia fallida no corresponde legitimar tal conducta de los administradores y controlantes impidiendo la reparación de ¡os daños causados sosteniendo que tal accionar (la infracapitalización) no ocasionó perjuicio alguno. La infracapitalización ocasionó un daño a los acreedores incluídos de la quiebra, de eso no hay duda…. Así, el mal desempeño de los administradores no sólo consiste en participar directamente o indirectamente en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos, sino también en la omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar subsanar incorrectos procederes, que no podían desconocer de haber aplicado la debida atención y preocupación por los asuntos sociales (CNCom, Sala B, "Bonmeíique S.A. s/ quiebra c/ Bonserio, Miguel y otros s/ ordinario" del 9 de mayo de 2016; dictamen nro. 148.654 en autos "Havanatur S.A. c/ Guama SA s/ ordinario" del 30 de agosto de 2016). La ley 19.550 en el art 59 establece el principio general en materia de la responsabilidad de los administradores estableciendo que estos deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios en cuyo defecto son responsables solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resultaran de su acción u omisión. La reglamentación de esta norma en lo que se refiere a los supuestos concretos se encuentra en los arts. 274 a 279 de la ley. : El deber de lealtad consiste en la prohibición para el administrador de dar preferencia a sus intereses en oposición con los de la sociedad; la diligencia de un buen hombre de negocios intenta reflejar los cuidados propios que deben tener los administradores societarios al desempeñar funciones, presupone un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de; la actividad; que deben ser evaluados atendiendo a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (Otaegui, Julio "Administración societaria", Editorial Abaco, Buenos Aires, 1979, pág. 135; CNCom, Sala B, "San Justo S.A. s/ quiebra c/ Garavano, Alfredo Ernesto y otra s/ ordinario" dei 05/12/2013; Sala E, "Bepez SA. s/ quiebra c/ Levy, Augusto Claudio José s/ ordinario" del 6/07/2016, entre oíros). Ha sido dicho que la conducta de los administradores debe mentarse en función de su actividad (u omisión) aunque no actúe directamente en hechos que originan responsabilidades, pues es función de cualquier integrante de este órgano controlar la gestión empresaria; dando lugar su incumplimiento a una suerte de culpa in vigilando, pues el distingo entre la condición de administradores y su ejercicio efectivo, en torno a una cuestión concreta, antes de dispensarlos de

responsabilidad, la agrava porque comporta no haberse interesado debidamente de la conducción del ente (CNCom, Sala B, "Oniy P!asíic;SA s/ quiebra s/ incidente de calificación de conducta" del 26/03/1991; Sala A "Minetti y Cia SA s/ incumplimiento de presentación del balance ante ia Comisión Nacional de Valores" del 11/06/96; Sa!a C, "Electricidad Elga SA s/ quiebra" del 7/04/82; Sala , "Banco Medefin SA s/ retardo en Ía presentación de información contable" del 26/04/96; Sala E, "Comisión Nacional de Valores c/ Banco General de Negocios SA" del 16/08/07, entre otros). Es un principio fundamental en materia de responsabilidad de los directores el carácter colegiado del directorio -principio aplicable al caso de autos- lo que determina que la responsabilidad de todos sus integrantes sea solidaria e ilimitada hacia ia sociedad, los accionistas y terceros por el mal desempeño de su cargo, conducía esta que no sólo queda configurada por la participación activa de cada director en ¡os hechos generadores de responsabilidad, sino también por una conducta omisíva o negligente. (Nissen, Ricardo A." Ley de sociedades comerciales", T 3, págs. 263 y sig.). …En este tipo de obligaciones se enmarca el deber de llevar contabilidad en forma regular (conf. dictamen Nro. 147436 "Bonmetique S.A. s/ quiebra c/ 55 Bonseiro, Miguel Ángel y otros s/ ordinario" con fallo coincidente de la sala B de fecha de 9 de mayo de 2016) De ello se sigue que de acuerdo a las circunstancias del caso, ante el incumplimiento de la manda legal debe tenerse por configurado un supuesto de mal desempeño y falta de diligencia, para cuya procedencia la ley exige como factor de atribución la culpa o el dolo en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550. : Por otra parte, se ha señalado que es responsabilidad de los administradores conservar los bienes sociales, manteniendo su producido en el activo o bien dando cuenta de su destino o aplicación por medio de su registro en !a contabilidad legal (CN Com, Sala D, 10.9.92, "Phonoíone Co. S.R.L. s/ Quiebra s/ responsabilidad", citado por Nissen, Ricardo Augusto en "Ley de Sociedades Comerciales", T i, pág. 656). En la especie los demandados no brindaron ninguna explicación satisfactoria de las razones por las cuáles ¡os activos denunciados en ¡a época del concurso preventivo no fueron hallados al momento de la quiebra. … Además, la omisión de llevar una adecuada contabilidad, es un incumplimiento al deber de la requerida diligencia del caso, que, en lo tocante a la contabilidad, implicaba una obligación de resultado. Así ha sostenido la doctrina que el daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se les atribuye su producción, y es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho, e independientemente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren 57 en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar (Bustamaníe Alsina, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Abeledo Perrot, octava edición, Buenos Aires, 1993, pág. 261). Ei Código Civil hoy derogado (art. 901) y el actual Código Civil y Comercial (arí. 1726) se enrolan en la teoría de la causalidad adecuada, la cual consiste en que no todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, esa es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes (op. de Bustamante Alsina, pág. 263) Asimismo fue debidamente acreditada la relación de causalidad adecuada existente entre e! obrar de los codemandados y el daño conforme el curso natural y ordinario de las cosas (art 1726 del CCC). Nótese que todas las conductas más arriba ponderadas confluyeron en la producción del daño que no es otro que la insolvencia de la sociedad…". La Fiscal General Gabriela Boquin abunda luego en la aplicación al caso de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que

es descartada por innecesaria por la Cámara, por lo que omitimos esas consideraciones para no alargar este ensayo, pero sugerimos leer por la posición que sostiene.

1.2. El Tribunal: La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D(CNCom)(SalaD) formalizó su fallo el 04/02/2020, en Interindumentaria S.R.L. (s/ quiebra) c. F., E. E. y otros s/ Ordinario[97], del que puede formalizarse como Sumario:

> 1 Las personas codemandadas deben ser condenadas solidariamente a cubrir el pasivo falencial de la sociedad fallida, comprensivo de la totalidad de los créditos verificados o declarados admisibles insolutos y las costas del proceso concursal, en tanto se acreditó que aquellos fueron artífices de su infracapitalización, en ejercicio de un innegable poder de gestión o de decisión respecto de la entidad.
>
> 2 La subcapitalización es una situación contraria al interés social y los actos contrarios a ese interés se califican como tales teniendo en cuenta el momento de su ejecución.
>
> 3 La utilización de bienes como garantía no cuenta como eventos ponderables para exonerar la correspondiente responsabilidad por infracapitalización de la sociedad fallida si, como ocurre en el caso, no se trató de actos que involucraron una inversión causante de una pérdida en el corto plazo pero determinante de una rentabilidad positiva futura, sino simple y sencillamente de la definitiva disminución de la garantía patrimonial de los acreedores sin prueba del correlativo ingreso de un contravalor.
>
> 4 La infracapitalización sobreviniente de la fallida determinó que pasó a ser una "sociedad fantasma", sin patrimonio que respalde sus operaciones frente a los acreedores, por lo que corresponde concluir que su personalidad ha constituido un recurso para violar la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, en consecuencia, es posible imputar el daño sufrido a los socios.

1.3. Extractamos del erudito voto del Dr. Pablo Heredia al que adhirieron los dos otros dos vocales:

"1°) …un reclamo proporcionado al pasivo falencial no se contrapone al objeto de la pretendida responsabilidad por infracapitalización (calificable como "material", según se verá). Ello es así, pues no se trata de que en la quiebra de la sociedad subcapitalizada los socios respondan solamente hasta el límite de los activos con los que debieron dotarla, sino que la insuficiente capitalización justifica —como lo ha destacado un fallo de esta alzada— que los socios o controlantes que hicieron posible esa situación carguen con todo "...el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia..." (conf. CNCom., Sala F, 13/05/2004, "Víctor Carballude SRL s/quiebra s/ incidente de inoponibilidad de la persona jurídica", LA LEY 2014-F, 381); solución que se funda en el hecho de que el daño originado en la subcapitalización, a la época de hacerse efectiva la responsabilidad, es, precisamente, la impotencia del patrimonio social para responder a los acreedores, ya que si la violación del deber de una correcta dotación de capital trae como consecuencia dañosa la insolvencia, parece lógico que el socio responsable deba indemnizar ese daño, esto es, hasta cubrir la totalidad del pasivo social no satisfecho con el patrimonio de la sociedad fallida (conf. Manóvil, R., Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio: el modelo alemán, en AA.VV., "Derecho Empresario Actual - Homenaje a Raymundo L. Fernández", Cuadernos de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, ps. 625/626; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 1087; Puliafito, G., La infracapitalización material calificada como supuesto de excepción al

97Publicado en: LA LEY 03/03/2020, 03/03/2020, 6 Cita Online: AR/JUR/111/2020

beneficio de la limitación de responsabilidad de los socios, en la obra dirigida por Embid Irujo, J. y Vítolo, D., "Sociedades comerciales - los administradores y los socios - responsabilidad en sociedades anónimas", Buenos Aires - Santa Fe, 2004, p. 241). - Empero, el indicado quantum referente al pasivo falencial no está de acuerdo con la pretendida responsabilidad de los demandados como administradores societarios, pues habiendo encauzado la sindicatura el correspondiente reclamo desde la perspectiva de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 (normas aplicables a los administradores de sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo dispuesto por el art. 157, cuarto párrafo de la misma ley), esto es, como acción "social" de responsabilidad ejercida por el representante del concurso —arts. 278 de la ley 19.550 y 175 de la ley 24.522— (fs. 52 vta. y ss.), el daño indemnizable bajo tal acción no está limitado por el pasivo de la quiebra, sino que el deudor debe reparar íntegramente el perjuicio sufrido por la sociedad (conf. Vassallo, G., La acción de responsabilidad en la nueva ley de concursos y quiebras, JA, 1996-III, p. 954); y si la indemnización fuese mayor que el pasivo social, aparece un remanente que debe ser entregado al deudor, esto es, a la sociedad fallida (art. 228, ley 24.522; conf. Rivera, J., Derecho Concursal, Buenos Aires, 2010, T. III, p. 722; Junyent Bas, F., Acciones de responsabilidad en el proceso falencial, JA, 1999-II, p. 745, cap. XI; Boretto, M., Notas sobre la responsabilidad de los administradores en la quiebra, JA, 2004-II, p. 996, cap. IV, texto y nota N° 44; Usandizaga, M. en la obra dirigida por Sánchez Herrero, A., Tratado de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, 2017, T. X, p. 1048)….Distinto sería el caso, desde ya, si no existiese la referida limitación cuantitativa establecida en la demanda y si los socios y administradores societarios fuesen sujetos diferentes con, obviamente, patrimonios personales diferenciados. En tal hipótesis, la responsabilidad del socio no administrador sería autónoma de la responsabilidad de cualquier administrador societario, y el análisis separado de una y otra responsabilidad sería ineludible, sin perjuicio de que ambas pudieran, eventualmente, calificarse como solidarias si, por ejemplo, el socio intencionalmente decidió o autorizó la infracapitalización mediante actos que después ejecutó el administrador, dando cuenta ello de una hipótesis de daño a la sociedad o a terceros, producto de una "heterogestión" (conf. Piccinini, V., La responsabilità del socio, en la obra dirigida por Balestra, L., "Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali", Giuffrè Editore, Milano, 2016, p. 106, N° 2 y ss.; Maffei Alberti, Alberto, Commentario breve al Diritto delle Società, CEDAM, Padova, 2017, p. 1473, cap. XXX).

Pero no es tal el caso de autos ya que, por el contrario, las personas humanas demandadas fueron los únicos socios controlantes internos de Interindumentaria SRL en la época crítica a considerar (esto es, la anterior a la presentación de su concurso preventivo, luego devenido en quiebra), a la vez que, coetáneamente, gerentes o administradores de facto según lo concluyó la sentencia apelada al desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por ellos …5°) El fallo de la instancia anterior rechazó la pretensión de responsabilizar a E. E. F. y C. M. S. G. de F., como únicos socios controlantes de Interindumentaria SRL, por no haberla dotado del patrimonio necesario para desarrollar su actividad.

Al respecto, la sentencia aceptó como un hecho "...sobradamente..." probado (fs. 2903) y "...evidente..." (fs. 2904 vta.) que Interindumentaria SRL fue objeto de una decisión tomada por las personas humanas indicadas consistente en dejar de capitalizarla y, en lugar de ello, constituir como únicos socios otra entidad societaria, EF SA, a la cual sin contraprestación alguna transfirieron inmuebles de la primera, al par que su actividad principal (fs. 2904 y 2912). … Esta última conclusión es cuestionada por la sindicatura actora, dando ello lugar a su primer agravio. A mi modo de ver, asiste razón a la queja. Veamos. a. Son conocidas las dos formas de la infracapitalización: la nominal o formal y la material. La primera se refiere a aquellos casos en que existe un capital insuficiente para la realización de la actividad social, de manera tal que la financiación que necesita la sociedad

se genera, no a través de aportes de los socios en concepto de capital, sino mediante préstamos que se convierten en créditos de ellos contra la sociedad. El problema que plantea la preferencia de tales créditos de los socios contra la sociedad —comúnmente quirografarios, pero que también podrían ser garantizados— y su vocación a participar pari passu con los demás acreedores en la liquidación de los bienes de la quiebra social, puede en gran medida ser resuelto mediante la reconfiguración del préstamo catalogándolo como sustitutivo de capital y sujetándolo, por esa vía, a un cobro subordinado al previo pago de los acreedores contra la masa (conf. CNCom., Sala C, 31/05/2012, "Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por Quirini, Augusto"; Vizcaíno Garrido, Pedro, El interés social como fin de la actividad de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 122; Ramírez Bosco, L., Responsabilidad por infracapitalización societaria, Buenos Aires, 2004, p. 80, N° 11 "b"). No es este, sin embargo, el concepto que interesa al sub examine sino el siguiente. b. La infracapitalización material, de su lado, se refiere a la situación que se da cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros (conf. CNCom., Sala A, 26/11/2015, "Isabella, Pascual c. Bingo Caballito SA s/ ordinario").

En un afín orden de ideas, que es el que aquí interesa, la infracapitalización material también se refiere generalmente a la extensión de responsabilidad de la sociedad a los socios como expresión de la vulneración del deber general que tienen de mantener una capitalización adecuada (deber que tiene sustento normativo en el art. 2° de la ley 19.550; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 1084), en el entendimiento de que cuando no han capitalizado adecuadamente a la sociedad, no pueden alegar, frente a la reclamación de terceros, la exclusión de una responsabilidad personal. Es decir, la subcapitalización material alude a una responsabilidad por lesión del interés de aquellos que han entrado en relación con la sociedad y que ven insatisfechos sus créditos a causa de la insuficiencia patrimonial derivada de no haber mantenido los socios una estructura de capital con entidad adecuada para soportar la actividad o inversión efectivamente realizada por el ente. - Y a tal extensión de responsabilidad de las deudas sociales hacia los socios se llega a través de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad subcapitalizada (art. 144 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —ex art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550—; CNCom., Sala F, 13/5/2004, "Víctor Carballude SRL s/ quiebra s/ incidente de inoponibilidad de la persona jurídica", LA LEY, 2014-F, p. 381; Cabanellas de las Cuevas, G., Derecho Societario - Parte General, Buenos Aires, 1994, T. 3 [la personalidad jurídica societaria], p. 360 y ss., N° 30; Roitman, H., Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 240; Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 1087; Ramírez Bosco, L., ob. cit., p. 80, N° 11 "a"; Proietti, D., La infracapitalización y la teoría del corrimiento del velo societario para responsabilizar a socios y accionistas, LA LEY Suplemento Actualidad del 29/9/2011; Junyent Bas, F., Infracapitalización societaria - responsabilidad de administradores y socios, LA LEY, 2009-C, 1045; Rovira, A., Responsabilidad por insolvencia y capital social, en la obra "Empresa en Crisis" [dirigida por el mismo autor], Buenos Aires, 2005, p. 351).

En situación de quiebra social la infracapitalización material puede justificar la promoción de las acciones de responsabilidad societaria o concursal (véase mis votos en las causas "Conix SA s/ quiebra c. Edixer SA y otro s/ ordinario", sentencia del 16/03/2009, e "Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA c. Giorgetti, Héctor N. y otros s/ ordinario", sentencia del 04/12/2013). c.Ahora bien, dejando de lado los casos de sujetos alcanzados por normas específicas relacionadas al deber de integración del capital por razón de su déficit —con mira al mantenimiento de una

particular solvencia— mediante exigencias cuantitativas que son determinadas por organismos estatales de control (por ejemplo, las aseguradoras; conf. esta Sala, cit. causa "Instituto Italo Argentino de Seguros Generales SA"), lo cierto es que el problema que plantea la infracapitalización material con relación a los restantes sujetos societarios es, por una parte, el de la fijación de los parámetros aplicables dado que no existen claros y unívocos criterios económicos que indiquen cuál es el índice de capitalización adecuado, o cuál debe ser el índice de solvencia mínimo que ha de requerir la estructura económica de una sociedad; y por otro lado, es el de la negación del concepto de socio como "inversor" que aporta el capital esencial dentro de un sistema de financiación empresarial (conf. Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., p. 123), ya que en las sociedades de cuotas o capital si el socio pierde su derecho a limitar la responsabilidad para responder al daño a terceros que causa la subcapitalización, el lógico efecto negativo es la pérdida de incentivos para invertir en tal tipo de sociedades (conf. López Tilli, A., Financiamiento de la empresa, Buenos Aires, 2010, p. 96 y ss.; Stordeur, E. y Stordeur, E. [h], Responsabilidad por infracapitalización: apuntes para un análisis económico, en la obra dirigida por Embid Irujo, J. y Vítolo, D., "Sociedades comerciales - los administradores y los socios - responsabilidad en sociedades anónimas", Buenos Aires - Santa Fe, 2004, p. 243 y ss.).

Ahora bien, con estricta relación al sub lite, estos dos últimos problemas pueden, sin embargo, ser solventados de acuerdo con los siguientes razonamientos.

d) En primer término, cabe observar que no hay lugar para discutir en autos acerca de cuál fue el índice de capitalización adecuado o de solvencia mínima que requería la estructura económica de Interindumentaria SRL.

De su lado, la problemática que relaciona el fenómeno de la infracapitalización con el concepto del socio como "inversor" que, en las sociedades de cuotas o de capital, limita su responsabilidad trasladando el riesgo, solamente se plantea, a mi modo de ver, con relación a la "gran sociedad".

Es en este último supuesto, en efecto, que racionalmente aparece la exigencia de mantener la responsabilidad limitada del socio "inversor" frente a una subcapitalización societaria —con traslación del riesgo de la insolvencia a los terceros— ya que, como regla, habría de prevalecer el criterio según el cual la función económica de la sociedad no se podría cumplir a no ser que, precisamente, se admita la responsabilidad limitada de los socios (conf. Ascarelli, T., Principios y problemas de las sociedades anónimas, Imprenta Universitaria, México, 1951, p. 22). Acaso sólo podría admitir algún matiz la consideración de la situación de los acreedores involuntarios (extracontractuales) en comparación con los que, por el contrario, han entrado voluntariamente en relación con la sociedad informándose sobre la existencia de dicho fenómeno y, por ello, contratado con garantías o con precios que incluyen una prima de riesgo (en este sentido, véase: Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., ps. 123/124; De Arriba Fernández, María L., Derecho de grupos de sociedades, Civitas, Pamplona, 2009, p. 497, texto y nota N° 182; Pereira Duarte, Diogo, Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relaçâo de dominio - contributo para a determinaçâo do regime da empresa plurissocietária, Almenida, Coimbra, 2007, p. 311 y ss., N° 32; Deya, F., La infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho, RDCO 2002-813). - Por el contrario, la problemática no se plantea con igual proyección cuando se trata de la "pequeña sociedad" o de la llamada "sociedad cerrada" en la que, a diferencia de las sociedades abiertas o grandes sociedades, los socios usualmente confunden su condición de tales con el ejercicio de cierta capacidad gestora, lo que lleva implicaciones que van más allá de la mera actitud pasiva típica del inversor. En este diferente escenario, en efecto, como lo ha destacado la doctrina (conf. Ramírez Bosco, L., ob. cit., p. 109; Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., ps. 125/126), es

posible excepcionalmente imputar al socio una responsabilidad ilimitada, pese a que por el tipo societario la tuviera como limitada, cuando del ejercicio de su capacidad gestora, sea por omisión o comisión, con dolo o culpa, se ha derivado una infracapitalización de la sociedad contraria al deber general de mantener una capitalización adecuada. Bien entendido que la mayor responsabilidad de que se trata tendría justificación en la implicación del socio en la gestión social (conf. Vizcaíno Garrido, Pedro, ob. cit., ps. 125/126) o por entenderse como la consecuencia del individual ejercicio que hizo de un poder de decisión sobre los asuntos sociales (conf. Manóvil, R., Responsabilidad de los socios por insuficiencia de capital propio: el modelo alemán, en AA.VV., "Derecho Empresario Actual - Homenaje a Raymundo L. Fernández", Cuadernos de la Universidad Austral, Buenos Aires, 1996, p. 627); responsabilidad que, en sustancia, conduce —como ya se dijo— a desestimar la persona jurídica societaria e imputar al socio el correspondiente deber de reparar a los acreedores insatisfechos por causa de la insolvencia. - c. Por lo que toca al caso, la calificación de "pequeña sociedad" o "sociedad cerrada" es la que, sin dudas, corresponde a Interindumentaria SRL, que fue integrada por solo los dos socios demandados, cónyuges entre sí. De tal suerte, conforme con lo ya expuesto, no hay óbice en el especial caso de autos para desestimar la personalidad jurídica de la referida sociedad e imputar personal responsabilidad a E. E. F. y aC. M. S. G. de F., en forma solidaria, por la no discutida infracapitalización de Interindumentaria SRL de la que indudablemente fueron sus artífices en ejercicio de un innegable poder de gestión o de decisión respecto de la entidad…. la subcapitalización es una situación contraria al interés social (conf. Pelletier, N., La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective, LGDJ - Lextenso Éditions, Paris, 2013, p. 96, N° 151) y los actos contrarios a ese interés se califican como tales teniendo en cuenta el momento de su ejecución (conf. Heredia, P., El acto del administrador contrario al interés de la persona jurídica privada, RCCyC, año 2018, N° 4, ps. 121 y 124, texto y notas N° 94 y 111, con cita de Médina, Annie, Abus de biens sociaux, Ed. Dalloz, Paris, 2001, p. 96, N° 2.32 y p. 103, N° 2.48),… corresponde recordar que el principio de la responsabilidad limitada presupone que la sociedad debe contar con un capital adecuado para cumplir su objeto, de donde si ella aparece frente a terceros sin patrimonio que respalde sus operaciones, corresponde concluir que su personalidad ha constituido un recurso para violar la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, en consecuencia, es posible imputar el daño sufrido por tales terceros a los socios (conf. CNCom., Sala E, 24/08/1987, "Ceretti, César c. Ditto SA y otros", JA, 1990-I, p. 317; en similar sentido, véase también: Macagno, A., El fenomeno de la infracapitalización y la falencia social sobreviniente, Rev. Soc. y Conc., vol. 3, Buenos Aires, 2000, ps. 47 a 53; Vítolo, D., Infracapitalización, sobreendeudamiento y responsabilidad falencial - Incluye tratamiento del tema en derecho comparado, en Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano. Congreso Argentino de Derecho Concursal, 5° y Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia 3°, vol. 2, Buenos Aires, 2003, ps. 139 a 156; Méndez, J., Responsabilidades emergentes de la infracapitalización societaria, en RDCO, 2005-A, p. 651/700; Richard, E., Capital social y concurso preventivo - responsabilidad por infracapitalización, Rev. Dcho. Concursal, Santa Fe, vol. XIII, ps. 13/44) …. En las relaciones de control societario, es claro que constituye un abuso de poder que compromete la responsabilidad del sujeto controlante si provoca el vaciamiento ("svotuamento") del sujeto controlado debilitando su consistencia patrimonial —por ejemplo realizando la transferencia de sus recursos productivos o bienes a otra sociedad, sin un correspectivo adecuado, ni la previsión de ventajas competitivas— o si el sujeto dominado es privado de su capacidad redituable en favor del sujeto controlante o de otra sociedad del grupo (conf. Niutta, Andrea, Il finanziamento intragruppo, Giuffrè Editore, Milano, 2000, ps. 430/431 y ss., N° 4.5); y también, obviamente, cuando se produce una infracapitalización material del sujeto controlado (conf. Rondinone, Nicola, I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale, Giuffrè

Editore, Milano, 1999, p. 797 y ss., N° 23, texto y nota N° 511).

En nuestro derecho, para indemnizar el daño derivado de ese abuso de control está el art. 54, primera parte, de la ley 19.550, que precisamente determina, en lo que aquí interesa, la obligación del sujeto controlante (que puede ser una persona humana o jurídica; conf. Boretto, M., Responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada, Buenos Aires, 2007, p. 138), de indemnizar al sujeto controlado —en forma directa o indirecta— los daños producidos a activos tangibles o intangibles, por acción u omisión, culposa o dolosa, incluso en el manejo de una política empresarial (conf. Calcaterra, G., La responsabilidad en los grupos de sociedades, Buenos Aires, 2007, ps. 266/267; Miguens, H., El grupo insolvente, Buenos Aires, 2009, p. 182, N° 2.1).

Pues bien, en su aplicación fuera de una situación concursal, la reparación impuesta al controlante por el citado precepto de la ley societaria debe ser integral o plena (art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), debiéndose materializar, de ordinario, en el restablecimiento del potencial y aptitud de la empresa de la sociedad para desenvolverse en el mercado en cuanto haya sido perjudicada por el sujeto dominante (conf. Manóvil, R., Grupos de sociedades, Buenos Aires, 1998, p. 688).

El mismo criterio podría ser predicado cuando la reparación se reclame en sede concursal, pues la quiebra se apropia de la acción habilitada por el art. 54, primer párrafo, de la ley 19.550, sin modificarla.

Sin embargo, en la medida que no hay dificultad en reconocer que el daño resarcible está constituido por el perjuicio sufrido por los acreedores por la falta de conservación del patrimonio social de la controlada, con el resultado de que no es suficiente para satisfacer sus créditos (conf. Di Majo, Alessandro, I gruppi di società - Responsabilità e profili concorsuali, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 48, N° 2.3), nada obsta a que el sujeto controlante solamente se haga cargo del pasivo verificado en el concurso de la dependiente. Es decir, el controlante responsable cumple adecuadamente su deber indemnizatorio pagando limitadamente el monto de los créditos verificados en la quiebra de la controlada (conf. Miguens, H., ob. cit., ps. 194/195, N° 2, y p. 197, N° 5 y su cita de Otaegui en nota N° 116) o, mejor dicho, el pasivo falencial comprensivo del monto de los créditos insinuados que resten insolutos, más intereses y costas. …fácil resulta apreciar la inutilidad de admitir una condena bajo el argumento del invocado rol atribuido a las personas humanas demandadas de haber sido controlantes de EF SA, La Artesana SA y Grupo Inversor Argentino SA (o, más ampliamente, del denunciado “Grupo Fábrega”), toda vez que, de acuerdo con este voto, aquellas ya han de ser condenadas a pagar el pasivo falencial de Interindumentaria SRL como socios controlantes responsables de su infracapitalización, de donde constituiría una plétora jurídica condenarlas también a pagar lo mismo pero como controlantes de otras sociedades….”.

Frente a ello se rechaza por innecesaria la consideración de imputación por la teoría de la “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Los doctores Vassallo y Garibotto adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores vocales la suscriben Pablo D. Heredia. — Juan R. Garibotto. — Gerardo G. Vassallo.

1.4. El dictamen y voto procedente señalan acabadamente la imputabilidad del daño a socios no solidarios en caso de quiebra, o sea de insolvencia de una sociedad, por el déficit patrimonial que se registre, e incluso por otros daños. Se funda el voto precedente en la teoría general de la responsabilidad o del derecho de daños, particularmente por mala administración y ser socio gestor y no necesariamente inversores.

Se desliza reiteradamente que la infracapitalización no puede ser usada para transferir el daño –las pérdidas, apuntamos- a los acreedores. Si bien no se citan o se trabaja sobre la normativa societaria imperativa general, la cuestión parece fácilmente reducible y haremos unos comentarios sobre ello.

También la cuestión parece trasladable a las situaciones de concurso preventivo de sociedades, cuando los socios no asumen las previsiones impuestas por esas normas imperativas de la ley específica.

2. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA POR OTRA VIA.

2.1. Revisemos una jurisprudencia que determina la responsabilidad solidaria de socios en una sociedad con responsabilidad limitada, generando una posición ejemplificadora. Se trata de la resolución de la Cámara CIVIL - SALA C en la Ciudad de Buenos Aires, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diez y siete en los autos "VON SANDEN DE KLEIN ROSA CRISTINA C/ ANGELINO MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", cuya lectura también aconsejamos. La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: sobre la prescripción, la integración de la litis y las causas por las que se les responsabiliza.

Lleva el voto el Doctor Diaz Solimine que delimitó la cuestión litigiosa: "La sentencia acogió el objeto de la pretensión de daños y perjuicios contra Miguel Angel Angelino, Nicolás Enrique Ruiz Guiñazu – luego desistido a fs.521 - y José María González de la Fuente al pago del crédito admitido en los autos "Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa Cristinas/ cumplimiento de contrato. Con costas."

En primer término, trata la excepción de prescripción opuesta por los codemandados González de la Fuente y Angelino, que fuera desestimada. … El rechazo de la excepción es bien fundado, y quizá corresponda también señalar que dentro de la funcionalidad societaria como persona jurídica, juega el precepto del art. 56 de la hoy ley general de sociedades –LGS-, vigente desde el año 1972 que dispone "La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según coresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate".

El valor expansivo de la sentencia es indubitable, aunque la ejecución directa de la misma pueda estar condicionada al tipo social (tipicidad de segundo grado), y cuando no hay responsabilidad por el tipo social asumido puede resultar la misma de otras normas de la ley, como sucede en el caso y esplicitaremos.

Ingresa el Camarista que lleva el voto en el tema central: la "responsabilidad" de los accionistas demandados: "Los apelantes se quejan del acogimiento de la pretensión, señalando que no se encuentra acreditada la responsabilidad invocada, ni la integración en la sociedad, peticionando su desestimación. En primer término, adentrándonos en las quejas, debo exponer que el carácter de socios integrantes de la sociedad condenada Birlen SA, ha quedado plenamente probado con los elementos colectados en el proceso." Omitimos las cuidadas referencias subrayando que la defensa aparece en este aspecto como burda.

Continúa con precisión "Adentrándonos en la responsabilidad que les endilga, diversa es la prueba que lleva en forma unívoca a concluir como lo hizo el sentenciante de grado. En primer término, la inexistencia actual de la sociedad condenada Birlen SA en el domicilio constituido ante la Inspección General de Justicia – ver informe de fs. 289 - y actas de constatación de fs. 37/38. Otro claro y medular indicio es la falta de presentación de balances contables ante la correspondiente

autoridad, los cuales no se efectuaron desde la fecha de constitución de la misma acaecida con fecha 7-12-1978 y la rúbrica de los libros societarios que datan del año 1988 – ver informe de fs. 301, e informe de fs. 300 emanado de la Inspección General de Justicia, que no fuera tampoco materia de impugnación. En este orden, merece señalarse que la última rubrica de los libros societarios data del año 1988 – ver informe de fs. 300 -. Pero ahonda aún más los indicios que llevan a la responsabilidad de los accionistas en los términos del artículo 54 de la ley 19.550, … Estos indicios logran trasuntarse en presunciones, que, al decir de Alsina, "son la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos (Tratado, tomo III, pág. 683). El artículo 163 inciso inciso 5 to. Determina que " las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando ("los indicios", el encomillado me pertenece) por su número, precisión, gravedad y concordancia , produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".- Los hechos referidos en el examen , revisten la calidad de precisos (son unívocos), graves (es decir tienen un alto grado de probabilidad) y son concordantes ,es decir debidamente entrelazados por puntos de inferencia y concurrentes hacia una determinada conclusión: la existencia de hechos que demuestran palmariamente la responsabilidad de los accionados . Es que, frente a la imposibilidad de una prueba directa o determinada, el juez debe ponderar esmeradamente el conjunto de las circunstancias anteriores, concomitantes y apreciarlo con soberana facultad para interpretar el "ánimus" (SCTúc. LL 44-602, citado Por Alonso I. y Giatti, J. "Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica"). Por su parte los demandados, … debiendo expresar que no han acreditado que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los arts. 101/112 de la ley 19.550, lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad, y no es menos cierto que en los instrumentos públicos mentados los partícipes han sido siempre los accionados. Asimismo, los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros. Balances, contratos con terceros, etc, es decir toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron está enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios controlantes para acreditar la realidad que perjudico a terceros. Aúnese a ello la grosera ausencia patrimonial del Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectado por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial, Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica (Cfe. Carballude v. s/ Quiebra, Vitolo, Daniel Roque "Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 22-12-2004). La responsabilidad debe extenderse a los socios cuando "…. La sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria" (Teoría de la desestimación de la persona jurídica" (Ramos Santiago J. SAIJ: DACF070024). Por lo cual y con sustento en estos argumentos, en el presente Acuerdo propongo que las críticas esbozadas sean rechazadas, debiendo confirmarse el decisorio recurrido." La sentencia es suscripta por el opinante OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE y el adherente JOSÉ BENITO FAJRE.

Es una sólida interpretación del sistema societario y de sus normas imperativas o indisponibles para sintetizar el abuso de control que impone la previsión responsabilizatoria del art. 54 in fine LGS por infracapitalización.

2.2. Sigamos con otro fallo sobre inoponibilidad que ilustran sobre responsabilidad ante daño. La CNCom, Sala C, Octubre 30 de 2014, en "Migal Publicidad SA contra Ti Intertele SRL sobre ordinario", sostuvo "… Si se advierte que la sociedad tiene por objeto dedicarse a operaciones comerciales relativas a productos de internet e informática y no se menciona nada relativo a la actividad gastronómica, a pesar de que la sociedad demandada ejercía actos ajenos a su objeto social al explotar un restaurante, surge evidente que la referida sociedad fue utilizada para llevar a cabo actividades extrasocietarias, en claro perjuicio de sus acreedores, tanto proveedores como empleados, esto es, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros. … La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado por la Ley 19.550: 2, en tanto no se violen las reglas superiores del ordenamiento jurídico; … Resulta aplicable el artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550 cuando actuando bajo la figura de la S.R.L. los socios han querido sustraer su propio patrimonio y responsabilidad del alcance de los acreedores…. Los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los "socios" y los "controlantes" de la sociedad; siendo éstos los únicos legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra de esta norma; en cuanto a la interpretación de la palabra "socios", no ofrece dificultades interpretativas, se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios; en tanto la responsabilidad de los "socios" puede verificarse tanto por acción como por omisión; y sin importar si son controlantes o no, como también lo ha advertido mayoritariamente la doctrina.

2.3. La CNCom, Sala B, agosto 29 de 2014, en "Bianchi Adrián Emilio contra Vanderbelt Group Ltda. Y otros sobre ordinario", expresó: "… Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos a terceros, o aun simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la inoponibilidad de esa personalidad jurídica. …Resulta lícito atravesar la personalidad societaria y captar la auténtica realidad que se oculta tras ella, con la finalidad de corregir el fraude o neutralizar la desviación, toda vez que, en tal caso, la sociedad configura un elemento por el que se intenta cubrir la responsabilidad patrimonial del verdadero responsable. … Ante la aplicación de la norma del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, el socio responde, no por una consecuencia del tipo legal sino por un acto disvalioso que él personalmente ha causado. …El tercer párrafo del art. 54 LSC determina que la actuación de la sociedad se imputa directamente a los socios que la hicieron posible y esto tiene su base en las normas derivadas del derecho común, entre otros, art. 1109 CCiv. … Corresponde la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando en la actividad ilegítima denunciada tuvieron necesaria participación las sociedades demandadas, quienes captaron inversores, emprendieron supuestos negocios jurídicos, para luego, denegaron la devolución tanto de los capitales aportados por sus clientes como de sus réditos; perjudicando a terceros con sus maniobras fraudulentas, siendo curioso que una de dichas compañías cancelara su inscripción en el Registro Público de Comercio con fecha tan próxima a este litigio; pues ello evidenciaría por parte de sus administradores un intento de eludir responsabilidades en calidad de partícipes; ya que éstos se encargaron de multiplicar la cantidad de clientes y perjudicaron a terceros con la falta de reintegro de sus inversiones. …Debe aplicarse la solución prevista en el artículo 54 in fine de la ley 19550 cuando consta que frente al infructuoso intento del actor de retirar los fondos de su cuenta individual, las sociedades involucradas en la operación no proporcionaron explicaciones y eludieron toda responsabilidad; desapareciendo y huyendo de todo contacto con sus clientes estafados, debiendo tenerse en cuenta, además, que ciertas operaciones realizadas por los entes demandados, y por las cuales éstos percibían comisiones, excedían el objeto del contrato social y carecían de la autorización de la Comisión Nacional de Valores (art. 6 , ley 17.811) para actuar en el

mercado. …

2.4. La CNCom, Sala F, mayo 13 de 2014, en la causa "Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica", consideró: "…La persona jurídica es un "recurso técnico" que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial. …El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se presenta como un remedio con el que se cuenta para descorrer la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 de la ley 19550…. y ello supone tener especialmente en cuenta que la ley 19550 exige que la actuación societaria -y la de sus órganos, socios y controlantes que guarden vinculación con la gestión patrimonial- se acomode al principio general de la buena fe (cciv 1198) y al ejercicio regular de los derechos (doctrina cciv 1071) …. Esta no se traduce ni en la caída del sujeto de derecho ni en el impedimento a su funcionamiento sucesivo, simplemente se dan las dos alternativas que como efecto práctico de la inoponibilidad prevé el art. 54 que son la imputación directa del obrar -responsabilidad por ende ilimitada-, y además una responsabilidad por daños y perjuicios, título distinto que está establecido por el mismo art. 54 y también la habrá cuando por vía de la desviación de la causa contractual, o como efecto empírico de la actuación posterior, se produzca el desbaratamiento del derecho de terceros….La naturaleza de la acción de inoponibilidad presenta algunas peculiaridades: (i) Es societaria pues se trata de una medida que tiene por objeto declarar irrelevante la diferenciación entre la personalidad del ente social y la de sus componentes (socios); (ii) Es accesoria desde que tiene sentido en tanto y en cuanto existe una actuación social encubridora, violatoria o frustratoria; y (iii) Es una acción declarativa toda vez que su finalidad se agota en la declaración. La sentencia que se obtenga será, dentro de la clásica división procesal, una sentencia declarativa o de mera declaración, cuyo objeto es la pura declaración de que ha acaecido el efecto desestimatorio de la personalidad societaria. …No se admite, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal prevista en el artículo 54 último párrafo de la ley 19550…. Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutivos de aportes -esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios….Habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. ….Como línea de principio el daño producido por una malformación de la estructura patrimonial societaria o por decisiones impuestas por socios o controlantes que la fuerzan a emprender actividades que exceden de sus posibilidades, no debe quedar excluido del ámbito de la norma del artículo 54 último párrafo de la ley 19550, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto…. ; d) La valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga y e) Únicamente se integró un 25% del capital social suscripto al momento de la constitución de la sociedad, que data del año 1991 (que ascendía a australes 2.800.000 -hoy $280-) y no hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante….Es dable sostener que la disponibilidad del

capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada….El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado…. La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más que trasladar los riesgos propios de la empresa hacia terceros y, por lo tanto, no se estaría llenando el presupuesto de dotación de capitales propios a la sociedad, resintiéndose el patrimonio social y la función de garantía frente a los acreedores…. Medió en consecuencia una infracapitalización agravada susceptible de quedar aprehendida como causal de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y ello aun cuando la cuestión pudiese ser analizada desde su perspectiva más restrictiva…La frustración de los derechos de los terceros -en este caso: acreedores sociales- encuentra su fundamento en la violación de una premisa tan sencilla como elemental: el patrimonio es la prenda común de los acreedores. …Ello pone en evidencia, además, una deficiencia en el cumplimiento de los requisitos esenciales que fluyen del artículo 1º de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios….La insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para hacerla actuar como recurso para violar la buena fe negocial así como para frustrar derechos de terceros, lo que hace aplicable el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme al art. 54, tercer párrafo de la LS. Justifica así que la actuación de la sociedad o las consecuencias de la misma, en este caso el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, y la misma situación jurídica falencial, se imputen a los socios o controlantes que la hicieron posible, siendo importante insistir en que la elección de esta vía puede resultar más apropiada que la extensión de la quiebra fundada en la LCQ 161, cuyos presupuestos pueden no estar configurados por el solo hecho de una deliberada subcapitalización de la sociedad…..La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores y para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo. …La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad. …No todos los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor, piénsese por ejemplo en los acreedores laborales que pueden carecer de información al respecto al decidir si trabajan o no para determinado empleador. …. La aplicación de la solución prevista por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550 al caso de infracapitalización societaria, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity."

Todos estos fallos son contundentes en la aplicación de la legislación societaria para responsabilizar a socios.

3. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

En el caso "Intervestimenta SRL" el dictamen fiscal había acogido con fundados argumentos la pretensión de declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica en relación a otras sociedades que habían colaborado en el vaciamiento de la fallida. La Cámara la obvió creemos por considerar innecesario ese paso, ante la responsabilidad por el dato total atribuído a todos los socios con responsabilidad limitada.

Nos cabe una duda: iniciadas las maniobras en el año 1992 y fallada esa responsabilidad en el año 2020, ¿el patrimonio de esos socios será suficiente para cubrir el daño? Quizá pasarán 20 años en dilucidarlo.

La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, que consideramos integra aquel sistema general, en orden a las relaciones de organización, aparece en el caso "Von Seiden" [98] que es una suerte de síntesis de ese orden imperativo en resguardo de terceros, rescatando la aplicación del art. 54 en su previsión final: "La actuación de la sociedad… para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadameante por los perjuicios causados".

La congruencia de esta fórmula normativa con las demás normas que hacen a la regular funcionalidad de la sociedad, permite resguardar a terceros y, sobre todo, recordar a los socios con supuesta responsabilidad limitada que, para mantener esa limitación, no deben cruzar ciertas líneas rojas –violar normas imperativas del sistema societario-, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo.

Al decir de Jesús Alfaro, la constitución de una sociedad por socios genera un centro de imputación provisional, obviamente diferenciado del patrimonio de los socios, agregamos. Pero la imputación diferenciada está condicionada al buen uso de la sociedad y que los socios no hayan violentado normas imperativas de la legislación para perjudicar a terceros.

Se afirma la utilidad que revisten en general "los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis"[99]. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.[100]

Apuntemos alguna jurisprudencia

3.1. La desestimación de la personalidad societaria debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla: circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico, aunque claro que ello no puede conducir a la introducción de restricciones irrazonables, que conviertan al dispositivo de la LSC 54, párrafo tercero, en letra muerta y que, además, carecen de expresa previsión legal. No admito, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal. El dolo es comprobable mediante el aporte de cualquier medio de prueba y la prueba de la incurrencia en dolo incumbe a quien alega haber sido víctima de dicho obrar.

CNCom, Sala F, Marzo 19 de 2019, "Medvedeff Víctor contra Yelda SA y otro sobre ordinario".

98 RICHARD, Efraín Hugo " RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS: UN FALLO SENCILLO Y EJEMPLIFICADOR", Revista de las Sociedades y de los Concursos", Ed. Fidas, pag. 87, Año 18 2017-3.

99 MIOLA ob. cit.pág. 1309.

100 RICHARD, Efraín Hugo "TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL", en Derecho Concursal, 10 años de reflexiones, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá 2017, pág. 195 y ss..

3.2.Cuando se denuncia el vaciamiento y trasvasamiento de activos de una sociedad a otra sociedad es usual que la configuración de tales extremos no pueda acreditarse por medio de prueba directa y que en la mayoría de los casos tal conclusión puede deducirse de la reunión de prueba indiciaria, entendiendo por indicio al hecho real, cierto (probado o notorio) del que se puede extraer críticamente la existencia de otro hecho no comprobable por medios directos, según la prueba aportada a la causa y que las presunciones constituyen, por su propia naturaleza, una prueba indirecta basada en el raciocinio.

CNCom, Sala D, Mayo 7 de 2019, "Pramac Ibérica SA contra Sincrolamp SA sobre ordinario".

3.3. Opinión doctrinal: Jesús Alfaro Aguila Real señala[101]: Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. - Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. - *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo.* - Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que las personas jurídicas son centros de imputación provisional (o, en otras palabras, centros de distribución de derechos y obligaciones) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en aislamiento*,* esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. - En este contexto, "levantar el velo" de la persona jurídica significa, en términos técnicos, *prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros,* bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de: imputación donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de extensión de responsabilidad a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél. …". Cita a la jurisprudencia norteamericana "son casos (In Hystro Products, Inc. v. MNP Corp., 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir.Nos. 12-1351, 12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería

101 ALFARO AGUILA REAL, Alfaro "Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo" (i) | Nov 17, 2015 | Derecho Civil, Derecho Mercantil, Lecciones | 5 Comentarios en Almacén de Derecho

societaria “to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation.””

4. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA POR OTRA VIA.

Revisemos una jurisprudencia que determina la responsabilidad solidaria de socios en una sociedad con responsabilidad limitada, generando una posición ejemplificadora.

Se trata de la resolución de la Cámara CIVIL - SALA C en la Ciudad de Buenos Aires, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diez y siete en los autos “VON SANDEN DE KLEIN ROSA CRISTINA C/ ANGELINO MIGUEL ANGEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, cuya lectura también aconsejamos. La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: sobre la prescripción, la integración de la litis y las causas por las que se les responsabiliza.

4.1. Lleva el voto el Doctor Diaz Solimine que delimitó la cuestión litigiosa: “La sentencia acogió el objeto de la pretensión de daños y perjuicios contra Miguel Angel Angelino, Nicolás Enrique Ruiz Guiñazu – luego desistido a fs.521 - y José María González de la Fuente al pago del crédito admitido en los autos “Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa Cristinas/ cumplimiento de contrato. Con costas.”

En primer término, trata la excepción de prescripción opuesta por los codemandados González de la Fuente y Angelino, que fuera desestimada. … El rechazo de la excepción es bien fundado, y quizá corresponda también señalar que dentro de la funcionalidad societaria como persona jurídica, juega el precepto del art. 56 de la hoy ley general de sociedades –LGS-, vigente desde el año 1972 que dispone “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según coresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

El valor expansivo de la sentencia es indubitable, aunque la ejecución directa de la misma pueda estar condicionada al tipo social (tipicidad de segundo grado), y cuando no hay responsabilidad por el tipo social asumido puede resultar la misma de otras normas de la ley, como sucede en el caso y esplicitaremos.

Ingresa el Camarista que lleva el voto en el tema central: la “responsabilidad” de los accionistas demandados: “Los apelantes se quejan del acogimiento de la pretensión, señalando que no se encuentra acreditada la responsabilidad invocada, ni la integración en la sociedad, peticionando su desestimación. En primer término, adentrándonos en las quejas, debo exponer que el carácter de socios integrantes de la sociedad condenada Birlen SA, ha quedado plenamente probado con los elementos colectados en el proceso.” Omitimos las cuidadas referencias subrayando que la defensa aparece en este aspecto como burda.

Continúa con precisión “Adentrándonos en la responsabilidad que les endilga, diversa es la prueba que lleva en forma unívoca a concluir como lo hizo el sentenciante de grado. En primer término, la inexistencia actual de la sociedad condenada Birlen SA en el domicilio constituido ante la Inspección General de Justicia – ver informe de fs. 289 - y actas de constatación de fs. 37/38. Otro claro y medular indicio es la falta de presentación de balances contables ante la correspondiente autoridad, los cuales no se efectuaron desde la fecha de constitución de la misma acaecida con fecha 7-12-1978 y la rúbrica de los libros societarios que datan del año 1988 – ver informe de fs. 301, e informe de fs. 300 emanado de la Inspección General de Justicia, que no fuera tampoco materia de impugnación. En este orden, merece señalarse que la última rubrica de los libros

societarios data del año 1988 – ver informe de fs. 300 -. Pero ahonda aún más los indicios que llevan a la responsabilidad de los accionistas en los términos del artículo 54 de la ley 19.550, … Estos indicios logran trasuntarse en presunciones, que, al decir de Alsina, "son la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos (Tratado, tomo III, pág. 683). El artículo 163 inciso inciso 5 to. Determina que " las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando ("los indicios", el encomillado me pertenece) por su número, precisión, gravedad y concordancia , produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica".- Los hechos referidos en el examen , revisten la calidad de precisos (son unívocos), graves (es decir tienen un alto grado de probabilidad) y son concordantes ,es decir debidamente entrelazados por puntos de inferencia y concurrentes hacia una determinada conclusión: la existencia de hechos que demuestran palmariamente la responsabilidad de los accionados . Es que, frente a la imposibilidad de una prueba directa o determinada, el juez debe ponderar esmeradamente el conjunto de las circunstancias anteriores, concomitantes y apreciarlo con soberana facultad para interpretar el "ánimus" (SCTúc. LL 44-602, citado Por Alonso I. y Giatti, J. "Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica"). Por su parte los demandados, … debiendo expresar que no han acreditado que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los arts. 101/112 de la ley 19.550, lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad, y no es menos cierto que en los instrumentos públicos mentados los partícipes han sido siempre los accionados. Asimismo, los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros. Balances, contratos con terceros, etc, es decir toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron está enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios controlantes para acreditar la realidad que perjudico a terceros. Aúnese a ello la grosera ausencia patrimonial del Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectado por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial, Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica (Cfe. Carballude v. s/ Quiebra, Vitolo, Daniel Roque "Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 22-12-2004). La responsabilidad debe extenderse a los socios cuando "…. La sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria" (Teoría de la desestimación de la persona jurídica" (Ramos Santiago J. SAIJ: DACF070024). Por lo cual y con sustento en estos argumentos, en el presente Acuerdo propongo que las críticas esbozadas sean rechazadas, debiendo confirmarse el decisorio recurrido." La sentencia es suscripta por el opinante OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE y el adherente JOSÉ BENITO FAJRE.

Es una sólida interpretación del sistema societario y de sus normas imperativas o indisponibles para sintetizar el abuso de control que impone la previsión responsabilizatoria del art. 54 in fine LGS por infracapitalización.

PENSANDO EN LA SALIDA DEL AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. IDEAS PARA MITIGAR LA CRISIS POST-PANDEMIA DE COVID-19

Efraín H. RICHARD - Jorge F. FUSHIMI

Publicado en: LA LEY 08/05/2020, 08/05/2020, 2 - Cita Online: AR/DOC/1500/2020

Resumen: Esto nos obliga a pensar en soluciones que no necesariamente serán nuevas, pero que se aplicarán en un contexto que es tan atípico que no cabe ninguna duda de que estamos frente a la madre de todos los paradigmas del caso fortuito y la fuerza mayor. Pero, además, no será una crisis económica local, sino que todos los países del orbe estarán en iguales condiciones, lo que llevará a que se imponga pensar desde una perspectiva que evite el pleito y el conflicto, y si este es inevitable, que evite llegar a la instancia judicial, y si se llega a la instancia judicial, que no derive en un proceso concursal.
Palabras claves: Pandemia - Derecho Economico - Obligaciones - Cumplimiento de la Obligacion - Cumplimiento del Contrato.

Abstract: This forces us to think of solutions that will not necessarily be new, but that will be applied in a context that is so atypical that there is no doubt that we are facing the mother of all the paradigms of the fortuitous event and force majeure. But, in addition, it will not be a local economic crisis, but all the countries of the world will be in the same conditions, which will lead to the imposition of thinking from a perspective that avoids litigation and conflict, and if this is inevitable, that it avoids reach the judicial instance, and if the judicial instance is reached, that does not lead to bankruptcy.
Key words: Pandemic - Economic Law - Obligations - Compliance with the Obligation - Compliance with the Contract.

I. Introducción

No es esta la primera colaboración de los autores, quienes nos hemos convocado mutuamente para tratar cuestiones que ameritan el tratamiento interdisciplinario, como diversos temas jurídicos, económicos y contables. Diversos grupos de trabajo nos encuentran colaborando de manera cooperativa, pensando y proponiendo medidas de diferente tenor, para elevar a las autoridades nacionales, como una contribución desinteresada de los académicos e investigadores del derecho mercantil, societario y concursal. La situación, absolutamente inédita en la historia de la humanidad y que motivó el dictado de las medidas de emergencia tendientes a proteger la salud y la vida de la mayoría de los habitantes del planeta, ha generado como consecuencia una crisis económica cuyos primeros aspectos salientes se están viendo y viviendo, pero que apenas son un indicio de lo que vendrá.

Esto nos obliga a pensar en soluciones que no necesariamente serán nuevas, pero que se aplicarán en un contexto que es tan atípico que no cabe ninguna duda de que estamos frente a la madre de todos los paradigmas del caso fortuito y la fuerza mayor. Pero, además, no será una crisis económica local, sino que todos los países del orbe estarán en iguales condiciones, lo que llevará a que se imponga pensar desde una perspectiva que evite el pleito y el conflicto, y si este es

inevitable, que evite llegar a la instancia judicial, y si se llega a la instancia judicial, que no derive en un proceso concursal.

Mientras los más eminentes estudiosos del derecho societario se preocupan por evitar que las consecuencias de la crisis acarreen responsabilidades para los empresarios leales y diligentes que fueron sorprendidos por eventos inéditos, y las causas de disolución por pérdida del capital, los juristas concursalistas se dedican a analizar las respuestas desde la perspectiva de la insolvencia, la cesación de pagos y la preinsolvencia; otros analistas del derecho estudian las consecuencias sobre los contratos, sobre las relaciones laborales, sobre las personas vulnerables, sobre el tratamiento de las personas condenadas a penas privativas de libertad (solo por tratar superficialmente algunos de los tópicos que preocupan a los operadores del derecho), y así la doctrina argentina se prepara para dar herramientas a las autoridades de los tres poderes a fin de que puedan responder de la mejor manera posible.

Quizás esto sea una de las pocas buenas cosas que aportará el virus SARS-CoV-2 a la historia.

II. La dimensión de la crisis global

Es fundamental, previo a cualquier análisis y propuesta, comprender la verdadera dimensión de la crisis global. La pandemia no solo ha afectado la actividad económica de nuestro país, sino que ha generado un paro total de la mayor parte de las actividades económicas en todo el mundo, sin distinción entre países desarrollados o en vías de desarrollo. Solo en los Estados Unidos de Norteamérica se han perdido 22 millones de puestos de trabajo; la Organización Internacional del Trabajo (OIT) prevé la destrucción de 12 millones de puestos de trabajo de tiempo completo en la Comunidad Europea (CE), mientras que solo España perdió alrededor de 900.000 puestos laborales.

Para entender la dimensión del paro de la actividad industrial, de transporte y generación de energía, valga el dato de que el petróleo crudo tuvo, por primera vez en la historia, valores negativos: operó (en fecha 20/04/2020) con valores que llegaron a US$ -37,63 el barril. Si bien se trata de cotizaciones de operaciones a futuro, en los hechos ello significa que se espera que la producción de petróleo supere holgadamente la capacidad de almacenamiento de las empresas extractivas y de las refinerías, y que —teóricamente— se pagaría un retorno al que acepte recibirlo y almacenarlo.

El Fondo Monetario Internacional, a través de su directora gerente, Kristalina Georgieva, anunció la disponibilidad de fondos por un billón de dólares estadounidenses (se refería al verdadero "billón", ya que en inglés empleó la palabra trillion) para asistencia financiera; la presidenta del Banco Central Europeo, Christine Lagarde, anunció fondos para los países de la CE con destino a la infraestructura sanitaria y asistencia para salida de la crisis por 500 mil millones de euros; el Banco Mundial anunció que dispondrá de US$ 160 mil millones para asistir financieramente a los países que lo requieran, en los próximos 15 meses; la CE ha previsto ayuda financiera por 100 mil millones de euros para evitar mayores perjuicios por la pérdida de empleos, y eso solo por ahora. Existiendo acuerdo en la necesidad de disponer enormes montos para reforzar la economía, la discusión se centra en si la ayuda será a fondo perdido o con reembolsos. Se prevé que el PBI mundial caerá hasta casi un 5% (se habla de un crecimiento negativo de entre el 2,3% y el 4,8%, según el Banco Asiático de Desarrollo), lo que implicaría pérdidas globales de entre 1,8 y 3,8 billones de euros.

Mientras tanto, para América Latina se prevé una caída del 5,3 del PBI de la región, y las

Naciones Unidas[102] prevén que "la tasa de pobreza en la región aumentaría en un 4,4% durante 2020 al pasar de 30,3% a 34,7%, lo que significa que 29 millones de personas quedarían en situación de pobreza. Por su parte, la pobreza extrema crecería en 2,5% pasando del 11,0% al 13,5%, lo que representa un ascenso de 16 millones de personas". Y, respecto del empleo, se prevé que "La tasa de desempleo se ubicaría en torno a 11,5%, un aumento de 3,4 puntos porcentuales respecto al nivel de 2019, que era del 8,1%. De esta forma, el número de desempleados de la región llegaría a 37,7 millones". La CEPAL[103] "estima una contracción de -1,8% del producto interno bruto regional, lo que podría llevar a que el desempleo en la región suba en diez puntos porcentuales. Esto llevaría a que, de un total de 620 millones de habitantes, el número de pobres en la región suba de 185 a 220 millones de personas; en tanto que las personas en pobreza extrema podrían aumentar de 67,4 a 90 millones".

En medio de esas expectativas tan negativas, la Argentina —antes de ingresar en la etapa de aislamiento social, preventivo y obligatorio— se encontraba en un proceso recesivo sin visos de finalización, con altas tasas de desempleo, pobreza e inflación, y —como si eso no alcanzara— en un nuevo default respecto de la deuda externa. Esos datos no son menores: en primer lugar, la salida de la crisis nos encontrará con escasas posibilidades de obtener financiamiento externo y con una negociación con los acreedores defaulteados que será —como todas— compleja, máxime en un mundo que necesitará de fondos. Si, por otra parte, los países centrales contraen deuda para superar sus crisis internas, ello acarreará una suba de las tasas de interés internacionales que hará complicado tomar deuda externa, si a ello le sumamos la tasa de riesgo país.

Si, como se prevé (y lo vemos con el ejemplo del petróleo), los precios de las commodities se desploman, la situación empeorará.

Solo se puede exhibir al mundo la adopción temprana de medidas rígidas tendientes a evitar la circulación del virus y un aprontamiento del sistema sanitario para atender la ola de infectados que necesariamente llegará en algún momento, que se preparó, dentro de lo que se pudo, de manera razonablemente eficiente.

Solo le quedará al Estado argentino la financiación vía tributos y vía emisión de dinero, lo cual tiende a generar las condiciones de una grave crisis financiera y económica.

III. Renegociación obligatoria

La situación económica, patrimonial-financiera, de los emprendedores es multifacética: abarca desde los —quizá pocos— que han hecho un muy buen negocio hasta los que han visto desaparecer en pocos días lo que era un buen negocio. Los especialistas comienzan a pergeñar múltiples ideas, particularmente consistentes en reformas a la legislación pre- y concursal, como respecto de la judicialidad, que aparece desde antes desbordada.

Ha quedado de manifiesto la masa poblacional marginada y alejada de sus magras fuentes de ingreso diario. Del Estado se requiere, de todos esos lados y muchos más, asistencia material y fondos.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes. Cada día se suman nuevos problemas y resulta difícil, si no imposible, que buenos hombres de

102 Ver https://news.un.org/es/story/2020/04/ 1473192.

103 Textual de la página web de la CEPAL: https://www.cepal.org/es/comunicados/covid-19-tendra-graves-efectos-la-economia-mundial-impactara-paises-america-latina.

negocios puedan asegurar la viabilidad futura de su actividad y las medidas, apoyos, financiamientos y condiciones para llevarla a cabo. La magnitud de la crisis local y global nos está demostrando que, por más que se actúe con la máxima lealtad y diligencia, no se puede asegurar nada ni prever normativamente todas las cuestiones que se susciten.

Esa disimilitud de situaciones, en un contexto en el que deberemos presumir la buena fe y sancionar cualquier conducta abusiva, impone la necesidad de un marco de neutralidad, donde nadie pueda agredir o ser agredido ni intentar los recursos judiciales o concursales habituales. Entiéndasenos: no nos oponemos a ninguna de las variadas y creativas e inteligentes propuestas que se formulan para la etapa de preinsolvencia y para las normas concursales, ya que en general entendemos que, hoy por hoy, todas las actividades económicas se encuentran en etapa de preinsolvencia o en zonas limítrofes a la cesación de pagos y la insolvencia.

Pero no podemos centrarnos solo en la faz concursal. Los procesos concursales acarrean altos costes de transacción; son procesos lentos, y lo seguirán siendo con las reformas que los mejores concursalistas de nuestro país proponen. Esto tiene dos explicaciones: los tribunales que entienden en procesos concursales están atiborrados de trabajo anterior a la pandemia, producto de los largos meses de recesión económica. La lluvia de nuevos procesos no colaborará con la fluidez procesal, máxime conociendo la "cultura abogadil argentina". Por otra parte, cada proceso que se abra generará un efecto cascada o de arrastre, ya que cada concurso acarreará la cesación de pagos de sus acreedores. Por eso pensamos que se debe buscar una alternativa previa de regularización de las relaciones jurídicas y económicas, que no necesariamente ha de ser de naturaleza preconcursal[104], pero que quizá pueda aventar parte de los problemas de viabilidad de la actividad.

Proponemos un período de renegociación, en el marco de la continuidad —eventualmente atenuada— de las ayudas del Estado para satisfacer salarios. La obligación de renegociar es la propia de los contratos de larga duración, donde una parte intenta una rescisión y se le impone previamente aquella actitud —art. 1011, Cód. Civ. y Com.—, actitud que no es extraña ante el caso fortuito o la fuerza mayor, que se corresponde con la pandemia que estamos padeciendo. La enorme heterogeneidad de las relaciones económicas de toda índole que se llevan a cabo en una economía y que se verán afectadas[105] no permite enumerar todo aquello que deba ser renegociado. No enfrentamos solo problemas dinerarios, sino respecto de la continuidad o el cumplimiento de los contratos.

Se trata de rescatar el principio del art. 9º, Cód. Civ. y Com., y las actitudes positivas del hombre, como volviendo a la sencillez del pasado, cuando los contratantes en disputa resolvían los conflictos en pocas horas, mirándose a la cara y dándose razones: "A verdad sabida y buena fe guardada", logrando una solución inmediata al diferendo.

La renegociación permitiría, en cada caso, determinar soluciones cooperativas —en colaboración o participación— o la imposibilidad de ellas que impusiera el concurso, pero midiendo la magnitud real del problema.

Como conclusión (de este acápite) se nos ocurre una previsión normativa especial, que sin duda

104 En similar sentido que nosotros, Juana Pulgar Ezquerra reflexiona "sobre la preparación de un escenario futuro de reconstrucción a través de la restructuración empresarial, con soluciones amistosas al margen de los procedimientos tradicionales concursales"; PULGAR EZQUERRA, Juana, "Reestructuración empresarial y alarma COVID-2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia", Diario La Ley, 9608, España, 2020.

105 Nuestra propuesta no se basa solo en renegociar respecto de las relaciones laborales, comerciales usuales, locativas, bancarias o similares. Habrá promesas de contratos que se romperán, compromisos de donaciones a entidades sin fines de lucro que no podrán cumplirse, planes trienales de fundaciones, prestación de servicios profesionales, etc.

debe merecer perfeccionamiento:

"Hasta los ... días[106] posteriores a que el Poder Ejecutivo lo disponga, las personas humanas y jurídicas sociedades que tengan diferendos o dificultades en el cumplimiento de sus recíprocas relaciones, deberán negociar:

"1. Con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

"2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes, conforme a cada rubro.

"3. Con el Estado negociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal. Los planes que se concedan deberán serlo sin necesidad del cumplimiento de otros requisitos formales adicionales al trámite en sí mismo, sin perjuicio de que tales requisitos puedan ser cumplimentados con posterioridad, en plazos amplios y razonables, como condición de mantenimiento del plan. Se invita a las provincias y a los municipios para que otorguen facilidades en similar sentido.

"4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a distribución de dividendos como a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país. Los emprendedores personas humanas podrán generar sociedades unipersonales sin trámite alguno si fuere necesario para lograr arreglos con sus acreedores.

"Quienes omitan esas negociaciones no podrán con posterioridad intentar remedios concursales o de renegociación previstos por la legislación común, sin perjuicio de quedar firmes las soluciones alcanzadas".

IV. Fresh money a la criolla

Esta parte de nuestra propuesta trata de lograr financiación bancaria para las mipymes, con un régimen de garantías que les permita acceder a tasas de interés que estén en relación con las ganancias que obtienen las empresas, y no en relación con la tasa de referencia que fija el BCRA, que fija valores que resultan inaccesibles para las empresas. Es una parte necesaria de la renegociación obligatoria. Es decir, es necesaria la asistencia financiera[107], no solo para evitar el concurso, sino para mantener la actividad en la medida de su viabilidad.

Dado que no concebimos el pensamiento mágico de creer que las entidades financieras accederán a reducir las tasas de interés y facilitar dinero, por más que sean invitadas e instadas a ello, procuramos que la propuesta guarde visos de racionalidad económica, a fin de que los incentivos para la baja de las tasas sean efectivos, reales y sencillos de aplicar, y por ello

106 Los autores consideramos que el plazo de renegociación obligatoria debe ser fijado por el Estado, atento a las razones políticas y sociales que se consideren relevantes.

107 En igual sentido que nosotros: PULGAR EZQUERRA, Juana, "Reestructuración empresarial...", ob. cit. De otro lado, y no menos importante, debe incentivarse y en su caso propiciarse la financiación necesaria a las empresas y en particular a las pymes, para atender a sus necesidades, de momento transitorias, de liquidez. Son necesarias, por tanto, "legislaciones de emergencia" y en particular en el ámbito preconcursal, concursal y de financiación de empresas, limitadas al período de alarma y sus eventuales prórrogas.

proponemos un régimen de garantías subsidiario.

En el título consignamos "a la criolla", porque tiene un componente propio, cual es el de la garantía que proponemos, atento a las particulares formas, modos y costumbres de las entidades bancarias argentinas. No es el clásico instituto financiero preconcursal, y vamos a ver por qué decimos eso, sin perjuicio de que nada obsta a que tenga tratamiento en la ley concursal. En esta crisis, prácticamente la mayoría de las mipymes estarán en zona de preinsolvencia.

IV.1. Fresh money

Se denomina así al mecanismo de financiación de empresas en dificultades económicas y financieras[108] a través del cual las entidades financieras prestan dinero "fresco" dentro del marco de negociaciones de refinanciación; en caso de concursarse el beneficiario, aquel será considerado como gasto prededucible dentro del proceso. El concepto requiere de dos aspectos: la refinanciación y el ingreso de fondos frescos, y solo los fondos frescos serán los que gocen de la preferencia de la prededucibilidad[109]. No debe confundirse el fresh money, herramienta de financiación previa a la insolvencia y para evitarla, con el fresh start a través del financiamiento postconcursal, algo que no tratamos en este punto, sin negar su fundamental importancia y sin que ello implique negar su relevancia como herramienta para superar la crisis económica y financiera de las empresas ya concursadas o en trámite falencial.

El instituto ha sido receptado en diversas legislaciones concursales, como la italiana, la española y la francesa. La solución española de considerar prededucible solo al 50% y el resto considerarlo como crédito con privilegio general ha sido objeto de críticas, en particular por los sectores vinculados al mismo sector financiero, atento a que no resulta tan atractiva la solución. El art. 71 bis de la ley concursal española (ley 22/2003 y sus modificaciones) trata sobre "los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, cuando: a) En virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y b) Con anterioridad a la declaración del concurso". El art. 84, inc. 2º, párr. 11, de la misma ley es el que concede privilegio general.

Ahora bien, hay tres puntos que podrían dificultar este acceso: a) el primero es que se requiere un plan financiero que puede ofrecer complicaciones al deudor que recurre a estas formas de crédito; b) puede ocurrir que las garantías ofrecidas no resulten atractivas para la entidad

108 "Parece que no plantea discusión el hecho que una estrategia tendiente a la reestructuración de una empresa que atraviesa una situación de crisis económica, pasa por obtener financiación de sus clientes y proveedores para continuar con su actividad, y una inyección de tesorería, de liquidez, distinta de la que genere la actividad empresarial del deudor (que por mor de la crisis que soporta, habitualmente será escuálida) y, por lo tanto, proveniente de un tercero, vinculado o no al deudor, con la que poder afrontar los gastos e inversiones precisos para solventar las dificultades económicas que sufre y, de este modo alcanzar la viabilidad y continuidad de la deudora. Esa inyección de liquidez es el llamado fresh money", AZNAR GINER, Eduardo, "La reforma concursal del real dec.-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 05/01/2014, p. 224, Microjuris.

109 Dasso expresa que "No se trata de un privilegio en razón de la categoría del crédito financiero, exclusivo o singular de la banca o institución prestamista sino simplemente de la consideración, del incremento de riesgo asumido por el financista atendiendo a la situación económica del deudor (do ut des)", DASSO, Ariel Á., "El concurso y su financiación", Revista Deconomi, año I, nro. 21, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0002-N01-DASSO.pdf.

financiera; y c) que la entidad financiera considere riesgoso que el deudor, con pocas garantías, se presente en concurso y que pueda recuperar su crédito en la instancia concursal, con los costes de transacción que ello implica.

IV.2. "Fresh money" aportado por socios y controlantes

Hasta aquí hemos considerado las renegociaciones y los aportes de fondos frescos solo por parte de los acreedores financieros, y podríamos extenderlo, tal vez, a ciertos proveedores que no solo refinancian, sino que acuerdan la entrega de mercancías o servicios de manera anticipada. Pero no hemos incluido entre los aportantes del fresh money a los socios ni a los controlantes de la sociedad. Apuntamos que algunas ideas que hemos referido respecto de la renegociación obligatoria de buena fe pueden comportar la capitalización de pasivos, que tiene efectos similares sobre la caja del emprendimiento, incluso por los convenios con proveedores.

En primer lugar, entendemos que es obligación del socio mantener debidamente capitalizada a la sociedad. Esto como regla general, conforme a las previsiones imperativas de la ley societaria, tanto por la tipicidad de la relación —art. 1º, LGS— como por la opción imperativa que impone a los socios, ante la infracapitalización, solucionarla —art. 96, LGS— por sí o por terceros. Por otra parte, reconocer el carácter de prededucibilidad de los desembolsos anticipados efectuados por los socios implica todo lo contrario a lo sostenido por la doctrina en general, que considera a tales aportes como créditos subordinados, y así lo habían receptado el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades del año 2019 e importante jurisprudencia previa. En rigor, los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital no son sino fondos frescos aportados que están en una especie de "limbo" contable, ya que transitoriamente son una cuenta del patrimonio neto, y al cabo de un plazo no determinado por ley (aunque sí por algunas reglamentaciones administrativas) son convertidos en pasivos. Estos pasivos siempre deben ser considerados como subordinados, y jamás como créditos prededucibles, en caso de concurso o de quiebra.

En segundo lugar, aunque estemos de acuerdo con que el fresh money no goza de privilegio, sino que se trata de un gasto prededucible en el concurso, cualquier cláusula que rija en tal sentido encuadrará en el art. 13, inc. 3º, de la LGS (estipulación que asegure al socio su capital o las ganancias eventuales) y será siempre, aun cuando no estuviere contemplada en el instrumento constitutivo, una estipulación nula. Ello, sin contar con que el art. 1º de la LGS pone en cabeza del socio la obligación de soportar las pérdidas, y si ese mismo socio puede retirar los fondos frescos aportados como un gasto prededucible y luego intenta trasladar el quebranto por opinables quitas a los acreedores o la situación deviene en quiebra, se producirá el contrasentido de que las pérdidas serán soportadas solo por los acreedores. Esa es la razón por la cual los aportes no capitalizados de socios y controlantes deben subordinarse: porque solo los recuperarán una vez cancelado íntegramente el pasivo, forma natural de que el socio recupere sus aportes.

IV.3. Garantías

¿Cuál es el incentivo para que las entidades o los acreedores externos no financieros decidan realizar aportes de fondos frescos? No se puede partir de conceptos autoritarios ("debe financiar") o de conceptos emotivos extraeconómicos, como la solidaridad o la responsabilidad social ("les hablé con el corazón y me respondieron con el bolsillo"). Las empresas y las entidades financieras solo son socialmente responsables o solidarias si la observancia de esa conducta las lleva a una ganancia superior a la que tendrían si no lo fueran. El incentivo, pues, debe ser económico.

Ahora, simultáneamente, más arriba hemos hablado de la necesidad de que el financiamiento no se haga sobre la base de tasas de interés meramente financieras, o tomando como referencia

las tasas que fija el BCRA, ya que, si estas son superiores a la tasa de rentabilidad de la empresa asistida, el problema no se solucionará y los fondos frescos no serán un alivio, sino una carga. Y, nuevamente, la tasa de interés no baja por el criterio de autoridad ni por criterios emotivos. La tasa de interés baja, si hay garantías de repago, al reducirse el riesgo de la operación. De lo contrario, cualquier entidad financiera colocará los fondos en otras formas de inversión que garanticen menor riesgo y mayor rentabilidad (como las letras y los bonos que emite el BCRA).

Por ello, hemos tomado el modelo de las sociedades de garantía recíproca, para que las mipymes puedan tener acceso al recurso del fresh money propuesto. Pero el concepto sería que el Estado (nacional, provincial, municipal) pueda crear un fondo de garantía, formado con parte de lo recaudado con tributos de afectación específica, y que las mipymes "compren" las garantías del Estado, a fin de que el Estado no resulte perdedor en las transacciones.

Las mipymes que pretendan ser beneficiarias deberían suscribir una cuotaparte del capital de la sociedad de garantía recíproca (que bien podría ser un canon de acceso a un fondo fiduciario, si es que no se pretende que sea una Sociedad de Garantía Recíproca, sino un fondo fiduciario). Ello daría derecho a la mipyme a resultar beneficiaria de la garantía del Estado, que —como explicamos— deberá haber dispuesto un fondo de garantía. La idea es que la garantía no tenga costo cero para la empresa que lo requiere, ya que lo contrario sería financiar aventuras.

La garantía debería ser liquidable a primera demanda, en caso de presentación de la mipyme en concurso preventivo, y el Estado, subrogarse automáticamente en los derechos de la entidad financiera y, consecuentemente, percibir su crédito como gasto pededucible. Ello también garantizaría de alguna manera que el Estado pueda recuperar, aunque sea en parte, el monto garantizado en caso de quiebra. A la entidad financiera se le asegura una inversión muy segura, lo que le permitiría aplicar las tasas de interés que proponemos más arriba.

IV.4. Plan financiero y control contable

En el caso español se requiere la presentación de un plan financiero[110] y un seguimiento contable a través de auditores[111]. Esto, transitoriamente, podría ser una complicación. Según algunos estudios[112], un 3% de las pymes expresa que no pueden acceder a financiación bancaria por defectos en la contabilidad o carencia de ella, y un 21% alega "complejidad en los trámites", algo que debe entenderse también asociado a la falta de disponibilidad de información confiable y pertinente, ya que cuando se cuenta con ella no existe la dificultad. No proponemos una amnistía contable, sino que lo analizamos en dos dimensiones: por un lado, como una razón para comenzar a llevarla; y, por otro lado, no lo convertimos en una dificultad para el acceso al fresh money.

110 AZNAR GINER, Eduardo, "La reforma concursal...", ob. cit.: "El plan de viabilidad, requisito básico y esencial, pues el acuerdo debe responder al mismo, no se constituye en garantía o exigencia del buen fin del acuerdo de refinanciación ni de la continuidad de la empresa, habiéndose afirmado con acierto que no puede exigirse que el plan tenga éxito, sino únicamente que esté bien elaborado y que sea racional en sus previsiones, conclusiones y 'recetas', de tal forma que el cumplimiento del requisito no puede hacerse depender de lo que realmente suceda después".

111 Uno de los autores ha expresado: "Por último la preocupación de la fresh money a que atienden normas de 'preconcursalidad'. Como ex funcionario bancario —y ahora en la práctica profesional— sea con posterioridad a la homologación de un acuerdo legal, como en casos de soluciones por reorganización societaria, jamás se niega apoyo a la sociedad que presenta un equilibrado plan de negocios y exhibe documentación contable aceptable, particularmente cuando vincula el aporte económico —al estilo de lo autorizado por la reforma societaria italiana— a negocios participativos, alejadas las incorrectas dudas sobre el alcance del art. 30, LSA, o en la nueva modalidad aceptada por el art. 1531 del Proyecto de Cód. Civ. y Com.", RICHARD, Efraín H., "Insolvencia societaria en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-B, 708, AR/DOC/6080/2012.

112 PWC, "Expectativas 2019. Pymes en Argentina. 6ª encuesta a pymes de PWC Argentina".

Por ello, a fin de evitar dificultades en el ingreso al régimen de garantías, se propone que una vez acordado su otorgamiento se imponga a la mipyme beneficiaria el deber de rendir cuentas y presentar un plan que demuestre que el importe de refinanciación podrá ser abonado y que también permita al organismo estatal o fondo fiduciario seguir la evolución de la empresa (a través de la información que pueda centralizar la AFIP sobre ventas, compras, gastos, tributos, salarios y aportes y contribuciones al régimen de la seguridad social; y la entidad financiera, sobre ventas mediante tarjetas de crédito, tarjetas de débito, etc.). Es decir, el Estado cuenta con los medios y los recursos para ir siguiendo la evolución de la empresa garantizada y hacer las previsiones necesarias para evitar que su eventual falencia sin activos afecte la sustentabilidad de la SGR o del fondo fiduciario. Esta propuesta, entendemos, no cierra las puertas, sino que se vale de los recursos informáticos con que cuenta el propio Estado para hacer el seguimiento. Obviamente, se necesitará la autorización expresa del empresario para que la AFIP pueda compartir información, o bien una reforma al art. 101 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario y sus modificatorias. Estimamos más sencillo que el propio cliente otorgue la autorización expresa al organismo fiscal para que se comparta la información financiera para evaluar su evolución.

La garantía estatal siempre deberá ser subsidiaria, ya que, si la mipyme cuenta con garantías reales o personales o avales suficientes, a juicio de la entidad financiera, no será necesario recurrir a la garantía que proponemos.

V. Declaración de inembargabilidad de todas las cuentas bancarias

Esta posición ya ha sido postulada por uno de los autores[113]. La disponibilidad de una cuenta bancaria ha sido definida por Eduardo Favier Dubois como un "derecho humano de quinta generación", que —dado el estado actual de la bancarización y el uso de medios electrónicos de pago— no puede ser restringido, alterado o suprimido, y menos aún a la salida de la crisis: salarios, ayuda social, haberes jubilatorios, cobranzas por ventas a plazos, comercio electrónico, etc. Para no reiterar conceptos ya vertidos, expresamos las conclusiones que surgían de aquel trabajo y que guardan relación con este (es decir, hemos prescindido de otras conclusiones no vinculadas al tema que nos convoca):

1) Las cuentas bancarias (cuentas corrientes, cajas de ahorro, cuentas sueldo, cuentas de la seguridad social, cuentas judiciales) son esenciales para el desarrollo de cualquier actividad económica que se desarrolle dentro del marco de la ley, conforme a las normas argentinas que requieren de bancarización.

2) El embargo de tales cuentas no hace sino cercenar elementales derechos constitucionales, tales como el derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita; a comerciar; a usar y disponer de su propiedad; a asociarse con fines útiles (ya que no se podrían realizar aportes de capital). Cercena, además, los derechos laborales del art. 14 bis de la CN, y el derecho de propiedad consagrado por el art. 17.

3) El embargo preventivo de fondos líquidos, recaudaciones y fondos depositados en cuentas bancarias (incluyendo depósitos a plazo fijo) siempre acarrea su secuestro, lo cual implica una confiscación fáctica de fondos, que está absolutamente prohibida por la Constitución Nacional. En efecto, los fondos pasan del particular a estar a disposición del tribunal ordenante de la medida,

113 FUSHIMI, Jorge F., "Hacia la necesaria declaración de inembargabilidad de las cuentas bancarias. O la muerte civil por imposibilidad de llevar adelante cualquier actividad económica", RDCO 300-145, AP AR/DOC/151/2020.

por lo que pasan a la órbita del Estado.

4) Los embargos de cuentas bancarias (incluyendo depósitos a plazo fijo), fondos líquidos, recaudaciones y otros depósitos siempre ocasionan perjuicios al embargado. Estos perjuicios van mucho más allá de la incomodidad o molestia que puede generar un simple embargo de bienes (muebles, registrables o no, o inmuebles). Acarrean perjuicios tangibles.

[...]

6) Los perjuicios que ocasionan los embargos referidos deben ser reparados con la contracautela.

7) Los jueces concursales han comprendido mucho mejor la necesidad de la disponibilidad de cuentas bancarias para la continuación del giro del negocio del concursado preventivo, y por eso ordenan medidas que pueden ser cautelares atípicas, medidas "anticautelares"[114] o medidas autosatisfactivas.

8) Entonces, se produce la paradoja de que los jueces que entienden en causas de sujetos en cesación de pagos, en procesos universales, autorizan el uso de cuentas bancarias, mientras otros jueces que entienden en causas de sujetos in bonis, en procesos singulares, restringen e imposibilitan el uso de cuentas bancarias al punto de llegar a generar una asfixia financiera o económica al embargado, lo que va mucho más allá de los objetivos de las medidas cautelares. Esto podría forzar al embargado a solicitar su concurso preventivo, al solo fin de evitar caer en cesación de pagos y poder continuar con el giro normal de su negocio, aunque bajo la vigilancia del síndico.

9) Los embargos preventivos tienen la finalidad de toda medida cautelar: es decir, asegurar derechos, para lo cual se requiere que se acredite la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y que se ofrezca contracautela suficiente. No pueden concederse a primera demanda en procesos laborales, donde no siempre se exigen cautelares efectivas que garanticen la reparación del daño.

10) Es decir, los embargos no pueden ocasionar perjuicios ni ser utilizados como medidas coercitivas o medidas para compeler al demandado a nada, ni siquiera para negociar. Mal pueden ser concedidas para dotar al actor de un medio de presión absolutamente antijurídico y contrario a la actuación preventiva del embargo. Menos aún en épocas de crisis generalizada, ya que solo contribuirán a agravar la situación y a dificultar más cualquier vía de salida posible.

11) En nuestra propuesta de renegociación obligatoria, las medidas cautelares sobre cuentas bancarias deben ser levantadas sin más, por imperio de la ley o de la norma jurídica que trate el tema.

12) Asimismo, se debería requerir, previo a la orden de cualquier embargo sobre cuentas bancarias, que se adopten los recaudos para evitar el embargo de cuentas sueldo y cuentas de la seguridad social y que estas puedan ordenarse en debida forma.

[...]

15) Los bancos deben asumir responsabilidad empresaria, haciendo saber al juez ordenante sobre la improcedencia de los embargos sobre cuentas sueldo y cuentas de la seguridad social, salvo en la proporción que la ley admite. Asimismo, en todos los casos, primero se deberían atender los descubiertos bancarios y demás obligaciones que el embargado debe cumplir para con la

114 Empleamos el término acuñado por BOTTERI, José D., "La precautoria anticautelar en la demanda de concurso preventivo", Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE), t. XXX, septiembre de 2018.

institución, y luego los embargos ordenados, ya que de lo contrario se generan graves perjuicios financieros para el embargado, como rechazo de cheques, aumento de las tasas de interés por descubierto bancario, excesivo plazo de duración de los descubiertos bancarios, caída de la credibilidad del titular embargado por el rechazo de los cheques (aun estando in bonis), entre otros. Debería tenerse especial cuidado respecto de las normas que tutelan al cliente bancario como consumidor bancario.

VI. Conclusiones

La crisis económica y financiera post COVID-19 va a tener consecuencias impensadas, por su carácter no solo local, sino también regional, continental y mundial. Ningún país, ningún continente, ningún grado de desarrollo será indiferente a la crisis económica. No solo las relaciones económicas se verán afectadas, sino también las sociales, políticas, ambientales, etc. Por razones metodológicas, solo nos hemos concentrado en algunas de las consecuencias económicas y financieras y, modestamente, hemos tratado de acercar algunas herramientas que consideramos fundamentales:

a) Negociar, renegociar y volver a negociar, dentro de la buena fe y como condición previa a cualquier remedio concursal. La buena fe negocial no solo es un requisito básico; debe ser el norte que guíe el sendero de salida de la crisis.

b) Nuestro concepto de negociar y renegociar se extiende a todas las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, salvo los casos de abuso o fraude, que por imperio de los arts. 9º, 10, 11 y 12, Cód. Civ. y Com., quedan siempre excluidos. Obviamente, no se limita a las relaciones dinerarias, sino a todas las relaciones jurídicas de la actividad empresarial.

c) La salida de la crisis requiere de fondos. Fondos ingentes son inyectados por los Estados más poderosos y por organismos multilaterales, a los que a la Argentina le costará acceder, atento a su situación de default.

d) Por ello será necesario inyectar fondos frescos para refinanciar pasivos y reactivar las empresas, pero —para que no sea una utopía— deben ser financiados a tasas razonables que guarden relación con la ganancia propia de la actividad empresaria, y no con las tasas testigo que fije el BCRA, ya que ello hará inaccesible el crédito.

e) Para bajar el costo del dinero hace falta seguridad y una baja de los costes de recupero del crédito. Ello se traduce en menores previsiones y menor tasa de riesgo, lo que necesariamente reduce la tasa global de interés.

f) Para dicha baja, proponemos un régimen de garantía que sea sustentable y donde el Estado no tenga el papel de financiador a fondo perdido, sino que tenga la posibilidad de recuperar todo o parte del monto afectado. No todo puede ser a fondo perdido, no todo puede ser reembolsable. La crisis así lo impone y nos lo demuestra el nivel de discusión actual en la CE.

g) Simultáneamente, es necesario tomar medidas que impliquen el reconocimiento de las cuentas bancarias como un derecho inalienable inherente a la actividad económica (no solo mercantil).

h) Obviamente, la emisión dineraria que se requiere del Estado por las particulares circunstancias (no aumento de combustibles, tarifas ni salarios) no debería generar inflación ante la limitación de los requerimientos operativos. Por otra parte, el Estado tiene —a través de sus tres

poderes— herramientas jurídicas para sancionar remarcaciones que no se correspondieran a reales costos. Hoy la virtualidad a que nos estamos acostumbrando debería, sin afectar la libertad de comercio, informar las razones de cualquier aumento.

i) La obligación impuesta para renegociar permitirá clarificar el futuro operativo y las verdaderas necesidades de dictar otras leyes de emergencia en lo jurídico, preparar a los tribunales o decidir aliviarlos y pergeñar reformas transitorias o definitivas a las leyes de Sociedades, de Concursos o de Lealtad Comercial.

Solo pretendemos que una Ley de Renegociación Obligatoria permita el reencuentro dentro de la pandemia económica, como el aislamiento permitió paliar la pandemia sanitaria, y que ese reencuentro nos permita repensar las estructuras societarias empresariales, forjando nuevos canales de entendimiento para afrontar las larguísimas crisis que aquejan a nuestro país, al margen de toda ideología, incluso para integrar a las personas marginadas que han quedado aún más en evidencia en esta trágica coyuntura.

LA "VIRALIZACIÓN" DE LA INSOLVENCIA

Francisco JUNYENT BAS

Resumen: La crisis económica ya bulle y golpea fuertemente en nuestro país, pese a las medidas tomadas por el gobierno y a que en algunas provincias se comienzan a reactivar algunos sectores en lo que se llama "cuarentena administrada".
A ello debe adicionarse que Argentina no viene de un proceso de bonanza económica, sino todo lo contrario, por lo cual estas circunstancias han agravado la situación de las empresas y por supuesto de las economías domésticas y del consumidor, a quien no podemos dejar de referenciar especialmente.
Todo lo dicho permite avizorar gran cantidad de presentaciones concursales apenas se normalice la actividad tribunalicia.
Palabras claves: Crisis económica – Concurso – Economía del consumidor.

Abstract: The economic crisis is already bustling and hitting strongly in our country, despite the measures taken by the government and the fact that in some provinces some sectors are beginning to reactivate in what is called "managed quarantine".
To this it must be added that Argentina does not come from a process of economic bonanza, but quite the opposite, for which these circumstances have aggravated the situation of companies and of course of the domestic and consumer economies, to which we cannot fail to refer. especially.
All that has been said allows us to see a large number of bankruptcy filings as soon as the judicial activity is normalized.
Key words: Economic crisis - Competition - Consumer economy.

I. La "cuarentena" como medida sanitaria y su impacto en la actividad económica.

I. 1. Breve reseña introductoria

La "pandemia" conocida como Coronavirus COVID-19, según definición de la O.M.S., se ha convertido en una de las "plagas" más fuertes y trágicas que ha sufrido la humanidad desde que este cepa del virus fue descubierta en el pueblo de Wuhan, China, y tuvo su réplica en Europa central, siguiendo por países como Alemania, España, Italia, Francia, Gran Bretaña, Suecia, Noruega, etc para finalmente llegar a nuestro Continente, tal el caso de EEUU., Brasil, Chile, México, para citar sólo algunos países, todo lo cual es de público conocimiento.

Su llegada a nuestro país motivó una serie de medidas tomadas por el Poder Ejecutivo Nacional a través del dictado de una serie de Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU), especialmente el 260/20 por medio del cual se decidió la ampliación de la declaración de emergencia pública establecida por la Ley 27.541, y, fundamentalmente el DNU 297/20 que dispuso el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (en adelante ASPO) que importa "la obligación de todos los ciudadanos de permanecer en sus residencias y abstenerse de circular y concurrir a sus lugares de trabajos", desde el 20 de marzo de 2020 hasta el presente, mediante sucesivas prórrogas, en lo que se ha denominado "coloquialmente" como "cuarentena", siguiendo en esto las medidas tomadas en los países centrales.

Este fue el consejo brindado por los expertos, en su mayoría infectólogos, que asesoran al Poder Ejecutivo con el fin de prevenir la circulación y el crecimiento "exponencial" de los contagios y lograr "el aplanamiento de la curva" a los fines de poder sortear lo más sanamente o con la mayor capacidad de respuesta por parte del sistema sanitario a esta enfermedad producida por el COVID 19.

I. 2. El "parate" económico; la ruptura de la cadena de pagos y la insolvencia.

Como consecuencia de este aislamiento, las actividades económicas del país se han visto forzadas a "detenerse", dicho derechamente se ha "frenado el quehacer empresario", con excepción de aquellas expresamente habilitadas por considerarse servicios esenciales, sin perjuicio de la caída de actividad también en estas áreas.

Así, todas las actividades se han visto afectadas de alguna manera, o bien por un cierre temporal (e indefinido) o por limitaciones en la forma u horarios de atención, lo que ha significado una merma o inexistencia de facturación de bienes y servicios, con el consiguiente "corte" en el "flujo de fondos" de las empresas e ingresos entre los monotributistas y trabajadores informales, impactando fuertemente en la relación de empleo, con la suspensión de los trabajadores y pagos parciales de salarios, amén de los despidos que se vienen produciendo como "goteo" incesante.

Esto ha colocado a más de 230.000 Pymes, según datos de la UIA y otras entidades, en una situación realmente grave, al igual que a una gran cantidad de monotributistas que se han visto impedidos de ejercer su actividad económica, todo lo cual al "romper" la "cadena de pagos" los coloca en estado de "crisis", "cesación de pagos, sobreendeudamiento y/o insolvencia.

La crisis económica ya bulle y golpea fuertemente en nuestro país, pese a las medidas tomadas por el gobierno y a que en algunas provincias se comienzan a reactivar algunos sectores en lo que se llama "cuarentena administrada".

A ello debe adicionarse que Argentina no viene de un proceso de bonanza económica, sino todo lo contrario, por lo cual estas circunstancias han agravado la situación de las empresas y por supuesto de las economías domésticas y del consumidor, a quien no podemos dejar de referenciar especialmente.

Todo lo dicho permite avizorar gran cantidad de presentaciones concursales apenas se normalice la actividad tribunalicia.

II. La Insolvencia "global"

II. 1. La caracterización de la crisis económica como "global y sistémica"

Hoy nos encontramos con una situación absolutamente distinta a la crisis atravesada en el 2001/2002, y consecuentemente se requieren medidas más acordes a la nueva realidad que las tomadas en la ley 25.563, sin perjuicio que muchas de ellas fueron idóneas en su momento y pueden reeditarse en la actualidad.

Es la primera vez que se debe hacer frente a una "crisis global y sistémica", como es la provocada por el Coronavirus, que enfrenta a la sociedad no solamente a diversos niveles de actividad, o mejor dicho inactividad de las empresas, comerciantes individuales, profesionales, consumidores, si no que pone en crisis "todas" las relaciones patrimoniales.

La ley concursal puede brindar respuesta idónea a alguno de los inconvenientes que se presentan, pero no a todos, por lo que urge dictar una Ley Especial de Emergencia Concursal, que no modifique la ley 24.522, si no que constituya un Estatuto Especial que "confluya" con aquella creando las condiciones para la conservación y recuperación de las empresas, como así también otorgue una "segunda oportunidad" a las Pymes, a las pequeños comerciantes y cuentapropistas, como así también, a los consumidores sobreendeudados, tal como lo han hecho Alemania, Francia, España, Colombia y Perú entre otros.

Ahora bien, ¿Cómo nuestro país puede proporcionar este flujo de fondos que las empresas necesitan? Los millones de dólares que algunos países europeos están volcando en el mercado no son una posibilidad para nosotros y deben pensarse seriamente los diversos roles en juego.

II. 2.-Una ley especial que confluya con la ley 24.522.

Las alternativas de continuación y recuperación de las empresas deben ser llevadas a cabo mediante una *ley de emergencia que haga modificaciones transitorias o temporarias en la ley concursal para volverla un cauce adecuado para el saneamiento económico* que extraiga de la ley concursal sus "principios" como la suspensión de los contratos, de los intereses, y agregue otros como la imposibilidad de pedir la quiebra, la inembargabilidad de las cuentas corrientes, la caída de las cautelares individuales, entre otras, para facilitar el quehacer económico.

Es imprescindible que se tomen medidas urgentes.

A nivel nacional corren una serie de proyectos con el lineamiento seguido en el año 2001/2 que prohíben pedir la quiebra, disponen alongamientos en el periodo de exclusividad, la suspensión de las ejecuciones, la renegociación de los contratos por la teoría del esfuerzo compartido, como así también se dispone un año más para el vencimiento de la primera cuota concordataria.

También se plantea la necesidad de articular "un proceso preconcursal", ágil y dinámico, más "aligerado" y "flexible" que el mismo APE, con dos modelizaciones diferenciadas: una para las empresas y, otra: para las Pymes y consumidores.

Sin embargo, ambas modalidades deben asegurar, desde su presentación: la suspensión de acciones, subastas extrajudiciales o judiciales, el mantenimiento de las cuentas corrientes y el cese de las cautelares trabadas sobre bienes de los patrimonios en "crisis" y, en caso de consumidores también el "cese" de todo tipo de embargo o descuento sobre los salarios o ingresos.

Por otra parte, no caben dudas que se debe asegurar que los trabajadores van a poder "mantener las fuentes de trabajo".

De tal manera, hay que suspender "el despido sin causa", pero al mismo tiempo hay que habilitar la posibilidad de "renegociar" con los trabajadores de qué manera con un esfuerzo común se puede salir a adelante, solución que va a depender de cada una de las empresas según la realidad o la órbita en que se encuentren.

Es evidente que cada área o actividad enfrenta inconvenientes propios, y el modo en que los van solucionando y logren reinsertarse en la actividad económica será claramente diferente.

Por ello, numerosos juristas que se dedican al Derecho Comercial y, específicamente, al Derecho Concursal han integrado una serie de grupos de estudio con la finalidad de elevar proyectos a las autoridades gubernamentales, muchos de los cules ya están en esferas gubernamentales y también del Congreso de la nación.

III. Primeras reflexiones y líneas de pensamiento.

III. 1 Las medidas necesarias

En general podemos decir que hay acuerdo entre los especialistas en que se dicte una ley de emergencia que contenga los siguientes aspectos:

a) Así, hemos dicho que se proyecta la necesidad de articular "un proceso preconcursal", ágil y dinámico, más "aligerado" y "flexible" que el mismo APE, con dos modalidades: una para las empresas y, otra: para las Pymes y consumidores.

Ambas alternativas deben asegurar, desde su presentación: la suspensión de acciones, subastas extrajudiciales o judiciales, el mantenimiento de las cuentas corrientes y el cese de las cautelares trabadas sobre bienes de los patrimonios en "crisis" y, en caso de consumidores también el "cese" de todo tipo de embargo o descuento sobre los salarios o ingresos

b) también se proyecta la suspensión de los pedidos de quiebra en trámite -y prohibición de entablar nuevos por un plazo no inferior a 180 días, desde que cese la "cuarentena" y/o Aspo en forma general o que permita la reanudación de la actividad económica, aspecto que algunos fijan en diciembre de 2020.

c) se agrega la necesaria suspensión de las ejecuciones de créditos, con o sin garantías reales por un plazo no inferior a 180 días, desde igual fecha

d) en el caso de concursos preventivos en trámite, se propone, a pedido de parte o de oficio, una resolución de "readecuación" de todos los plazos, desde la verificación de créditos, período de exclusividad, etc. que no sea menor a 180 días, desde el cese de la "cuarentena".

e) en cuanto a las propuestas que no cuenten con las mayorías concursales, establecidas en la ley, se propone instar a renegociar el eventual convenio, habilitándose lo que Juan Anich ha llamado la "readecuación" de aquellas.

f) Por su parte y siguiendo la legislación española se propone introducir en caso de acuerdos preventivos homologados, en denominado "reconvenio", es decir, la readecuación del convenio original a la nueva realidad económica, suspendiéndose el período de inhibición del ar.59 y art. 63 de la LCQ, habilitando así un "nuevo convenio" a homologación del juez.

g) En esta línea, se propone otorgar al juez concursal facultades "superhomologatorias" para "imponer" el acuerdo a todos los acreedores, siempre que se haya logrado una mayoría de capital del 50 por ciento, facilitando, de esta forma, la conservación de la empresa y de la fuente de trabajo

h) en idéntica inteligencia se postula la necesidad de revisar el sistema tributario, de manera tal, que el Fisco, sea nacional y/o provincial se someta a los planes de pago de los deudores superando, de este modo, las críticas que su imposición de propuestas genera en el desarrollo de los concursos.

Por lo tanto, la reprogramación tributaria va a "venir de la mano" de una ley de emergencia, lo que no quiere decir que se deban dejar de pagar impuestos, si no "reprogramar" la política tributaria para que ésta sea idónea, evitando acciones agresivas y sesgadas que, en muchos casos terminaron produciendo la quiebra de una empresa por lineamientos inadecuados del fisco.

i) Se ha propuesto también que expresamente se establezca la falta de responsabilidad de los administradores por omisión de actuar oportunamente ante la pérdida del capital social. Y es que ante "un hecho del príncipe" que impide llevar a cabo actividad económica alguna, mal puede

adjudicárseles actitud de insolventación o de mala actitud o gestión que haya llevado a dicha situación.

IV. A modo de breve colofón

Todo lo dicho demuestra que reactivar la economía va a requerir primero segmentar actividades, pues no todos los sectores son iguales. En este sentido, puede seguirse el estilo norteamericano y dictar una ley que tenga secciones que traten de diferente forma a las empresas según la actividad que realicen y que les ofrezca soluciones adaptadas a la realidad que se encuentran atravesando, reglándose específicamente la situación de los pequeños emprendimientos y de los consumidores, tal como le hemos explicado.

La "viralización de la insolvencia" impone la vigencia de la institucionalidad de los tres Poderes del Estado y una legislación especial, recordando que "la emergencia nace dentro de la Constitución" y tiene que vivir respetando la Carta Magna y el control de los poderes.

Cuando por cuestiones ideológicas nos ponemos en una posición u otra llegamos a malos resultados y el desencuentro no conduce nada constructivo, es necesario acordar una política común ante esta "pandemia de la insolvencia generalizada" pues, de lo contrario además de la "peste" – Covid 19- será el "hambre" lo que desarticulará nuestro país.

Lo real y cierto es que "sin empresa no hay trabajo", "sin trabajo tampoco hay empresa".

Es imprescindible advertir la necesidad de reorganización y reestructuración del quehacer económico, en todos sus niveles, en función de una ley especial de emergencia que respete el criterio de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a su temporalidad y razonabilidad entre los medios empleados y la búsqueda del bien común.

Las propuestas han sido formuladas es hora de poner "manos a la obra".

LA INEFICIENCIA DE LA QUITA COMO FINANCIACIÓN DE LA EMPRESA CONCURSADA. ALGUNAS PROPUESTAS.[115]
ANÁLISIS DEL CASO EMPRESARIO "YAGISAWA SHOUTEN CO."

Efraín H. RICHARD - Jorge F. FUSHIMI

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) BOLETÍN: XXX Diciembre 2018 Cita digital: EOLDC098814A

Resumen: Los autores de este trabajo, de acuerdo con su experiencia académica y profesional, realizan un exhaustivo trabajo enfocado en al análisis de la quita como propuesta de acuerdo preventivo.
Palabras claves: Empresa concursada – Quita – Financiación.

Abstract: The authors of this work, in accordance with their academic and professional experience, carry out an exhaustive work focused on the analysis of the removal as a proposal for a preventive agreement.
Key words: Bankrupt company - Quita - Financing.

I- SUMARIO

Una vez más, los autores de este trabajo nos dedicamos al análisis de la quita como propuesta de acuerdo preventivo. Ambos, desde lo académico y desde la práctica profesional, como asesores de empresas concursadas, de acreedores y hasta síndicos concursales, sabemos y conocemos que la quita y la espera constituyen el núcleo principal de las propuestas concursales. Si mantuviéramos estadísticas, veríamos que prácticamente no hay concurso preventivo que no cierre con una quita. Aun aquellas propuestas que solo proponen una espera, en el fondo, con la dilación en el tiempo del cumplimiento de las obligaciones, también implican quitas, por el valor tiempo del dinero, o el costo de oportunidad que representa al acreedor tener inmovilizado su crédito sin obtener una renta razonable.

También tenemos tratado sobre la ilegalidad de las quitas en concurso de sociedades, y ello nos une en ampliar la visión sobre esa costumbre que podría ser *contra leggem*, conforme el razonamiento que desarrollamos en otros trabajos y también en este.

Tenemos para nosotros que en el universo concursal existen otras formas de solución y superación de la cesación de pagos, que no necesariamente deberían limitarse a la quita y la espera.

115 El trabajo que publicamos en equipo fue presentado como dos ponencias en el X Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Uno de ellos, publicado y defendido, y el otro -inexplicablemente- quedó inédito, pero igualmente expuesto y defendido. La lógica y razonable exigüidad de los espacios disponibles para la publicación de las ponencias nos obligó a dividirlo en dos, y por ello, ahora reconstruimos el sentido global de ambos trabajos, de manera integrada. La mayor disponibilidad de tiempo, y algunas críticas recibidas, nos hicieron modificar, ampliar y corregir diversos aspectos de los mismos, por lo que termina siendo un nuevo artículo

Por ello, en este trabajo, haremos un repaso de diversas soluciones posibles.

Luego, cambiaremos la metodología de análisis y trataremos de sacar conclusiones a partir de un caso real de una empresa japonesa devastada por el tsunami del año 2011, donde -de una inevitable quiebra- sin quitas, sin despidos y sin dejar de pagar a nadie, pudo superar la crisis a través del *crowdfunding*. Metodológicamente, utilizaremos el recurso del análisis de caso no jurídico, sino empresario, para extraer conclusiones. A partir de ello, analizaremos al *crowdfunding* (ahora con fundamento legal a partir del art. 22, Ley 27349) en acción, como una forma de financiación útil para la empresa en crisis -y aun en ruinas, más que fallida- que, sin recurrir a la tradicional quita y su par asociado, la espera, ha de servir para que cientos o miles de pequeños microinversores (o micromecenas) puedan financiar proyectos diversos, entre ellos empresarios, y permitir superar la cesación de pagos o la insolvencia de la empresa.

II- LÍMITES AL ALCANCE DEL TRABAJO

Este trabajo (y otro que hemos elaborado para este Congreso) tiene limitaciones. En primer lugar, se refiere a la situación concursal de empresas económica y financieramente viables, que -además- disponen de un sistema de información contable lo suficientemente serio y confiable como para exponer la información. Como corolario de ello, también es cierto que lleva implícito que, en virtud del deber de lealtad y diligencia de todo hombre de negocios, sea administrador social o empresario individual, debe poder exteriorizar un plan de negocios como parte integrante de la propuesta, de modo tal que no encierre al acreedor en la única opción de quita y espera, y pueda convencerlo de que existen alternativas negociales válidas de superación del estado de cesación de pagos.

No tratamos, pues, sobre la situación de un negocio que resulte inviable, que carece de mercado y de fuentes de financiación legítimas y de costo asequible, o que carece del empuje empresario para continuar adelante.

III - LA QUITA

En trabajos anteriores[116], ya hemos analizado la naturaleza de la quita. Al respecto, hemos explicado que las quitas constituyen indubitables ganancias extraordinarias para el concursado. En virtud de un acuerdo, el pasivo se ve reducido en el porcentaje de la quita, y siendo que el activo

116 Entre otros trabajos de los mismos autores: Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "El balance y la quita en concursos de sociedades y su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)" en Arecha, Martín (Dir.): "Aspectos contables, impositivos y previsionales en las sociedades y los concursos" - Instituto Argentino de Derecho Comercial - Ed. Legis Argentina SA - Bs. As. - 2013 - págs. 153/62; Fushimi, Jorge F. y Richard, Efraín H.: "La quita concursal como ganancia" en "Nuevos aportes al derecho contable - IV Jornada Nacional de Derecho Contable" - ERREPAR - Bs. As. - 2011 - pág. 305. Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)" - Revista Electrónica Microjuris.com, producto Sociedades - MJ-DOC-6053-AR|MJD6053 - Bs. As. - 1/12/2012. Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "La quita en concurso de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)" en "Ensayos de derecho empresario" - Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa) y Advocatus - Cba. - 2013 - vol. 8 - pág. 658. Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)"- VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - Tucumán - 5, 6 y 7/9/2012 - Libro de Ponencias del Congreso - Ed. Astrea - Bs. As. - 2012 - T. I - pág. 635. Fushimi, Jorge F.: "Las propuestas de acuerdo preventivo. Análisis económico-contable" - IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - 7, 8 y 9/9/2015 - Villa Giardino - Cba. - XI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal - 10, 11 y 12/9/2015 - Villa Giardino - Cba. - Libro de Ponencias del Congreso - T. III - págs. 20/31

continúa sin variaciones, tal reducción se deberá traducir en un aumento del patrimonio neto. En el esquema de la ley de sociedades -art. 63-, el patrimonio neto tiene tres grandes elementos: a) el capital (y el resto de cuentas que lo conforman, como el ajuste de capital), b) las reservas y c) los resultados acumulados (incluyendo los resultados de ejercicios anteriores o resultados no asignados, y los del período). Desde este punto de vista, la quita generará una reducción del pasivo, un activo que se mantiene incólume y un incremento del patrimonio neto a través de una ganancia que se produce. Debemos agregar -además- que es una ganancia que implica una pérdida directa para el acreedor que deberá reflejarla en sus estados contables. Evidentemente, se trata de una transferencia directa de recursos, donde el acreedor sacrifica parte de su crédito para que se produzca una ganancia extraordinaria en el patrimonio del concursado que así puede pensar en superar la situación en la que se encuentra.

Lo pasamos en limpio: la quita es un empobrecimiento sin causa del acreedor y un enriquecimiento -sin causa también- por parte del deudor, que se beneficia con la quita.

Para el acreedor que es puesto frente a una opción de quita y espera, la decisión implica una situación de "perder-perder", porque: o acepta la pérdida que implican ambas propuestas combinadas (o solo una de ellas en forma aislada), o se expone a que el concursado sea declarado en quiebra, en cuyo caso, es posible que la pérdida sea total, salvo acciones de responsabilidad contra administradores y eventualmente contra socios -también de la llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica", o de integración del activo.

Incluso, hemos sido más duros con la quita y sostenido que en materia de acuerdo concursal de sociedades es en fraude a la ley general de sociedades (arts. 1 y 96, entre otros). Las pérdidas deben soportarlas los socios y no transferirlas a los acreedores. Ambos autores creemos que si solo hay cesación de pagos (en estricto sentido, es decir, aquella situación puntual donde el pasivo corriente es mayor que el activo corriente), la quita es abusiva, por cuanto estamos en una situación de empresa sana económicamente, pero con dificultades financieras; pero si hay insolvencia (es decir, pérdida total del capital social, por cuanto el pasivo total superó al activo total, lo que también implica que las pérdidas acumuladas superan a todas las cuentas positivas del patrimonio neto)[117], implica un fraude

117 Esta disquisición no es nuestra, ni es un ejercicio intelectual. En igual sentido: Recamán Graña, Eva: "Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis" - Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor - Navarra - Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades - 2016 - Monografía Nº 45 - pág. 54. También el Bankruptcy Code en las definiciones del Cap. 1, Sec. 101: "The term 'insolvent' means-(A) with reference to an entity other than a partnership and a municipality, financial condition such that the sum of such entity's debts is greater than all of such entity's property, at a fair valuation, exclusive of-(i) property transferred, concealed, or removed with intent to hinder, delay, or defraud such entity's creditors; and (ii) property that may be exempted from property of the estate under section 522 of this title; (B) with reference to a partnership, financial condition such that the sum of such partnership's debts is greater than the aggregate of, at a fair valuation"

a disposiciones de la ley societaria[118] [119]. Debe entenderse que los autores no estamos refiriéndonos a la expresión "fraude" en el sentido penal del término, sino en términos de utilización de una figura jurídica para evitar las consecuencias más gravosas de la aplicación de la ley que corresponde aplicar a la situación concreta -art. 12, CCyCo-[120].

Lo analizamos así. Si se ha producido una situación de pérdida de capital (es decir, insolvencia en sentido estricto), la ley societaria impone -a los fines de continuar operando y no caer en causal de disolución- el aumento de capital o el reintegro de capital. Cualquiera de las soluciones implica que los socios se obligan a dotar a la persona jurídica de los recursos económicos que perdió. La única alternativa legal es la disolución y posterior liquidación. Sin embargo, el artículo 5 de la ley de concursos y quiebras (LC) permite que las personas jurídicas en liquidación sean pasibles del concurso preventivo y de la quiebra. En rigor, estando en liquidación, resultan contradictorias las soluciones preventivas de la falencia, salvo que pudiera acordarse alguna forma de quita consensuada, para distribuir el remanente liquidatorio entre los acreedores. Pero no deja de ser una vía liquidativa.

La cuestión que nosotros analizamos es que se ha producido una pérdida del capital social (insolvencia), pero se desea continuar con la actividad empresaria, y sin resignar el control del ente. Es decir, los socios desean salir de la insolvencia sin perder el derecho de propiedad sobra las participaciones sociales del ente. Pero como ellos no quieren -o no pueden- hacer aportaciones, deciden que las aportaciones las hagan los acreedores a través de una quita.

La quita, pues, se impone a los acreedores, porque los socios no quieren o no pueden realizar aportes, pero tampoco quieren ceder el control social del ente. Con la quita, los socios obtienen un resultado "ganar-ganar", ya que recuperan la solvencia a través de una ganancia extraordinaria, no realizan aportaciones y continúan siendo propietarios del ente. Mientras, como ya expresamos, los acreedores obtienen un resultado "perder-perder", ya que pierden parte de su derecho patrimonial (parte del crédito) y no reciben ningún beneficio de corto, mediano o largo plazo de tal resultado.

La espera sola, sin quitas y sin intereses, o con intereses menores a la tasa inflacionaria, también implica una quita, ya que los valores que se difieren en el tiempo deben ser actualizados para poder compararlos con el pasivo actual fijado mediante la resolución verificatoria, más los admitidos posteriormente por diversas vías (verificaciones tardías, sentencias obtenidas en procesos no atraídos, revisiones y apelaciones). Y la actualización determinará, necesariamente, la existencia de una quita. La fórmula de actualización es:

118 Richard, Efraín H. en Nissen, Ricardo A. (Dir.): "La limitada responsabilidad limitada de los socios de la sociedad por acciones simplificada (y una referencia al caso Von Seiden)" - Ed. Fidas - ed. especial - año 19 - Revista de las Sociedades y Concursos - 2018-1 - pág. 143 - Primera Jornada sobre Constitución y Funcionamiento de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) - Seminario anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias y concursales: "Congruentemente corresponde señalar que la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99, LGS). En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la LGS"

119 En tal sentido, los administradores son los integrantes del órgano encargado de hacer cumplir con la ley, el estatuto, el reglamento y las decisiones legalmente válidas de la asamblea de accionistas. Cfr. Moya Jiménez, Antonio: "La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes" - 10ª ed. - Ed. Bosch - Barcelona - 2015

120 Del mismo modo que se ha considerado a la sociedad de capital e industria como sociedad en fraude a la legislación laboral y previsional; o son consideradas las sociedades del art. 124, L. 19550 (y sus modifs.)

$$VA = \sum_{n}^{1} \frac{x}{(1+i)^n}$$

Donde:

VA es el valor actual de la sumatoria de flujos de fondos -pagos de cuotas pactadas en el concurso-.

n es la cantidad de cuotas pactadas.

x es el monto de cada cuota pactada.

i es la tasa de descuento aplicable.

La fórmula también puede expresarse así:

$$VA = \frac{x1}{(1+i)^1} + \frac{x2}{(1+i)^2} + \frac{x3}{(1+i)^3} + \frac{x4}{(1+i)^4} + \frac{x5}{(1+i)^5} + \cdots + \frac{xn}{(1+i)^n}$$

Obviamente, al someter cada cuota a una división por un número positivo mayor que 1, el resultado será, necesariamente, menor que el pago prometido, de modo que toda espera sin intereses o con intereses menores a la inflación (tasas negativas) implica una quita y esta es la demostración matemática de ello.

Pero a los defectos propios de la quita debe adicionarse que la quita (el sacrificio) se les impone a los acreedores como una única salida, sin ofrecerles un plan de empresa, o un plan financiero que demuestre cómo se saneará la situación financiera (cesación de pagos) o la situación económica (insolvencia). Y en la mayoría de los casos, ni siquiera un sistema de información contable confiable y transparente, como para que los acreedores puedan ir haciendo un monitoreo de la situación económica y financiera de la concursada en fase de cumplimiento del acuerdo, lo que agrava más nuestras afirmaciones. Es decir, a la quita como transferencia no voluntaria de recursos debe sumarse la falta de transparencia y de colaboración del concursado para que el esfuerzo impuesto a los acreedores tenga sentido.

IV- ALGUNAS OPCIONES A LA QUITA

La ley concursal contiene, en el artículo 43, un número acotado de propuestas. Sin embargo, estas no son las únicas. Nosotros queremos concentrarnos en aquellas que -estén o no en el listado de la ley- son aplicables sin quita, y dentro del marco de la continuación de la explotación de la empresa.

En uno de nuestros trabajos[121], analizamos la naturaleza económico-financiera y contable de las

121 Fushimi, Jorge F.: "Las propuestas de acuerdo preventivo. Análisis económico-contable" - IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - Villa Giardino - Cba. - Libro de Ponencias del Congreso - T. III - págs. 20/31

propuestas enumeradas en el artículo 43 de la LC, y explicamos que las mismas se clasifican en:

a) *Propuestas que procuran reducir el pasivo, mediante la reducción del activo*. El objetivo de estas propuestas es realizar pagos totales o parciales, mediante entrega de bienes que integran el activo. Allí, tendremos al pago propiamente dicho, que consiste en realizar la prestación que es objeto de la prestación, de manera total o parcial. El efecto que se logra es que se reduce el activo en la misma cantidad en que se reduce el pasivo. Por ello también incluimos al pago por entrega de bienes, a la cesión de acciones de otras sociedades que, en definitiva, no es sino una variante específica de entrega de bienes a los acreedores. Las transferencias también pueden ser en uso y goce, y ello no cambia la naturaleza de estas propuestas.

b) *Propuestas que procuran reducir el pasivo, mediante el incremento del patrimonio neto*. Esta clase de propuestas admiten tres variantes, dos de ellas están ejemplificadas en la ley, y la que hemos puesto en el punto II, no lo está.

I - Propuestas que incrementan el patrimonio neto por capitalización de pasivos.

II - Propuestas que incrementan el patrimonio neto por aportes exógenos genuinos.

III - Propuestas que incrementan el patrimonio neto por ganancias extraordinarias.

El objetivo de estas propuestas es que, manteniéndose constante el activo, cambia la composición del haber contable, con lo que se producen aumentos en el patrimonio neto, y una consecuente reducción del pasivo. No es necesario que la reducción sea en términos absolutos. También podemos hablar de reducción del pasivo cuando se produce un incremento del patrimonio neto y del activo en forma simultánea, ya que se reduce la participación proporcional del pasivo en relación al activo. Analizaremos, pues, las diversas alternativas.

c) *Propuestas financieras* (que procuran reemplazar el pasivo de corto plazo por pasivo de más largo plazo). La ley concursal menciona a la más clásica de estas propuestas financieras que es la espera. La espera consiste en diferir en el tiempo, de contado o en cuotas, el pago del monto adeudado y de plazo ya vencido. Es una prórroga en el tiempo del vencimiento de la obligación. La quita, en la medida en que no se ofrezcan intereses o compensaciones por el factor tiempo del dinero del acreedor empleado por el deudor, implica también una pérdida para el acreedor que no solo no percibe su crédito en tiempo y forma, sino que además lo vuelve a prestar por un plazo aún mayor sin compensación alguna. Y ello sin considerar una economía inflacionaria, porque en ese caso directamente se produce una licuación del pasivo a favor del concursado. Con lo cual, si el plazo de espera es lo suficientemente largo, y existe un proceso inflacionario, en los hechos también existe una quita por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda renegociada.

d) *Propuestas accesorias*. En esta categoría incluimos a aquellas que por sí solas no tienen entidad para superar el estado de cesación de pagos o salir de él, sino que son complementarias y accesorias a otras propuestas superadoras del estado de crisis. La ley menciona la constitución de garantías sobre bienes de terceros, que por sí misma no puede considerarse una propuesta en sentido estricto, ya que la mera garantía no tiene virtualidad superadora y solo es un accesorio de una obligación principal. Las garantías bien pueden ser sobre bienes de terceros, o bien tratarse de garantías personales, o avales sobre títulos de crédito que se emitan. Cualquiera fuere la garantía ofrecida, siempre serán consideradas propuestas accesorias.

e) *Propuestas complementarias*. El artículo 43 de la LC menciona como propuesta a la reorganización de la sociedad deudora, la cual no tiene ninguna virtualidad para extinguir pasivo preexistente. Tampoco es accesoria a una obligación nueva, sino que es una propuesta autónoma,

pero que solo puede ser considerada como complementaria. Si consideramos que las formas a las que la doctrina ha llamado reorganización son la transformación, la fusión y la escisión (en cualquiera de sus modalidades), no podemos considerar que estas sean satisfactorias para los acreedores en la medida en que no venga acompañada por alguna propuesta de las que hemos considerado más arriba (excepto las accesorias).

Por eso, hemos decidido ir más allá de las meras propuestas enumeradas en el artículo 43 de la LC, y hemos analizado las siguientes:

a) *Constitución de sociedad con los acreedores*. Cuando en el mítico trabajo de Maffía titulado "¿Socio a palos?"[122], el autor criticaba la propuesta de constituir sociedad entre el deudor y los acreedores, en especial en referencia a los acreedores que no habían votado favorablemente la propuesta, en rigor, no parecía advertir esta cruel realidad: con la quita, el concursado hace socio al acreedor en las pérdidas (lo constituye en una suerte de socio sin derecho alguno). Por ello, los autores[123] nos inclinamos por considerar a la constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que estos tengan calidad de socios y también capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada, como una opción lógica, sana y viable, y hemos afirmado que "*la decisión de los acreedores de asociarse con la concursada depende esencialmente de la naturaleza del negocio que lleva adelante el concursado y de la posibilidad de este de generar tasas de rentabilidad superiores a cualquier inversión que los mismos acreedores pudieran realizar colocando su dinero (en este caso su crédito concursal) en otras inversiones. Es decir, si del análisis del negocio del concursado surgiera que la salida de la cesación de pagos garantizará a los ahora socios (ex acreedores) una tasa de rentabilidad que supere al costo de oportunidad, la conducta económica más racional será aceptar la propuesta de asociarse con el deudor*". No somos necios. Sabemos que la validez de la propuesta está condicionada a que la actividad del concursado sea exitosa, pero no dejamos de pensar que -en tales casos- la propuesta implica un reconocimiento del esfuerzo que está haciendo el acreedor para que el concursado pueda superar la cesación de pagos. La decisión no siempre es fácil, en la medida en que el acreedor asociado no tenga ningún grado de control sobre la gestión empresaria, por lo que puede asumir riesgos.

Pero si la empresa es viable y, consecuentemente, capaz de generar superutilidades, no es irrazonable plantear que los acreedores puedan participar en el crecimiento empresario y formar parte de él, atento al sacrificio impuesto por la falta de cobro en efectivo, como hubiera ocurrido si la concursada no hubiese caído en cesación de pagos.

b) *Constitución de sociedad a través de acciones relacionadas, acciones vinculadas o* tracking stocks. Tampoco pensamos que necesariamente se deba constituir al acreedor como un socio pleno. Hemos pensado también, en otros trabajos[124], sobre la posibilidad de que la concursada emita acciones relacionadas, acciones vinculadas o *tracking stocks*, es decir, participaciones societarias concretas en ciertos negocios. A través de estos instrumentos, las sociedades anónimas pueden -

122 Maffía, Osvaldo J.: "¿Socio a palos?" - ED - T. 56 - pág. 697. Si bien la crítica se hacía bajo la vigencia de la L. 19551, las objeciones bien resultarían aplicables también a la actual LC

123 Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)" - VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - Tucumán - 5, 6 y 7/9/2012 - Libro de Ponencias del Congreso - Ed. Astrea - Bs. As. - 2012 - T. I - pág. 635

124 Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "Algunas aportaciones a la problemática de la financiación; acciones relacionadas, acciones vinculadas o tracking stocks" - Ponencia - XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Bs. As. - 25, 26 y 27/9/2013 - Libro de Ponencias del Congreso - Ed. UADE - Bs. As. - 2013 - T. III - pág. 359

en nuestro país- financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe (en este caso, el acreedor) arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso. La virtud es que, en esta opción, el riesgo es -quizás- más acotado, y se limita a uno o un conjunto de negocios puntuales cuya rentabilidad puede ser medida y determinada sin necesidad de acceso a todo el sistema contable, sino solo a la medición de la gestión puntual.

c) *Celebración de negocios en participación*. Si bien bajo el título de "sociedad accidental o en participación", estas ya estaban incluidas en la ley de sociedades comerciales, y luego derogadas en esta e implantadas bajo el título de "negocio en participación" a partir del artículo 1448 del CCyCo., nada obstaría a que -sin emitir acciones de ninguna clase- las partes pueden realizar una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes, donde estas aportaciones podrían ser los mismos créditos, y posteriormente distribuir los resultados de tal aventura.

Algunas propuestas posibles a partir de la ley 27349 de apoyo al capital emprendedor (LACE):

a) *Emisión de acciones con primas diferenciadas*. La LACE permite la fijación de primas diferentes para clases de acciones diferentes y en un mismo aumento. Esta posibilidad permite facilitar el ingreso de fondos a la sociedad impactados en patrimonio neto (prima de emisión). La ley contempla esta posibilidad sin que necesariamente los derechos de las acciones de cada clase tengan derechos diferenciados. El estatuto social o el acta de su reforma deberán contener precisiones en orden a la fijación de la prima de emisión para el mejor financiamiento y capitalización de la SAS. La regla del artículo 44 de la ley 27349 (primas diferenciadas) puede permitir creativas soluciones concursales, conforme el plan de negocios que se proponga. De esta forma, por caso, el acreedor podría recibir acciones sin prima de emisión, o primas de bajos valores, con lo cual -con solo dicho acto- obtiene una ganancia instantánea por la participación en el patrimonio neto (en la medida en que sea positivo) de la sociedad concursada emisora.

b) *Préstamos convertibles en acciones*. El artículo 24, inciso II), de la ley 27349 incluye la posibilidad de pactar préstamos convertibles en acciones. El artículo está incluido en el Título II de la ley como una de las alternativas que poseen los inversores para participar en un proyecto de financiamiento colectivo. Nos vincula al sistema de obligaciones negociables convertibles, o a la nueva visión del préstamo que introduce el artículo 1531 del CCyCo. La ley solo se limita a mencionar la figura sin dar mayores precisiones acerca de su funcionamiento, lo cual indica que aparece nuevamente la autonomía de la voluntad como fuente de reglamentación. En este caso será de fundamental relevancia el pacto concreto que se celebre entre la SAS y los mutuantes. El estatuto podrá establecer ciertas previsiones acerca de la figura. En el contrato de préstamo convertible será fundamental establecer la titularidad de la opción de conversión del crédito en acciones -que puede pactarse a favor de la sociedad o del mutuante-, el plazo para ejercerla, los sistemas de conversión, las formalidades a cumplir, etc.

c) *Crowdfunding*. La teoría económica, más que la jurídica, desarrolló esta forma alternativa de financiación de emprendimientos, también conocidos como micromecenazgo o financiación colectiva. A través de este sistema, se eleva a una plataforma *on-line*[125] una propuesta de negocios, con un consolidado plan, donde diversas personas (¿por qué no los acreedores?)

125 La adopción de una plataforma online de lanzamiento del plan empresario y recaudación es un aspecto esencial del crowdfunding. Cfr. Vieira Dos Santos, João: "Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades" - Revista Electrónica de Direito - Nº 2 - 2015: "A figura do crowdfunding, um novo meio de financiamento, junto do público, que recorre a plataformas online"

realizan aportaciones de una doble naturaleza: por una parte, son donaciones o aportes a título gratuito, y por otra parte, también son participaciones en los resultados del negocio específico o de la actividad empresaria en general. El aportante simpatiza con la causa, o es seducido por un plan de negocios atractivo, y está dispuesto a hacer pequeñas aportaciones (de allí lo de micromecenazgo), que eventualmente serían a fondo perdido, pero -en caso de resultar exitoso el negocio- puede obtener resultados positivos por su inversión, sean acciones, intereses, dividendos, *royalties* o cualquier otra forma de beneficio que resultare de interés. Incluso, nada obsta a que haya una naturaleza mixta de los aportes.[126]

El Título II, Capítulo I, de la LACE, a partir del artículo 22, ha receptado legalmente al denominado "Sistema de financiamiento colectivo", que tendrá por objeto fomentar el financiamiento de la industria de capital emprendedor a través del mercado de capital. El sistema legal prevé la necesaria participación de una "plataforma de financiamiento colectivo" que es definida como sociedades anónimas autorizadas, reguladas, fiscalizadas y controladas por la Comisión Nacional de Valores y debidamente inscriptas en el registro que al efecto se constituya, con el objeto principal de poner en contacto, de manera profesional y exclusivamente mediante portales web u otros medios análogos, a una pluralidad de personas humanas y/o jurídicas que actúan como inversores con personas humanas y/o jurídicas que solicitan financiación en calidad de emprendedores de financiamiento colectivo[127].

Esta posibilidad de utilización de plataformas *on-line* para obtención de la sumatoria de microinversiones canalizadas a través de este esquema, que pueden consistir en préstamos, donaciones o aportes de capital, es otra de las grandes novedades de la LACE y es objeto de nuestro análisis, a partir del caso Yagisawa Shouten Co., que hacemos más abajo. Este tema está vinculado con los problemas de financiamiento futuro, *fresh money*, que también desvela a la doctrina concursalista.

V - EL CASO "YAGISAWA SHOUTEN CO." Y EL TSUNAMI DE 2011

La empresa Yagisawa Shouten Co. estaba ubicada en la localidad de Rikuzentakata, prefectura de Iwate, casi en el extremo noroeste de la isla de Honshu, la mayor del archipiélago japonés. La empresa producía salsa de soja (*shoyu*) desde el año 1807. A través de nueve generaciones, había logrado un producto de calidad *premium*, al punto que durante dos o tres años consecutivos había sido elegida como la mejor salsa de soja de Japón, distinción no menor en un país acostumbrado a los más altos estándares de calidad. Por razones de seguridad, el director de entonces -padre del actual, Michihiro Kono- había creado en una elevación un santuario que serviría como refugio para

126 Cfr. Muñoz Pérez, Ana F.: "Crowdfunding en Reino Unido" en Moreno Serrano, Enrique y Cazorla González-Serrano, Luis (Coords.): "Crowdfunding. Aspectos legales" - Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor - Navarra - España - 2016 - pág. 97: "El crowdfunding, o micromecenazgo, es un modelo de financiación alternativo que crece al abrigo de la crisis económica. Son medios por el que un grupo de personas o entidades se unen para conseguir colectivizar ingresos y aportaciones para llevar a cabo proyectos comerciales o asociativos. Se trata de una puesta en común de recursos, bien a modo de inversiones o simplemente donaciones, por lo que no todos tienen el mismo cariz financiero"

127 Una buena aproximación en Raspall, Miguel A.: "Un sistema para emprendedores" - LL - año LXXXI - Nº 109 - 12/6/2017: "Se trata de un sistema de financiamiento colectivo donde el emprendedor no recurre al sistema tradicional o institucional, sino a grupos que se forman aportando recursos para apoyar los emprendimientos que consideran potencialmente rentables. Puede tratarse de un préstamo a devolver en determinadas condiciones, o de un aporte como capital de riesgo y/o en un préstamo convertible en acciones". Otras fuentes: Paolantonio, Martín E.: "Crowdfunding en la ley de emprendedores". Lanús Ocampo, María C.: "Financiamiento colectivo (crowdfunding) de la mano de nuevas tecnologías" - LL - año LXXXI - Nº 73 - 19/4/2017

su personal y sus familias en previsión del gran tsunami que siempre amenaza al Japón, y con el cual estaba obsesionado, al punto de obligar al personal, una vez al mes, a realizar ensayos de evacuación por tsunami, dirigiéndose todos a la elevación. El 11/3/2011, al sonar las alarmas de tsunami, horas después del gran sismo previo, el personal de Yagisawa Shouten Co. y sus familiares repitieron la rutina mensual de simulacro de evacuación para refugiarse en el santuario, solo que esa vez la tragedia fue real.

En Rikuzentakata, el nivel del agua llegó a los 17 metros de altura, y fallecieron 1800 personas, a la vez que quedaron arruinados todos los campos de cultivos de soja orgánica de la firma, la planta industrial quedó inutilizable y destruida, y se perdieron los cultivos de hongos que son los que fermentaban la soja y daban el sabor especial a la salsa de soja de la firma. Se estimaron las pérdidas en U$S 2 millones (alrededor de 220 millones de yenes), lo que implicaba hablar de pérdidas casi totales. Quedaban solo los trabajadores y el empresario, y alguna reserva financiera eventual.

Políticas empresarias sanas. Frente a la devastadora crisis económica y financiera, Kono padre e hijo decidieron continuar con la actividad empresaria. Se adoptaron decisiones de sana política empresaria: en primer lugar, no se despidió a ninguno de los treinta y ocho empleados en relación de dependencia (más de la mitad, mujeres), se los afectó a realizar tareas de ayuda a las víctimas del tsunami (distribución de alimentos y ropas, refugio a quienes no lo tenían) y se abonaron el 100% de los haberes del personal. Se requirió ayuda a las empresas proveedoras y de la competencia, y -como un milagro de las buenas prácticas comerciales- se encontraron con que, en un banco de cultivos de una universidad cercana, existían cepas del hongo que empleaban para fermentar la soja, que habían sido donados por Yagisawa Shouten Co. y Kono hijo para una investigación sobre posibles terapias contra el cáncer. La empresa podría volver a producir el mismo producto que antes de la crisis. Como acotación, cabe señalar que las instalaciones de investigación de la universidad también se destruyeron y solo se rescataron las cápsulas con diversas cepas de diferentes hongos que se investigaban. La empresa no se presentó en proceso concursal alguno.

La competencia, por su parte, respondió facilitando sus productos (empresas líderes en la producción de salsa de soja a nivel industrial) para que Yagisawa Shouten Co. los distribuyera. En mayo de 2011, apenas dos meses después, la empresa estaba en funcionamiento, aunque sin producir. En el otoño de 2012, la nueva planta ya había sido terminada de construir.

Conocida la situación, la plataforma Music Securities Inc. de Tokio se presentó a la empresa, y dada su trayectoria y sus buenas prácticas, se logró recaudar -a razón de 10.000 yenes por persona (unos U$S 100)- un capital equivalente a 1.5 millones de dólares. Cada aporte se distribuía en un 50% a modo de donación, y el otro 50% cumplía la función de inversión con una tasa de retorno. Con el capital recaudado se erigió una nueva planta y en el año 2013 pudo ver la luz la primera producción (el proceso de maceración y fermentado de soja y trigo y elaboración del producto puede llevar hasta dos años). Al año 2014, la actividad aún daba pérdidas, pero se había recuperado el nivel de ventas al 70% de las anteriores al tsunami, y hacia 2015/2016 se estimaba que la sociedad sería rentable nuevamente.

El caso planteado, 100% real y presentado y estudiado en todo el mundo como un modelo del funcionamiento de las buenas prácticas empresariales, por un lado, y del micromecenazgo, por otro, viene a demostrar -de alguna manera- lo que los autores venimos señalando desde hace tiempo, con relación a que la viabilidad de la empresa determina la calidad de la propuesta a realizar, pero que -existiendo viabilidad, plan de empresa y transparencia (y no está mal agregar un catálogo de buenas prácticas empresarias)- el universo de posibilidades no se limita a la quita y la espera. Uno de nosotros planteó: si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es

porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida, tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez, deben presentar, junto con el balance, una memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento: anticiparse a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea, mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Y la crisis societaria suele acercar el régimen concursal que, a nuestro entender, lo es con especiales notas cuando es el concurso de una sociedad.

Seguramente nos dirán que son "culturas diferentes", o formas diferentes de ver las cosas, pero deberíamos considerar que no es tanto lo que se exige. Y la culturización se acentúa cuando se permiten ciertas prácticas cuestionables legalmente en los concursos de sociedades.

Desde otra perspectiva, podrá decírsenos que, en este ejemplo de micromecenazgo, un cincuenta por ciento de los aportes fueron en concepto de donación, es decir, liberalidades, y hemos dicho que de algún modo la quita es un acto a título gratuito de un acreedor a favor de un deudor, que es impuesto por el juez al homologar un acuerdo a los acreedores que no estaban aún verificados o declarados admisibles, o a los que no prestaron voluntad al acuerdo, que para defender los derechos de todos estos se impone la homologación. Debemos decir, pues, dos cuestiones: la quita, si bien es un acto voluntario, en rigor, se decide en un contexto donde las opciones son "perder-perder", es decir, el acreedor quirografario es puesto en una situación donde o pierde el monto de la quita (al que debe adicionarse la quita fáctica que implica la espera), o bien pierde casi todo, en caso de no aceptarla y caer el concursado en quiebra. En el caso del micromecenazgo que hemos usado como modelo disparador de conceptos, los aportantes asumen, saben y conocen que un cincuenta por ciento de su contribución irá a fondo perdido; pero -en virtud de las posibilidades que se le abren- tiene, a través del otro cincuenta por ciento, la posibilidad de recuperar el monto donado, e incluso perspectivas de obtener un dividendo futuro aún mayor. Esa evaluación puede ser efectuada por el propio aportante, a través de la información que se espera que brinde el beneficiario, por medio de la plataforma de *crowdfunding*.

El caso en cuestión nos atrajo, por cuanto se pudo superar una ruinosa (nunca mejor empleada la palabra) situación sin despidos, sin procedimientos de crisis, sin quitas y sin subsidios estatales. Solo con la colaboración de la competencia y de los microaportantes.

VI - LA DIMENSIÓN TRIBUTARIA DEL *CROWDFUNDING*

La forma que adopte el aporte que realice cada microinversor o micromecenas no es menor. Así, en el ejemplo que hemos analizado, la porción correspondiente a donación constituye para el receptor (en nuestro caso, la Yagisawa Shouten Co.) una ganancia extraordinaria, que -consecuentemente- estará alcanzada por el impuesto a las ganancias, a salvo el derecho de la sociedad a -previamente- compensar estos beneficios extraordinarios con las pérdidas habidas. La porción correspondiente a inversión, bien sea a través de una participación societaria, o de una deuda titulizada, no está alcanzada por el tributo. Pero, sobre todo, subrayamos que es voluntaria y no impuesta por el juez al homologar.

Para el inversor, el artículo 7 de la ley 27349 prevé la posibilidad de que pueda deducir el monto invertido de la declaración jurada del impuesto a las ganancias. La norma en cuestión establece que

los aportes de inversión en capital realizados por inversores en capital emprendedor podrán ser deducidos de la determinación del impuesto a las ganancias, bajo las condiciones y en los porcentajes que establezca la reglamentación, los cuales no podrán exceder del setenta y cinco por ciento (75%) de tales aportes, y hasta el límite del diez por ciento (10%) de la ganancia neta sujeta a impuesto del ejercicio o su proporcional a los meses del inicio de actividades, pudiéndose deducir el excedente en los cinco ejercicios fiscales inmediatos siguientes a aquel en el que se hubieren efectuado los aportes. Para el caso de aportes de inversión en capital en emprendimientos identificados como pertenecientes a zonas de menor desarrollo y con menor acceso al financiamiento, según lo defina la reglamentación, la deducción anteriormente referida podrá extenderse hasta el 85% de los aportes realizados. La norma específica que los aportes de inversión deberán consistir en dinero o activos financieros líquidos de fácil realización en moneda local.

Por su parte, la institución de capital emprendedor receptora de la inversión (tal el caso de las plataformas de financiamiento colectivo) deberá expedir un certificado, que tendrá carácter de declaración jurada, mediante el cual informará al Registro de Instituciones de Capital Emprendedor las sumas aportadas por el inversor en capital emprendedor. Dicha institución será responsable solidaria e ilimitadamente con el inversor por el impuesto omitido, como consecuencia de que la información que obre en el certificado resulte falsa o inexacta.

La deducción no producirá efectos si la inversión total no se mantiene por el plazo de dos años contados a partir del primer ejercicio en que se realizó la inversión. Si dentro de dicho plazo el inversor solicitase la devolución total o parcial del aporte, deberá incorporar en su declaración jurada del impuesto a las ganancias el monto efectivamente deducido con más los intereses resarcitorios correspondientes.

Desde otro punto de vista, podría decírsenos que también la quita puede ser deducida de la declaración jurada del impuesto a las ganancias, en tanto pérdida, debiendo hacerse la salvedad de que ello ocurre por la porción incobrable del crédito otorgado (quita), que es una pérdida real, por parte del acreedor, mientras el fondo aportado es una inversión que puede -o no- generar ganancias.

VII - CONCLUSIONES

Debe advertirse que de las propuestas que hemos enumerado aquí, en todas existe la posibilidad de ofrecer algo más y mejor que la mera quita. Es decir, en la medida de las posibilidades, se plantean escenarios donde la concursada ofrece alternativas donde el crédito que está en cesación de pagos pueda ser convertido en una inversión útil y rentable para el propio acreedor, y no una mera pérdida como plantea la quita pura y simple.

Desde luego que esto es algo complejo, pero permítasenos soñar un sistema concursal en el que no todo sean sacrificios para una parte y beneficios para la otra, incluso en un marco de cuestionada legalidad, particularmente a partir de la sanción y disposiciones del Código Civil y Comercial y la reforma a la ley general de sociedades. Dentro de las limitaciones establecidas para el trabajo, esto es absolutamente posible y susceptible de ser llevado a la práctica.

Nuestra posición respecto de la quita es clara. Sabemos, entendemos, comprendemos, que se ha convertido en una práctica -*contra leggem*, a nuestro criterio-, pero también es necesario que se entienda que la quita es un sacrificio que impone el deudor al acreedor, porque no supo, no quiso, o no pudo seguir los caminos necesarios para mantener la sanidad económica y financiera de la sociedad.

No es lógico ni razonable pensar que todo acreedor deba -necesariamente- soportar la insolvencia o la cesación de pagos del deudor como única solución concursal posible. Este razonamiento lleva a que el sistema de financiación sea ineficiente, por cuanto los préstamos se encarecerán por la mayor tasa de riesgo, y solo se prestará a quienes tengan capacidad de repago de las deudas, y no se financiarán proyectos empresarios sanos, buscándose soluciones difíciles para las financiaciones posconcursales.

A su vez, los mismos sectores que critican nuestra posición contra la quita también critican o minimizan la necesidad de la transparencia contable y de gestión empresaria que se traduce en un plan de empresa (o plan de negocios), que sustente el sacrificio que se impone al acreedor. Simultáneamente, se soslayan o suavizan también los requisitos de información contable y de auditoría de las cuentas sociales. Con ello, el combo es inevitable: la decisión del acreedor será "perder poco o perder mucho", pero en todos los casos, la crisis (por ineficacia, ineficiencia, impericia o aun por fuerza mayor, cuando no, por dolo) es trasladada a los acreedores, como perjudicados directos, y a todos los ciudadanos (por el contexto económico general), como perjudicados indirectos vía menor recaudación previsional, menor recaudación tributaria, etc., cuando no, incurriendo en subsidios para solventar aventuras empresarias de trabajadores con mucha voluntad y ningún recurso económico y financiero.

En este esquema, nadie se hace responsable de sus decisiones, y simplemente se solidarizan y socializan las pérdidas, logrando así un sistema económico y productivo ineficiente, donde la retracción de inversores, prestamistas y ahorristas es cada vez más evidente, como consecuencia obvia de la asimetría de información en la que todos estamos sumidos y que nos impide tomar decisiones válidas.

En nuestro trabajo, nos limitamos a enumerar un puñado de soluciones posibles y alternativas a la mera quita, como un aporte positivo que no se limite a criticarla como negativa, sino a abrir las mentes a nuevas opciones de negocios superadoras de la crisis empresaria, que de eso trata el sistema concursal: conservar la empresa viable, eliminar el estado de cesación de pagos y permitir el mantenimiento de las fuentes de trabajo protegiendo los intereses de todos los acreedores, minimizando daños. Creemos que el caso "Yagisawa Shouten Co.", de alguna manera, implica un aporte valioso a la teoría del financiamiento concursal y posconcursal.

Procuramos generar una reflexión en torno al hecho de que en tanto existan empresas económica y financieramente viables, que puedan exteriorizar sus planes de empresa (y el espíritu de la ley de apoyo al capital emprendedor es la transparencia de tales planes, a fin de atraer potenciales inversores) de manera clara y confiable, existen numerosas y diversas alternativas de financiación para superar la crisis, incluso para obtener *fresh money* con reglas claras por la información y el plan esbozado por la sociedad. Estas opciones bien pueden adoptarse (y es conveniente que así se haga) antes de la crisis, pero hemos traído el caso "Yagisawa Shouten Co." precisamente para demostrar que también cuando la crisis es total e irreparable, casi instantánea, las posibilidades de superarlas se amplían con estos postulados previos.

Creemos que no podemos seguir pensando al concursado o fallido solo como una pobre persona a quien no le fue bien y que debe ser amparado, prohijado y protegido por el sistema jurídico concursal y/o falencial, para pensar en el empresario que debe actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, señalando que lo que podría ser aceptable en el concurso de un empresario individual -como la quita- puede ser inaceptable cuando se ha organizado la actividad para su desarrollo en una sociedad. Los deberes fiduciarios de administradores y socios de control se potencian. En el caso que hemos planteado, dedicamos especialmente un párrafo a las buenas

prácticas empresarias llevadas adelante por la familia Kono, y cómo es posible -a partir de ellas- resurgir de las ruinas más absolutas. A partir del tsunami, la situación de Yagisawa Shouten Co. no era diferente a la de cualquiera de nuestras concursadas o fallidas, incluso peor. Y sin embargo, se pudo superar la crisis, sin recurrir a quitas ni a otros artilugios que impliquen beneficios solo para una parte.

HACIA LA NECESARIA DECLARACIÓN DE INEMBARGABILIDAD DE LAS CUENTAS BANCARIAS. O LA MUERTE CIVIL POR IMPOSIBILIDAD DE LLEVAR ADELANTE CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA

Jorge F. FUSHIMI

Publicado en: RDCO 300, 10/02/2020, 145 - Cita Online: AR/DOC/151/2020

Resumen: Este trabajo debe entenderse en su estricto sentido: al hablar de "cuentas bancarias", no estamos hablando de todos los depósitos bancarios, sino aquellos depósitos a la vista que están asociados el concepto de "cuenta". Es decir, cuentas corrientes bancarias y, además, en el caso de las personas humanas, también las cajas de ahorro en cualquiera de sus variantes: cajas de ahorros común, caja de ahorro especial (hoy inexistente), "cuentas sueldos" y "cuentas previsionales".
Palabras claves Cuenta Corriente Bancaria - Medidas Cautelares - Embargo Preventivo - Interpretacion Judicial - Cuenta Sueldo.

Abstract: This work must be understood in its strict sense: when talking about "bank accounts", we are not talking about all bank deposits, but those demand deposits that are associated with the concept of "account". That is to say, bank current accounts and, in addition, in the case of human persons, also savings banks in any of their variants: common savings banks, special savings bank (currently non-existent), "salary accounts" and "accounts pension ".
Key words: Bank Current Account - Precautionary Measures - Garnishment - Judicial Interpretation - Salary Account.

I. Límites al alcance de este trabajo

Este trabajo debe entenderse en su estricto sentido: al hablar de "cuentas bancarias", no estamos hablando de todos los depósitos bancarios, sino aquellos depósitos a la vista que están asociados el concepto de "cuenta". Es decir, cuentas corrientes bancarias y, además, en el caso de las personas humanas, también las cajas de ahorro en cualquiera de sus variantes: cajas de ahorros común, caja de ahorro especial (hoy inexistente), "cuentas sueldos" y "cuentas previsionales".

Solo por excepción nos referiremos a depósitos a plazo fijo y otras formas de colocación de fondos y lo haremos en forma expresa.

II. Introducción

Desde los años 90, el estado en sus tres niveles (federal, provincial y municipal) ha procurado la bancarización de toda la actividad económica. La medida tiene sentido desde varios puntos de vista: desde lo macroeconómico, desde el combate a la evasión fiscal, y el combate al lavado de dinero, al efecto multiplicador del dinero bancario. La bancarización tiene múltiples ventajas: da seguridad a las transacciones; facilita la celebración de contratos a distancia; es la herramienta esencial para el comercio electrónico; transparenta al fisco, la actividad económica; reduce el riesgo de pérdidas

por delitos contra la propiedad; otorga accesibilidad al crédito a favor de los titulares de cuentas bancarias (a través de la concesión de descubierto bancario, o del uso de tarjetas de crédito asociadas a tales cuentas).

La bancarización ha facilitado, incluso, la gestión y el control de la ayuda social por parte del estado, al permitir que los subsidios directos a personas humanas, sean acreditados en cuentas bancarias con posibilidad de extraer los fondos mediante el uso de tarjetas de débito, sea mediante compras en negocios autorizados, o mediante extracciones limitadas.

La evolución del sistema bancario, con la posibilidad de acceso remoto desde el hogar, a través de internet (home-banking), y la aplicación de normas bancarias, fiscales y antilavado han convertido al acceso a cuentas bancarias en un derecho casi inherente a la personalidad, como herramienta imprescindible para el manejo del patrimonio y la actividad económica y financiera de la persona humana y jurídica. A tal punto son necesarias las cuentas bancarias, que la ley que introduce a las Sociedades por Acciones Simplificadas (Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor), lo ha consagrado como una necesidad inherente a tal forma societaria[128], en su art. 60, inc. 1º, al exigir legalmente que en breve plazo[129], se abra cuenta bancaria a nombre de la SAS, sin otro requisito que la presentación del instrumento constitutivo debidamente inscripto y constancia de obtención de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT).

El embargo indiscriminado e irrestricto de cuentas bancarias, no hace sino perjudicar al sujeto pasible de la cautelar, e impide arbitrariamente el ejercicio de los derechos constitucionales a trabajar, a ejercer toda industria lícita, a comerciar y a usar y disponer de su propiedad (en este caso de manera arbitraria). En definitiva, impide toda forma de actividad económica, sea de subsistencia, laboral o empresaria.

No solo perjudica a quienes ejercen actividades mercantiles o empresariales. Piénsese en un letrado, un contador público, en un corredor inmobiliario, o un escribano, que administran bienes ajenos, por los cuales perciben alquileres y otras rentas, pagan tributos, perciben honorarios, pagan haberes salariales, retienen tributos por orden del fisco (nacional, provincial o municipal, tal el caso de los escribanos) que deben ser depositados en breves lapsos, transfieren los fondos liquidados a sus mandantes, se reciben fondos para aplicarlos al inicio de trámites o de demandas (en el caso de los letrados), o para abonar a la parte contraria, o para el pago de tasas de justicia. Los administradores de consorcios también perciben dinero de múltiples fuentes y con múltiples finalidades. Los médicos y odontólogos perciben honorarios a través de obras sociales, mediante cheques cruzados que requieren su depósito en cuentas corrientes, o bien mediante transferencias bancarias. Los arquitectos e ingenieros civiles perciben dinero de sus clientes para aplicarlos a la compra de materiales de construcción, o para el pago de las quincenas de los obreros de la construcción. Los ejemplos son múltiples y variados.

En este trabajo, nos proponemos demostrar que ninguna actividad contemporánea puede desarrollarse, si se impide el acceso a las cuentas bancarias, y —por ello— su embargo es

128 RAMÍREZ, Alejandro H., "SAS Sociedad por Acciones Simplificada", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 113: "El legislador buscó con esta medida reducir las dificultades para acceder al circuito bancario y evitar que las mipymes debieran recurrir a 'financieras' u otras instituciones no formales a fin de poder percibir los cobros de sus primeros clientes u operar con normalidad en el sistema, dado que poseer una cuenta es de vital importancia para cualquier empresa".

129 La norma prescribe que el plazo lo fijará la reglamentación. El Banco Central de la República Argentina, estableció a través de la Comunicación BCRA "A"-6223 21/04/2017 prevé que, en el caso de las SAS, solo se debe requerir —como requisito para la apertura de cuenta corriente bancaria— copia del instrumento de constitución debidamente inscripto, y constancia de inscripción ante AFIP, y que, en todos los casos la cuenta deberá estar operativa el día hábil bancario siguiente a aquel en que se hayan cumplimentado los requisitos señalados precedentemente.

irrazonable e inconstitucional, por lo que debería declararse su inembargabilidad.

III. Desarrollo. Normas que imponen el uso de cuentas bancarias

III.1. Normas antievasión

La primera de las leyes que introdujo la obligatoriedad del uso de medios de pago específicos para las transacciones económicas fue la denominada "Ley 25.345 de Antievasión" del año 2000. El art. 1º de la norma, establece que no surtirán efectos entre partes ni frente a terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a pesos mil [$1000], o su equivalente en moneda extranjera, que no fueran realizados mediante:

1. Depósitos en cuentas de entidades financieras.

2. Giros o transferencias bancarias.

3. Cheques o cheques cancelatorios.

4. Tarjeta de crédito, compra o débito.

5. Factura de crédito.

6. Otros procedimientos que expresamente autorice el Poder Ejecutivo Nacional.

Solo quedan exceptuados los pagos efectuados a entidades financieras comprendidas en la ley 21.526 y sus modificaciones, o aquellos que fueren realizados por ante un juez nacional o provincial en expedientes que por ante ellos tramiten.

Los incs. 1º, 2º, 3º y 4º, obligan a que una, o ambas partes, dispongan de cuentas bancarias desde las cuales realizar o recibir los pagos en cuestión.

Pese a que el artículo en cuestión establece que los pagos efectuados usando medios no autorizados por la ley, no surtirán efectos ni entre partes, ni frente a terceros, la jurisprudencia nacional, rápidamente, desarticuló los intentos de no reconocer pagos realizados en efectivo, por parte de algunos inescrupulosos[130] que, fundados en el texto de la norma, pretendieron negar

130 P. ej.: Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba: "Monge, Domingo I. y otra", 03/08/2006, LLC 2006, 1116, con nota de Augusto Cammisa. Cita Online: AR/JUR/6083/2006: "Aun cuando la ley 25.345 (ADLA, LX-E, 5552) procure que el medio bancario sea el vehículo a través del cual se realice la entrega del dinero objeto de la obligación, la disponibilidad del efectivo en poder del acreedor provoca la extinción del crédito y la liberación del deudor" (...) "El incumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley 25.345 (ADLA, LX-E, 5552) solo tendría que provocar efectos exclusivamente limitados al ámbito tributario". Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Santiago del Estero, 06/09/2005: "Boyero, Nelson N. y otra c. Martín, Juan A. y/u otro", LLNOA 2006 (abril), 303 - AR/JUR/6621/2005: "La ley 25.345 de Lucha Contra la Evasión Fiscal (ADLA, LIII-D, 4135), en cuanto dispuso la ineficacia entre las partes y frente a terceros de los pagos de dinero superiores a mil pesos realizados en efectivo, no puede invocarse para sustentar el planteo de ineficacia de las sumas entregadas por la parte actora en una acción de consignación judicial —en el caso, el adquirente en un contrato de compraventa—, ya que este régimen no ha modificado la sustancia ni la naturaleza de las obligaciones contractuales dinerarias, habiéndose limitado a interponer un vehículo o procedimiento a través del cual debe entregarse el dinero al acreedor, por lo que la ineficacia contemplada en aquel no puede extenderse a la entrega del dinero, en tanto sea concebida como un hecho jurídico que puede probarse por cualquier medio". CNCiv., sala B, "Pintor Segade, Antonio c. Ramírez, Héctor D.", 17/11/2009, Cita Online RDCO: 70058658: "Corresponde rechazar la excepción de nulidad o inoponibilidad opuesta por quien fuera deudor principal en una locación, respecto del acuerdo firmado entre su fiador y el locador, en virtud del cual le fueron abonadas a este último las sumas debidas por el locatario al término del contrato, si fundara su pretensión en la circunstancia de que el convenio de pago lo fue en contravención a la ley 25.345, toda vez que, aunque la ley procure que el medio bancario sea el vehículo a través del cual se realice la

validez cancelatoria a los pagos recibidos en efectivo, y cobrar dos veces la misma obligación.

III.2. Normas de carácter fiscal

El estado, en lo referente a su actividad fiscal, ha creado una serie de disposiciones de índole formal, que obligan al uso de cuentas bancarias, a fin de facilitar la percepción de tributos, y la fiscalización de las actividades privadas. Enumeramos y analizamos diversas normas tributarias:

a) Uso de medios de pago habilitados: El art. 34 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario (t.o. en 1998 y sus modificatorias), faculta al Poder Ejecutivo Nacional a condicionar el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés del contribuyente y/o responsable a la utilización de determinados medios de pago u otras formas de comprobación de las operaciones en cuyo caso los contribuyentes que no utilicen tales medios o formas de comprobación quedarán obligados a acreditar la veracidad de las operaciones para poder computar a su favor los conceptos indicados. Usualmente la norma es conocida como "medios de pago", y resulta determinante para el cómputo de créditos fiscales y otros beneficios fiscales.

b) Pago de tributos, sus accesorios y multas, solo a través de VEP: El VEP es el Volante Electrónico de Pago, creado por la resolución General AFIP 1778, que regula el pago de tributos, a través de internet y la banca electrónica. Si bien la norma permite que se paguen Volantes Electrónicos de Pago de otros contribuyentes diferentes al titular de la cuenta bancaria, la realidad es que el sistema obliga a que se disponga de acceso a una cuenta bancaria a través de internet. A la fecha, solo se encuentran exceptuados de cumplir la obligación por medio de las modalidades de pago por transferencia electrónica de fondos, débito y/o pago electrónico, los pequeños contribuyentes inscriptos en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social del Ministerio de Desarrollo Social, los asociados a cooperativas de trabajo y los adheridos al Régimen de Inclusión Social y Promoción del Trabajo Independiente. Para los casos en que no se emplee VEP, se pueden realizar transferencias electrónicas de fondos, o emplear el sistema denominado Billetera Electrónica AFIP. En todos los casos, se requiere contar con una cuenta bancaria.

c) Uso obligatorio de terminales POS y recepción de medios de pago electrónicos: (art. 10, Ley 27.253 y resolución general AFIP 3997/2017): la ley en cuestión, establece que los contribuyentes que realicen venta de cosas muebles en forma habitual, presten servicios, realicen obras o efectúen locaciones de cosas muebles, en todos los casos a sujetos que —respecto de esas operaciones— revisten el carácter de consumidores finales, deberán aceptar como medio de pago transferencias bancarias instrumentadas mediante tarjetas de débito, tarjetas prepagas no bancarias u otros medios que el Poder Ejecutivo Nacional considere equivalentes. La norma tributaria, por su parte, obliga a los vendedores, locadores y prestadores de servicios y obras, a contar con un dispositivo Punto de Venta (o POS: Point of Sale), para el uso de tarjetas de débito, crédito o precargadas. Solo están exentas del uso de estos dispositivos, los contribuyentes que desarrollen su actividad en localidades cuya población resulte menor a un mil [1000] habitantes, de acuerdo con los datos oficiales publicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina, y las operaciones cuyo monto no supere los $10,00. Dejamos aclarado: todo aquel que realice actividad económica que no sea en relación de dependencia y no esté exento, está obligado a contar con dispositivo POS.

d) Pago de planes de facilidades de pago: En la actualidad, todos los diferentes planes de

entrega del dinero objeto de la obligación, no cabe duda que la disponibilidad del efectivo en poder del acreedor es lo que provoca la extinción del crédito y la liberación del deudor".

facilidades de pago de AFIP, obligan a contar con una cuenta bancaria en la cual se practicarán, en los períodos indicados en cada caso, los débitos de manera automática de las cuotas acordadas, para ser transferidas a las cuentas del organismo fiscal. Podemos citar, de los planes vigentes a la fecha de este artículo, y sin computar regímenes especiales (como el plan de facilidades de pagos para productores de peras y manzanas):

— Plan de pago para obligaciones vencidas al 15/08/2019, según resolución general 4557/2019;

— Plan de pagos permanente, resolución general 4268/2018;

— Plan de pagos para Ganancias y Bienes Personales, resolución general 4057/2017;

— Plan permanente para Monotributo, resolución general 4166/2017;

— Plan de pagos para entidades sin fines de lucro, resolución general 4342/2018;

— Plan de pagos para acuerdos preventivos extrajudiciales, resolución general 4341;

— Plan para concursados y fallidos, resolución general 3587/2014.

e) Impuesto sobre los débitos y créditos en cuenta corriente bancaria. La Ley 25.413 introdujo este impuesto claramente distorsivo del funcionamiento de la economía, que es contradictorio con el objetivo de bancarizar a todas las transacciones económicas, al conducir a los fondos líquidos de los contribuyentes, hacia un brete donde estarán gravados los débitos y créditos bancarios, sin un hecho imponible explícito que lo respalde. La norma no solo grava a las transacciones bancarizadas a través de cuenta corriente bancaria, sino también a las operaciones que —debiendo ser bancarizadas— fuesen abonadas mediante el pago en efectivo. En efecto, el art. 1º, inc. c) establece que estarán gravados todos los movimientos de fondos, propios o de terceros, aun en efectivo, que cualquier persona, incluidas las comprendidas en la Ley de Entidades Financieras, efectúe por cuenta propia o por cuenta y/o a nombre de otras, cualesquiera sean los mecanismos utilizados para llevarlos a cabo, las denominaciones que se les otorguen y su instrumentación jurídica, quedando comprendidos los destinados a la acreditación a favor de establecimientos adheridos a sistemas de tarjetas de crédito y/o débito. En este caso, cambia el funcionamiento del tributo, que no requiere de liquidación y presentación de declaraciones juradas por parte del contribuyente, sino que la entidad financiera opera como agente de percepción del tributo, y obliga al contribuyente a "autoliquidar" o "autorretener" el tributo, aplicándose el doble de la alícuota legal prevista. Debemos aclarar que no se trata de una sanción legal, sino que se trata de una disposición tendiente a evitar la elusión fiscal mediante los pagos en efectivo. En ciertos casos, la jurisprudencia[131] ha atenuado la obligación de autoliquidar el tributo.

En definitiva, las normas fiscales impiden desarrollar cualquier actividad económica, si no se cuenta con una cuenta bancaria.

III.3. Pago de haberes salariales a través de cuentas bancarias

El art. 124 de la Ley de Contrato de Trabajo, modificado por ley 26.590, establece que las

131 CNFed. Cont. Adm., sala IV, 12/06/2014, "Supermercados Mayoristas Yaguar SA c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo"; IMP 2014-8, 156 PET 2014 (agosto-545), 11 PET 2014 (septiembre-546), 11; Cita Online: AR/JUR/29134/2014: "El ajuste en el Impuesto sobre los Créditos y Débitos en Cuentas Bancarias efectuado sobre los pagos realizados por una empresa mediante depósitos en efectivo en las cuentas bancarias de sus proveedores, debe confirmarse, pues atento a que la firma lleva a cabo la cancelación de sus obligaciones mediante el empleo habitual y sistemático de dicho mecanismo, y que los depósitos representan un volumen significativo de sus deudas, todo lo cual se vincula de manera directa e inmediata con su actividad normal y habitual, existe un sistema organizado de pago alcanzado por el impuesto".

remuneraciones en dinero debidas al trabajador deberán pagarse, bajo pena de nulidad, en efectivo, cheque a la orden del trabajador para ser cobrado personalmente por este o quien él indique o mediante la acreditación en cuenta abierta a su nombre en entidad bancaria o en institución de ahorro oficial. Continúa aclarando la norma que dicha cuenta, especial, tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada.

La norma, por cierto, prevé que el trabajador siempre podrá optar por percibir la totalidad de sus haberes en efectivo, para lo cual deberá manifestar su voluntad al empleador, de manera escrita, y suscribir personalmente los recibos de haberes al recibir el pago.

III.4. Incremento de tasa en impuesto sobre débitos y créditos bancarios en cuenta corriente bancaria, introducido por la ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública

El art. 45 de la ley 27.541, titulada "Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública", introdujo un segundo párrafo al art. 1º de la ley 25.413[132], que expresa que: "En el caso previsto en el inc. a), cuando se lleven a cabo extracciones en efectivo, bajo cualquier forma, los débitos efectuados en las cuentas mencionadas en dicho inciso, estarán sujetos al doble de la tasa vigente para cada caso, sobre el monto de los mismos. Lo dispuesto en este párrafo no resultará de aplicación a las cuentas cuyos titulares sean personas humanas o personas jurídicas que revistan y acrediten la condición de Micro y Pequeñas Empresas, en los términos del art. 2º de la ley 24.467 y sus modificatorias y demás normas complementarias".

Esto significa que cuando una mediana o una gran empresa (no aplica para personas humanas, micro y pequeñas empresas) realice extracciones de dinero en efectivo, deberá abonar una alícuota incrementada en el 100% (doble de la alícuota) por tal débito efectuado en la cuenta corriente. Esto lleva a que estas empresas solo puedan disponer del efectivo que recauden por sus operaciones con consumidores finales o con quienes, no siéndolo, abonen montos inferiores a $1000,00. En caso de necesitar dinero en efectivo, cualquier débito que se haga con tal finalidad tributará un total de 1,2% (es decir, 0,6% más que en un débito no extractivo).

La norma tiene una finalidad eminentemente extrafiscal y es evitar que circule dinero en efectivo, cuyo exceso potencia los efectos inflacionarios, además de un fin fiscal, que en nuestra opinión sería secundario. Se busca desalentar el uso de dinero físico y su sustitución por dinero electrónico.

La consecuencia obvia de esta disposición es que tanto la gran empresa, como la mediana, solo podrán realizar pagos mediante transferencias bancarias o mediante el uso de títulos valores propios o de terceros (a través del endoso). Todo proveedor o prestador de servicios de estas empresas, pues, deberá contar con cuentas bancarias para recibir tales pagos.

III.5. Cuentas judiciales

En el ámbito judicial, a partir de la Comunicación "A" 5212 del 01/08/2011 (modificatoria de la Circular OPASI-2) dictada por el Banco Central de la República Argentina, se estableció la obligatoriedad de que todo depósito en cuenta abierta en expedientes judiciales, y todos los pagos que de estas se realicen, en la medida en que superasen los $30.000,00, deben ser realizados mediante transferencias electrónicas. Los depósitos se realizarán mediante transferencias, y las

132 Titulada Ley de Competitividad e introduce el impuesto sobre débitos y créditos en cuenta corriente bancaria.

órdenes de pago, por encima del monto indicado, se abonarán solo mediante transferencias bancarias, y nunca en efectivo. La costumbre ha llevado a que diversas jurisdicciones generalicen el uso de las transferencias electrónicas para todas las órdenes de pago que se emitan, sean para gastos, para honorarios, pago de importes a sus acreedores, cuotas alimentarias, etc. Nuevamente, ello obliga a contar con cuentas bancarias para transferir a las cuentas judiciales, o para recibir los pagos de las cuentas judiciales.

Colofón de la primera parte: todo lo expresado, nos demuestra que es imposible realizar transacciones económicas sin contar con una cuenta bancaria que admita la realización de transferencias electrónica que se acrediten o que se debiten, restringiéndose —cada vez más— el uso del dinero en efectivo. Es una necesidad inherente a toda actividad económica.

IV. Embargo preventivo y embargo de cuentas bancarias

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, trata sobre el embargo preventivo en el tít. IV, cap. III (medidas cautelares), sección 2ª. Tal medida, se ha dicho[133], "El embargo preventivo es la medida cautelar que, afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar la eventual ejecución futura, individualiza aquellos y limita las facultades de disposición y de goce de este, inter se obtiene la pertinente sentencia de condena o se desestima la demanda principal". La misma definición emplea Novellino[134]. Con un método expositivo diferente, Alsina[135] explica que "el embargo es la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución", y que "su objeto es la individualización y la indisponibilidad del bien afectado, mediante las cuales se asegura que el importe obtenido por la realización judicial del mismo será aplicado a satisfacer el interés del acreedor". Más adelante, al tratar sobre los efectos del embargo, expresa que: "el embargo no importa desapropio, pues la cosa embargada continúa siendo propiedad del ejecutado mientras no se proceda a su enajenación por orden judicial. Tampoco importa la constitución de un derecho real, ni engendra una hipoteca judicial, ni atribuye al acreedor ningún poder sobre la cosa embargada. Su efecto no es otro que el poner la cosa a disposición del juez que ordenó el embargo, sin cuyo conocimiento no pude dársele otro destino o someterlo a una afectación diferente".

El Cód. Proc. Civ. y Com., también regula sobre el embargo preventivo, en el trámite del juicio ejecutivo, Libro tercero, tít. II (Juicio ejecutivo), cap. II (Embargo y excepciones).

El cuerpo ritual nacional, nada establece sobre los bienes embargables o acerca de un orden de preferencia respecto de la embargabilidad, como sí lo hace —por ejemplo— el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, en el art. 538, al tratar sobre el embargo en el juicio ejecutivo, establece un orden de prelación sobre los bienes embargables. Establece la norma referida: Art. 538: El embargo de bienes se hará en el orden siguiente:

1) Dinero efectivo;

2) Efectos públicos;

3) Alhajas, piedras o metales preciosos;

133 PODETTI, J. Ramiro, "Derecho procesal civil, comercial y laboral", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., t. IV "Tratado de las medidas cautelares", p. 215.

134 NOVELLINO, Norberto J., "Embargo, desembargo y demás medidas cautelares" Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 5ª ed. actualizada y ampliada, p. 140. Este autor usa como base la primera edición de la obra de Podetti, del año 1956.

135 ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962, 2ª ed., t. V "Ejecución forzada y medidas precautorias", ps. 62-63.

4) Bienes muebles o semovientes;

5) Bienes raíces;

6) Créditos o acciones, y

7) Sueldos, salarios y pensiones.

Sin embargo, el deudor podrá variar el orden establecido precedentemente, siempre que presente bienes suficientes y de fácil realización a juicio del ejecutor. Igual derecho tendrá para solicitar la sustitución al Tribunal, cuando se tratare de bienes embargados con anterioridad. Aclara la norma que, tratándose de establecimientos comerciales, fabriles, de servicios, productivos o afines, y para el caso de medidas cautelares preventivas, habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 463 y 464 del presente Código. El artículo al que nos reenvía la norma citada (concretamente el art. 463 del Cód. Proc. Civ. y Com. de Córdoba) (Libro Primero, Parte General; capítulo VI, Medidas Cautelares), en sus párrafos segundo y tercero, establece que el deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere. La resolución se dictará previo traslado. Sin embargo, en los casos en que la medida cautelar preventiva hubiera recaído sobre dinero en efectivo, depósitos en cuenta corriente bancaria, caja de ahorro, sumas depositadas en cualesquiera de sus formas o la recaudación diaria de establecimientos comerciales, fabriles, de servicios, productivos o afines, el Tribunal resolverá, previa vista conjunta y simultánea a los embargantes y en el término de un [1] día, la sustitución de la cautelar. La resolución será apelable sin efecto suspensivo.

Adviértase, pues, que el procedimiento de la provincia mediterránea prevé un tratamiento urgente para la sustitución de embargo que recaiga sobre depósitos en cuentas bancarias, o la recaudación diaria. Sobre ello, nos explayamos más abajo.

El Código Procesal Civil y Comercial nacional, por su parte, confiere al juez, atribuciones para disponer de medidas precautorias distintas de la solicitadas o limitarlas, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger. Asimismo, prevé que cuando el embargo se trabare sobre bienes muebles, mercaderías o materias primas, pertenecientes a establecimientos comerciales, fabriles o afines, que los necesitaren para su funcionamiento, el juez podrá autorizar la realización de los actos necesarios para no comprometer el proceso de fabricación o comercialización.

IV.1. Embargo preventivo y secuestro

Conforme a la doctrina analizada, las dos medidas son diferentes. El embargo implica la indisponibilidad de la cosa embargada, pero esta —como regla general— no sale del patrimonio del embargado, hasta tanto no se decrete su secuestro para su posterior subasta. Mientras, el secuestro implica que el bien embargado sale del ámbito de la guarda y custodia del su propietario embargado, para ser depositado en un depósito judicial, o designando depositario a un tercero. Por tal motivo, los embargos que implican secuestro de bienes en general son otorgados con carácter restrictivo, y solo en la medida que no existan otros bienes que den las seguridades necesarias que requiere el embargante, ya que el embargado se ve privado del uso y goce de un bien, sin tener una sentencia que así lo ordene. Con acierto, Podetti[136], respecto del secuestro como medida cautelar, distingue entre secuestro en sentido restringido y propio, que es el que se ordena cuando lo que

136 PODETTI, J. Ramiro, ob. cit., p. 275.

interesa cautelar es la cosa misma sobre la cual recae la medida; y secuestro en sentido amplio e impropio, que es "el acto de desapoderar a una persona de un bien, mueble o inmueble sea aquel su propietario o un tercero, para ponerlo en custodia judicial" (esto nos llevará a concluir que si sale de la órbita de un particular para ir a la órbita de un órgano del estado, estaríamos frente a una forma de confiscación). En igual sentido que lo que expresamos, Rivas[137] sostiene que "[e]n los códigos argentinos, el secuestro importa una medida de especial gravedad ya que significa el desapoderamiento material del bien y su entrega a un tercero, solución que no se da necesariamente en el embargo sin perjuicio de que pueda corresponder en ciertos casos, el consiguiente desapoderamiento cuando por la naturaleza del bien embargado (verbigracia, dinero) este no permanece ni puede permanecer en manos de su titular". Por lo tanto, entre las escasas situaciones en las que la orden de embargo preventivo impone el secuestro de los bienes, están los embargos de sumas de dinero, de recaudaciones (o de caja), y los embargos de cuentas bancarias.

Tratándose del secuestro de dinero por cualquiera de tales causas, el depositario será el tribunal ordenante, y nunca el propio acreedor, habida cuenta de la exclusión de facto del deudor, al secuestrárseles los fondos. Ello solo, amerita la necesidad de proceder con criterio restrictivo.

IV.2. Embargo de fondos y cuentas bancarias

Como expresamos más arriba, se puede ordenar el embargo de cuentas bancarias, lo que implica, en realidad, que todo fondo disponible y futuro que ingrese a las mismas, será secuestrado y depositado (o transferido) a una cuenta judicial, hasta tanto se cubra el monto embargado. Esto genera un sinnúmero de complicaciones, atento a que la medida implica la imposibilidad de abonar haberes, tributos, restituir dinero, vender a través de tarjetas de débito, etc. Los fondos son transferidos al poder judicial (a la orden del tribunal ordenante), y ello impide —prácticamente— toda forma de actividad económica, ocasionando perjuicios[138].

Los embargos sobre recaudaciones (o de caja): históricamente se ha limitado el embargo de recaudación o "de caja", atento a que la suma recaudada está destinada para múltiples fines que no son solo atender eventuales pasivos en litigio, como pago a proveedores, de haberes, de tributos, de servicios[139], etc. Tales medidas siempre tuvieron carácter de excepcionalidad, y solo procedían en los casos en los que fuese infructuosa cualquier otra forma de embargo, ya que implica inmiscuirse en la gestión económica, financiera y administrativa del embargado[140]. Las

137 RIVAS, Adolfo A., en PEYRANO, Jorge W. (coord.), "Tratado de las medidas cautelares", Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, 1996, t. 3, p. 39.

138 Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes, 13/12/2017, "Incidente de Apelación en Incidente de Medida Cautelar en Acevedo Raúl Alejandro c. Espíndola, Alberto Gabriel s/ ind., etc." (expte. IL1 133.588), Resolución 327: "La regla debe ser la sustitución del embargo sobre dinero si se ofrecen bienes suficientes, ya que deben evitarse acarrear perjuicios innecesarios al deudor".

139 Cfr.: CNCom., sala B, 18/09/2018, ¡Superintendencia de Riesgos del Trabajo c. El Cóndor Empresa de Transporte SA s/ ejecutivo s/ incidente art. 250", LLOnline AR/JUR/47343/2018: "El significado y alcance de la expresión 'entradas brutas' contenida en el Cód. Proc. Civil y Comercial en lo referente al monto que podrá recaudar un interventor debe ser interpretado de forma armónica con las demás disposiciones de dicho cuerpo legal, por lo que debe inferirse que no deben afectar el capital de giro de la explotación, ni la retribución de los factores de producción mínimamente necesarios para que la obtención de frutos resulte viable".

140 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercia de Chaco, sala Segunda, expte. 1618/17-1-C —Foja: 90/92— "Kuray, Matías D. c. Don Car SA s/ ejecución de sentencia art. 97, ley 848 - auto interlocutorio 288". Resistencia, 30/11/2018: "Ahora bien, la cautelar requerida por el ejecutante es una medida excepcional por la cual se interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales. Siendo así, el pedido de interventor recaudador constituye una cautelar de las más gravosas. Importa ingresar en la administración y desenvolvimiento normal del comercio de que se trata y además reviste carácter subsidiario. Así las cosas, su admisión reviste carácter excepcional".

resoluciones que ordenaban embargos sobre recaudaciones generalmente establecían un monto porcentual que el oficial de justicia debía embargar, secuestrar y depositar a la orden del tribunal que oscilaba alrededor del veinte por ciento (20%) de las mismas, y siempre sujetas a la posibilidad de ser reevaluadas, en caso que se determinara que la medida ocasionaba perjuicio. En un caso, se determinó un límite del 25% de lo recaudado mensualmente[141] y otros porcentajes diferentes, según la importancia del caso, el monto del crédito y el monto del giro del negocio. El límite al monto embargado sobre la recaudación, o la denegatoria del embargo, tienen su fundamento en el notorio perjuicio que ocasionan a la actividad empresarial, mercantil[142], de servicios, de obra, etcétera.

IV.3. Limitaciones a los embargos de cuentas bancarias y fondos en la provincia de Córdoba

Las razones expuestas más arriba llevaron a que la Legislatura de la Provincia de Córdoba, en el año 2006, mediante Ley 9280, modificara el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia mediterránea e introdujera dos novedades. Al art. 463 del Cód. Proc. Civ. y Com. Cba., se le agregó un último párrafo que establece: En los casos en que la medida cautelar preventiva hubiera recaído sobre dinero en efectivo, depósitos en cuenta corriente bancaria, caja de ahorro, sumas depositadas en cualesquiera de sus formas o la recaudación diaria de establecimientos comerciales, fabriles, de servicios, productivos o afines, el Tribunal resolverá, previa vista conjunta y simultánea a los embargantes y en el término de un [1] día, la sustitución de la cautelar. La resolución será apelable sin efecto suspensivo. Dando especial trámite a los pedidos de sustitución de embargos recaídos sobre cuentas bancarias, sumas depositadas o la recaudación diaria, y obligando al Tribunal a resolver, previa vista conjunta (cuando la regla es que las vistas se corran por orden) a los embargantes, en el plazo máximo de un [1] día, dándole también celeridad al trámite. La norma, no hace sino reconocer la realidad y la importancia de liberar, en tanto se ofrezcan bienes a embargo en sustitución de entidad, monto y cualidades admisibles, las cuentas bancarias y las sumas líquidas de dinero, alterando así el orden de la regla establecida más arriba.

La segunda reforma, fue introducida al art. 476, Cód. Proc. Civ. y Com. de Cba. que trata sobre el interventor recaudador y que establece que, a pedido del acreedor y a falta de otra medida cautelar eficaz o de bienes susceptibles de embargo o como complemento de la dispuesta, podrá designarse a un interventor recaudador y/o decretarse embargo de sumas de dinero en efectivo o depositadas en cualesquiera de sus formas, si aquella debiera recaer sobre bienes productores de rentas o frutos. Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada o

141 Cámara Civil de Neuquén, sala III, 04/12/2018, "Grupo LASA SRL c. Aeropuertos Del Neuquén SA s/ cumplimiento de contrato" (JNQCI6 EXP 523.392/2018): "Corresponde hacer lugar al embargo preventivo teniendo en cuenta que si bien fue solicitado sobre el 70% de lo recaudado mensualmente por Aeropuerto del Neuquén SA, considero que en función de la actividad que despliega esta firma, en donde debe abonar sueldos, efectuar pagos a sus otros acreedores —entre ellos la Provincia—, ello con la finalidad de poder cumplir con el contrato de concesión celebrado, que posibilita el cumplimiento del servicio de transporte aéreo conectando esta Provincia entre sí, con Provincias vecinas y con el resto del país, estimo que debe ser fijado en el 25% de lo recaudado por la demandada en virtud del contrato de concesión".

142 Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, 19/12/2008, "Barrozo, Mario M. c. Niceta, Marcelo y ots.", LLOnline, AR/JUR/20846/2008: "El embargo preventivo procura prevenir un daño anticipándose al reconocimiento del derecho y debe ser no solo jurídicamente posible, sino adecuado a las circunstancias fácticas del caso y no imponer condiciones que afecten el derecho a trabajar, pues el acreedor tiene interés en que el deudor se desenvuelva exitosamente para así cumplir con sus obligaciones, por lo cual llevarlo a una situación perjudicial conspira contra dicho fin... Es procedente reducir el monto del embargo dispuesto respecto de la recaudación del fondo de comercio del demandado, ya que se han afectado otros bienes de su propiedad y la circunstancia de que sea muy alto el monto a garantizar, no autoriza a establecer un porcentaje sobre las entradas brutas que termine por generar un daño mayor que el que se pretende evitar, por lo cual debe establecerse un equilibrio entre la tutela potencial del crédito y el perjuicio que sufre el deudor".

sumas depositadas, sin injerencia alguna en la administración. El Tribunal determinará el monto de la recaudación, que no podrá exceder del veinte por ciento (20%) de las entradas brutas, y su importe deberá ser depositado a la orden del Tribunal, dentro del plazo que determine. La norma fija un tope máximo de un veinte por ciento (20%) de las entradas brutas que perciba el deudor, y —además— pone a salvo a la administración de la actividad.

Se dijo, en un fallo meduloso[143], que la modificación del art. 476 obedeció a la necesidad moralizadora de no utilizar la intervención (hoy incluido el embargo sobre dinero) como modo de procurar una pronta transacción, como una manera de presión abusiva sobre el demandado, dado que las cautelares así trabadas, influyen negativamente en el patrimonio del cautelado; pero tal reforma tuvo en miras la protección del patrimonio de los establecimientos comerciales e industriales, a fin de no alterar el giro comercial o industrial. Cabe traer las palabras del legislador Guzmán, al tiempo de la discusión parlamentaria reformatoria, cuando señaló que "El despacho extiende su modificación a la solicitud de un interventor recaudador sobre fondos, dineros o valores de establecimientos comerciales, industriales o de servicios limitando dicha posibilidad a la inexistencia de otros bienes susceptibles de embargo preventivo. Consideramos que esto es acertado, toda vez que una cautelar preventiva efectivizada sobre dinero —que puede ser esencial a la vida comercial de un establecimiento— puede resultar, en definitiva, un medio gravoso utilizado para obtener una transacción judicial con el riesgo de afectar una fuente de trabajo. "La reforma mantiene la posibilidad de solicitar este tipo de embargo preventivo, aunque acota a márgenes razonables su procedencia. No sigue línea diversa la exposición del legislador Arias, como miembro informante de la Comisión de legislación general, al sostener que '... en la práctica diaria —referida a estos establecimientos— vemos que esta medida cautelar es utilizada en forma desproporcionada con la finalidad de presionar excesivamente al demandado, que en muchas oportunidades ocasionan asfixia financiera, y conducir a la inmovilidad del giro comercial e incluso a la insolvencia o hasta al mismo quebranto'".

Sin embargo, el mismo fallo en cuestión, dejó aclarado que la designación de "interventor recaudador", no es apropiada, y que "el título del artículo sigue refiriendo al 'Interventor recaudador', sin hacer referencia alguna al 'embargo'. No obstante ello, caben dos aclaraciones: por una parte, que el título del artículo no es definitorio. Sucede como en otros supuestos v.gr. del art. 483 del mismo cuerpo legal, cuando se lo titula como "Prohibición de innovar" siendo que también contempla la 'medida innovativa' ('... existiere el peligro de que si mantuviera... la situación de hecho o de derecho... '). Por la otra, porque la función del interventor-recaudador opera, en los hechos, como un embargo preventivo sobre dinero. De allí que, atendiendo al propio texto de la reforma, no puede negarse que, maguer la mala técnica legislativa, el art. 476 refiere tanto al interventor recaudador, como al embargo preventivo. Por ello, tanto para una u otra medida cautelar, debe tenerse presente que para cautelar sumas de dinero en efectivo o depositadas (situación que alcanza al embargo de sueldos), debe tratarse de una situación en la cual no haya otra medida cautelar eficaz o bienes susceptibles de embargo. Esto último, aludiendo a otros bienes diversos del dinero". De esta manera, deja aclarado que el rol del interventor recaudador, no es el de una intervención en el sentido estricto (como podría ocurrir con una intervención judicial, por caso), sino que es el agente judicial que, por imperio de una manda legal, traba embargos sobre diversas formas de recaudación[144], usualmente conocidas como "embargos de caja" o "embargos

143 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 4ª Nominación de la ciudad de Córdoba, Auto 194 del 31/05/2018, "Más Beneficios SA c. Moreno, José D. presentación múltiple - abreviados - cuerpo de copia", del sitio web oficial del Poder Judicial de Córdoba: https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=1483.
144 En similar sentido, NOVELLINO (ob. cit.), p. 276.

de recaudación", y secuestra las sumas de dinero ordenadas para depositarlas judicialmente.

V. Jurisprudencia y doctrina nacional sobre embargos y otras limitaciones al uso de cuentas corrientes bancarias

La jurisprudencia, ha ido creando también, un sólido cuerpo de principios que ponen en valor a la libre disponibilidad de las cuentas bancarias y de los fondos líquidos de las personas humanas y jurídicas, y de toda actividad económica que precise emplear tales recursos, de manera normal, teniendo en cuenta la realidad económica contemporánea. No es unánime, pero sí se va extendiendo lentamente. Ilustraremos nuestro punto con algunas citas jurisprudenciales.

V.1. Jurisprudencia procesal

1. Este primer fallo, explica que la traba de embargo sobre fondos depositados en cuentas bancarias y aún a plazo fijo, se asemeja a la inhibición general para operar en el sistema financiero, por lo que debe ser rechazada: La traba de embargo sobre los fondos en depósitos a plazo fijo, cuenta corriente bancaria, caja de ahorro, o cualquier otro tipo de cuentas que tenga o deposite en el futuro la deudora debe rechazarse, pues dicha medida se asemeja a una inhibición general para operar en el sistema financiero, lo cual carece de respaldo legal y vulnera lo dispuesto en el art. 535, párr. 1º, del Cód. Proc. Civil y Comercial (CNCom., sala A, 11/02/2014, "CFA Compañía Fiduciaria Americana SA c. Santos, Leonardo Roberto s/ ejecutivo", LA LEY 08/05/2014, 7; LA LEY 2014-C, 151; DJ 23/07/2014, 76; Cita Online: AR/JUR/5509/2014).

2. Otros fallos no solo hacen referencia a la improcedencia de embargos a todos los bienes que pertenezcan a la demandada y que se encuentren en el circuito financiero, atento a su falta de precisión y determinabilidad, sino que también eximen al BCRA de la obligación de informar sobre la existencia de cuentas y cajas de seguridad abiertas en entidades financieras habilitadas, siendo responsabilidad del embargante obtener la información sobre bienes a embargar y no recaer tal responsabilidad en la autoridad de control y supervisión de la actividad financiera argentina. "Ahora bien, como principio, la efectivización de un embargo presupone la determinación del bien o los bienes objeto de la medida (arg. contrario sensu del art. 228, Cód. Proc. Civ. y Com.); motivo por el cual juzgase inviable disponer un embargo en la forma solicitada. Sucede, que es inadmisible la pretensión de extender simultáneamente la medida a todos los bienes que por múltiples conceptos pertenecieran a la demandada en el circuito financiero, toda vez que dicha fórmula genérica transgrede no solo la exigencia de determinar el asiento del embargo, sino que torna ilusoria la observancia del requerimiento legal de limitar la medida a los bienes necesarios para cubrir el crédito reclamado y las costas —art. 213, Cód. Proc. Civ. y Com. Por lo demás, el mecanismo propuesto por la apelante para la concreción de la medida importaría distraer al BCRA de las funciones específicas que han sido establecidas por los arts. 3º y 4º, ley 24.133 —v.gr., preservar el valor de la moneda, regular la cantidad de dinero circulante, vigilar el funcionamiento del mercado y aplicar la Ley de Entidades Financieras, establecer y ejecutar la política cambiaria—, para atribuirle la realización de actividades ajenas a las mismas, que solo tienden a la satisfacción del interés individual de un acreedor (conf. esta sala, "Banco del Buen Ayre SA c. Sosa, Agustín S. y otro", del 23/12/1996, y su cita)" (CNCom., sala E, "Coto CICSA c. Argenvases SA"; 27/12/2006, Cita Online: 35022150).

3. Este fallo es especial en cuanto a la forma en que los bancos deben imputar los ingresos a cuentas que han sido sujetas a embargo: la regla judicial del fallo, establece que primero deben aplicarse a cubrir los descubiertos bancarios, y luego, el excedente, afectarse a la atención del

mandamiento judicial de embargo. Transcribimos una larga parte del fallo, en atención al escrupuloso análisis que efectúa sobre las cuentas corrientes bancarias, y sobre la naturaleza de los fondos, dejando bien en claro que los montos "descubiertos", son de propiedad de la entidad bancaria, y solo los saldos positivos (o deudores para la entidad bancaria: "La cuenta corriente bancaria que según el art. 792, Cód. Com. se denomina "a descubierto" reconoce como antecedente un contrato de apertura de un crédito por parte del banco, en favor del cliente, por el cual el banco anticipa los fondos sobre los cuales, en la medida de ese crédito, el cliente puede girar. El giro "en descubierto" se diferencia del giro contra la cuenta corriente "con provisión de fondos" en que esta tiene como antecedente un depósito bancario (conf., MALAGARRIGA, Carlos C., "Tratado elemental de derecho comercial", t. II, 1963, p. 761). Se ha caracterizado a la autorización para girar en descubierto como una operación de crédito mediante el cual el banco se compromete a poner a disposición del cliente una suma de dinero, autorizándolo a girar sobre ella en la cuenta corriente (CNCom., sala A, 17/02/2004, JA 2004-IV-336). Se desprende de su propia naturaleza que tanto el giro en descubierto o el también llamado "adelanto transitorio de fondos" que es facultativo del banco, como operación de caja, implica relaciones entre este y el cliente sobre la base de un crédito y, consecuentemente, genera en la cuenta corriente débitos que dicho cliente deberá satisfacer cuando venza el plazo por el cual aquel fue acordado o, si no hubiese plazo, cuando el banco lo exija. Va de suyo, pues, que el crédito opera en favor de las libranzas que haga el cliente contra la cuenta de su titularidad que son atendidos por el banco asentando el débito correspondiente al hacer efectivo el pago. Y el saldo de la cuenta estará reflejado, día a día, por los depósitos que puedan hacerse en la cuenta y los pagos que en virtud del descubierto han sido atendidos. La cuestión que trae a consideración el caso implica responder si los depósitos realizados en la cuenta corriente que opera con saldo deudor están alcanzados por el embargo que se dispuso. Es sabido que los fondos depositados en un banco no son de propiedad del depositante (es decir del cliente) sino que dichos fondos son transferidos al banco y, a cambio, el cliente adquiere un crédito contra aquel. Solo cuando los depósitos exceden los débitos, arrojan un saldo acreedor en favor del cuentacorrentista. Cuando los depósitos se hacen en una cuenta con saldo deudor, los fondos transferidos al banco no generan un crédito a favor del cliente. Ahora bien, el embargo implica un débito que, por orden judicial, debe hacerse sobre la cuenta corriente. Se trata de un débito porque es menester que los fondos aplicados a él se extraigan de la cuenta y se transfieran a la cuenta del juicio. Para realizar este débito es menester que exista saldo acreedor y el embargo se hará efectivo en la medida de ese saldo. Si, por el contrario, no existe saldo acreedor sino saldo deudor no existen estrictamente fondos sobre los cuales hacer efectivo el embargo. Los depósitos que puedan haberse efectuado en la cuenta corriente, en tanto ellos no superan el saldo deudor, son transferidos al banco, como acaece con cualquier depósito, pero no determinan un crédito en favor del cliente contra el banco susceptible de ser embargado. Llegados a este punto, forzoso es coincidir con el criterio sustentado por el a quo: el embargo no puede recaer sobre fondos transferidos al banco contra un saldo deudor de la cuenta corriente. La autorización para girar en descubierto se limita a mantener una disponibilidad crediticia pero no transfiere fondos al cliente. Como esa disponibilidad —dice Villegas— no se refleja en un abono o acreditación en la cuenta corriente, no es susceptible de ser embargada (VILLEGAS, Carlos G., "Teoría y práctica del cheque y de la cuenta corriente bancaria", 2001, p. 146). De lo contrario se daría la paradoja de que la entidad bancaria estaría atendiendo el embargo utilizando sus propios fondos, no los que debe tener a disposición del cuentacorrentista (CNCiv., sala F, 22/02/2006, "Válido, Rubén H. c. Banca Nazionale del Lavoro SA"; SJA 10/05/2006; JA 2006-II-259; Cita Online: 5003110).

V.2. Jurisprudencia en materia concursal

Hemos dedicado este acápite a la jurisprudencia dictada en materia concursal, atento a que numerosos fallos y doctrina, han reconocido la necesidad de que el concursado pueda continuar con el giro normal de sus negocios, bajo vigilancia del síndico, ejerciendo la actividad económica de la misma manera que si se encontrara in bonis. Sin embargo, sea por vía contractual expresa, o por disposiciones del Banco Central de la República Argentina, frente a la apertura del concurso, se procede al cierre de las cuentas bancarias.

1. Como medida de no innovar solicitada al inicio del concurso preventivo, o al requerirse al juez concursal la intervención, frente al cierre de las cuentas corrientes y otras cuentas bancarias, desde hace largo tiempo, se viene reconociendo la necesidad de evitar el cierre de cuentas bancarias: "Respecto de la medida de no innovar solicitada y teniendo en consideración que el mantenimiento del cierre de las cuentas corrientes de que se trata podría acarrear a la sociedad concursada diversos inconvenientes operacionales sobre todo el cierre de todas las demás cuentas por imperio de lo dispuesto en la resolución del Banco Central de la República Argentina B. F. 666, lo que, a su vez, traería aparejado un evidente escollo que podría comprometer gravemente la continuación del giro empresario que la Ley de Concursos trata de tutelar como uno de sus principios básicos, corresponderá hacer lugar a la pretensión deducida ordenándose la reapertura de aquellas" (CNCom., sala B, 20/05/1986, "Droguería Rivera, Soc. en Com. por Accs."; LA LEY 1986-E, 40; DJ 1987-1, 306 Cita Digital Thomson Reuters AR/JUR/1919/1986).

2. Una doctrina más moderna, de Córdoba, califica a la petición de verdadera medida autosatisfactiva, más que medida cautelar atípica, tomando en cuenta la importancia que tienen las cuentas bancarias en el desarrollo de toda actividad económica, en particular estando en cesación de pagos. El estado actual del tráfico moderno, donde el pago en efectivo se ha convertido en excepción, indica que la titularidad por parte de los comerciantes de una cuenta corriente o caja de ahorros, se ha convertido en una necesidad ineludible, cuya falta puede tornar mucho más gravoso su esfuerzo por superar el estado de cesación de pagos; esto impone a los magistrados armonizar la normativa concursal con las medidas de orden financiero vigentes, a fin de no condenar a los deudores a la negación del acceso al sistema bancario que es imprescindible para la preservación del normal despliegue de su giro comercial... El recurso coloca a esta Cámara en la necesidad de expedirse por primera vez, acerca de una temática en la que tanto doctrina como jurisprudencia se han mostrado vacilantes. En efecto, la procedencia de medidas cautelares no previstas en la ley concursal, ni en los Códigos de rito (cautelares "atípicas"), en su mayoría dirigidas a preservar la continuación de la actividad de la deudora o la igualdad entre los acreedores, ha generado opiniones encontradas, cuyo análisis resulta insoslayable a fin de resolver este recurso. Previo a ello, cabe destacar que, más allá de la denominación electa por el peticionante (medida de no innovar), la peticionada se trata en rigor, de una verdadera medida autosatisfactiva, pues se agota una vez cumplimentada, y es consecuencia del proceso universal que tiende a preservar la empresa y asegurar la finalidad del concurso preventivo". Por consiguiente, el carácter "inaudita parte" del despacho cautelar, pudo ser superado mediante la decisión fundada de oír a las entidades bancarias, ya que se encuentra descartado el riesgo que el conocimiento de la contraria condujera a la frustración de la medida. Empero tal decisión no fue adoptada por esta Cámara, supliendo la inactividad en tal sentido del señor Juez de grado, en razón que las constancias de autos alcanzan suficientemente para resolver la cuestión con ajuste a derecho, conforme surgirá de los considerandos. (Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba; 01/04/2009: "Juan Van Muylem SA Gran Concurso Preventivo: APC 2009-7-808"; Cita Online Thomson Reuters: 70052523).

3. La misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, ha expresado: II. a) No se desconoce que el cierre de una cuenta bancaria constituye materia en la que prima la libertad de contratación (CN, arts. 14 y 17); que si nada convinieron los contratantes sobre el cierre de aquella cabe estar a lo establecido al respecto por el Cód. Civ. y Com. de la Nación y las circulares BCRA, y que el juez concursal no puede interferir en las relaciones particulares imponiendo obligaciones indeseadas a un cocontratante (CNCom., Sala D, in re "Antonio Espósito SA s/ concurso preventivo s/ incidente de reposición promovido por el Banco de la Provincia de Buenos Aires", del 11/09/2001). Sin embargo, dicho criterio debe armonizarse con la necesidad de posibilitar a la empresa deudora operar comercialmente con un mínimo de regularidad a fin de no dificultar la superación de la crisis que la afecta. En ese sentido el mantenimiento de las cuentas corrientes bancarias es necesario para el desarrollo normal de la operatoria comercial de la concursada e importa un beneficio no solo para los acreedores, sino también para los dependientes de la empresa [...] (CNCom., esta Sala, in re "Pescargen SA s/ concurso s/ incidente de apelación Cpr. 250", del 30/12/1994; Idem, in re "Lanci Editores SRL s/ concurso preventivo" del 30/06/2008). En el sub lite, teniendo en cuenta la bancarización de las relaciones comerciales que se verifica en la actualidad —en el caso particular la propia deudora refirió el pago de salarios a través del sistema bancario por imposición legal—, se considera conveniente, a efectos de permitirle a la concursada continuar con el giro ordinario de sus negocios, disponer el mantenimiento —reapertura en su caso ver escrito fs. 75/77— de la cuenta corriente bancaria que la deudora utilice comúnmente para el pago de sus salarios, [...] lo que deberá ser informado al Magistrado a quo (CNCom., sala B, 20/03/2018, "Dulcypas SA s/ concurso preventivo s/ incidente art. 250", LA LEY 03/08/2018, 5; LA LEY 2018-D, 239; Cita Online: AR/JUR/8976/2018)[145].

4. La solicitud del concursado tendiente a obtener una autorización para abrir una cuenta corriente bancaria sin posibilidad de girar al descubierto es procedente, en la medida que no puede acarrear perjuicio a terceros, a la vez que le facilita continuar con el giro ordinario de sus negocios en pos de superar la crisis que lo afecta, máxime cuando en la actualidad se torna imprescindible para operar en razón de la "bancarización" de los pagos establecida por la ley 25.345. (CNCom., sala E, 13/11/2015, "Whittingslow, Federico F. s/ concurso preventivo", LLOnline: AR/JUR/69199/2015).

V.3. ¿Por qué introducimos la jurisprudencia en materia concursal en este trabajo? La horrible paradoja

Podría criticársenos como falta de rigor lógico en la estructuración del trabajo, cuando venimos tratando sobre el embargo preventivo sobre fondos y cuentas bancarias, siendo esta una medida de naturaleza cautelar que se dicta en el ámbito del derecho procesal (civil, comercial, laboral) en procesos singulares. El remedio procesal puede ser la solicitud de cancelación, pura y simple, si hubiera motivos fundados para ello, o bien, puede ser la sustitución de embargo. Como fuese, la naturaleza del trabajo gira en torno a cuestiones procesales, en las que no hay cierres de cuentas bancarias, sino embargo de los fondos presentes y futuros que ingresen a las mismas, hasta cubrir el monto de la petición de embargo.

Desde otra perspectiva, en el concurso preventivo, las medidas cautelares trabadas en los procesos de conocimiento anteriores a la presentación en concurso, serán levantadas por el juez concursal (a su decisión), y no se podrán dictar medidas cautelares de ninguna clase en aquellos

145 En similar sentido, la misma CNCom., sala B, con fecha 18/09/2019, en autos: "Ruedas Argentinas SACIFIA s/ concurso preventivo. Incidente art. 250", cita digital EOLJU189364A: "El mantenimiento de las cuentas corrientes bancarias es necesario para el desarrollo normal de la operatoria comercial de la concursada e importa un beneficio, no solo para los acreedores, sino también para los dependientes de la empresa y para el giro en sí mismo".

procesos laborales que se inicien o que prosigan por créditos con causa o título anterior a la presentación, o en los procesos de conocimiento no atraídos por voluntad del actor (hipótesis del art. 21, penúltimo párrafo, ley 24.522 —y sus modificatorias— de Concursos y Quiebras).

En el concurso preventivo, en cambio, se produce el cierre de cuentas bancarias con motivo de las cláusulas particulares de celebración del contrato entre entidad bancaria y el hoy concursado, o bien por imperio de normas de la autoridad de contralor de la actividad financiera. Frente a ello, se tramita ante el juez concursal un pedido especial de reapertura de cuentas bancarias, o de autorización para continuar operando con ellas, en las mismas condiciones anteriores al cierre, aunque —obviamente— sin que ello implique obligación para la entidad bancaria de otorgar financiamiento.

Es decir, tenemos dos importantes diferencias: no hay cautelares que traben embargos sobre cuentas bancarias, y las cuentas bancarias no permanecen abiertas, sino que se cierran.

Ello obliga a que, en el concurso preventivo, la solución procesal sea diferente al trámite de cancelación o de sustitución de embargo, ya que procede como una medida cautelar atípica[146] [alguna doctrina denomina "medida anticautelar"[147]] o —como bien señala la jurisprudencia cordobesa— se trata de una medida autosatisfactiva.

La horrible paradoja: sin embargo, hay un punto en común, y es una horrible paradoja. El punto común, reside en el hecho de que, tanto en los procesos civiles, comerciales y laborales singulares, como en los procesos universales concursales, los tribunales reconocen la necesidad de operar con cuentas bancarias como parte inescindible de cualquier actividad económica. Y admiten que privar al demandado (o concursado) de la posibilidad de acceder a fondos líquidos (recaudaciones, depósitos a plazo) como al manejo de cuentas bancarias, implica una capiti diminutio para la actividad económica.

La paradoja se produce en que, en aquellos casos en los que los tribunales son refractarios a la comprensión de la función de las cuentas bancarias (nunca tan puesto de resalto como en las normas para constitución de las SAS) y que la indisponibilidad del acceso a estas puede acarrear graves perjuicios económicos que van más allá del objetivo del embargo preventivo, el sujeto embargado —in bonis— tendrá graves dificultades para operar comercialmente, mientras que aquel que se encuentre en cesación de pagos confesada judicialmente (al encontrarse en concurso

146 Véase el trabajo de JUNYENT BAS, Francisco - MUSSO, Carolina: "Las medidas cautelares en los procesos concursales", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 112.

147 BOTTERI, José D., "La precautoria anticautelar en la demanda de concurso preventivo", Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE), t. XXX, Setiembre de 2018: "La ley 24.522 no pudo prever la bancarización masiva impuesta legalmente, por ello es que se precisa que el juez concursal autorice medidas anticautelares para tutelar la administración del concursado que se encuentra expuesto a vulnerabilidad cautelar". "El leading case en la materia —siempre según Jorge W. Peyrano— se trata del caso 'Centro de Chapas Rosario SA c. Administración Provincial de Impuestos API s/ medida cautelar', expte. 674/13, que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de Rosario. En dicha causa, prosperó una anticautelar (motorizada mediante una autosatisfactiva) contra la Administración Provincial de Impuestos, ordenándose en su seno que esta "no trabe inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada del expediente administrativo 13302-0635876-2 si el crédito no excediere el monto de $580.000, atento al grave perjuicio que la misma importaría para la destinataria de la medida y a la existencia de los bienes puestos a disposición a los fines de efectivizar una eventual cautelar en su contra en virtud a tales actuaciones. En el mismo sentido de amplitud de criterio cautelar en materia concursal, "Medidas cautelares en el proceso concursal", así como también Francisco Junyent Bas y Musso denominan a este tipo de medidas como cautelares atípicas, ello por cuanto no están especialmente regladas ni en la ley concursal, ni en los Códigos de rito; sosteniendo que el deudor, entre la presentación en concurso y su apertura, muchas veces se encuentra en la necesidad de requerir medidas cautelares a los efectos de evitar un daño irreparable para la continuidad de la actividad de la empresa".

preventivo), tiene la posibilidad de continuar operando en su actividad, sin mayores inconvenientes. De tal manera que la incapacidad del tribunal en advertir la necesidad de levantar o sustituir embargos sobre cuentas bancarias determinaría que el mejor remedio para el embargado in bonis, sea presentarse en concurso preventivo, atento a que —sin dudar— en poco tiempo la situación derivará en una cesación de pagos. Bajo ese supuesto, la medida cautelar de embargo se dejará sin efecto y, por cualquiera de las vías mencionadas (medida cautelar atípica, medida anticautelar o medida autosatisfactiva), el juez concursal autorizará a continuar operando con cuentas bancarias. Si el juzgador, por desconocimiento de las funciones de las cuentas bancarias, por necedad o por desidia, obliga al embargado in bonis a presentarse en concurso preventivo para poder continuar ejerciendo la actividad económica, evidentemente, ese juzgador no comprende la función preventiva del embargo, que no tiene una función punitiva, represiva, sancionatoria, ni funge de medida para compeler al demandado a un arreglo extrajudicial.

V.4. Jurisprudencia respecto de embargos de cuentas bancarias dispuestas en procedimientos de ejecución fiscal iniciados por AFIP

El art. 111 de la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario (t.o. 1998 y sus modificatorias), prevé que, en cualquier momento, por razones fundadas y bajo su exclusiva responsabilidad, la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá solicitar embargo preventivo o, en su defecto, inhibición general de bienes por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables o quienes puedan resultar deudores solidarios. Este embargo podrá ser sustituido por garantía real suficiente, y caducará si dentro del término de trescientos [300] días hábiles judiciales contados a partir de la traba de cada medida precautoria, en forma independiente, la Administración Federal de Ingresos Públicos no iniciare el correspondiente juicio de ejecución fiscal.

Por su parte, el art. 92 de la misma norma tributaria (artículo introducido por ley 25.239 del 30 de diciembre de 1999), preveía —antes de la reforma introducida por ley 27.430— que con solo presentar la demanda de ejecución —en rigor, una minuta de ella denominada "presentación de prevención"— ante el juzgado correspondiente, o la Mesa General de Entradas de la Cámara de Apelaciones, se tenía por interpuesta la demanda. Que, con los recaudos previstos, el agente fiscal representante de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), estaba facultado para librar bajo su firma mandamiento de intimación de pago y eventual mente embargo, si no indicase otra medida alternativa. Asimismo, el mismo agente fiscal, en tanto representante de AFIP, tenía facultad para trabar por las sumas reclamadas, las medidas precautorias alternativas indicadas en la presentación de prevención.

La facultad fiscal de que la sola voluntad del organismo, plasmada a través de la intervención del agente fiscal, pudiera dictar medidas cautelares, sin intervención judicial, fue severamente cuestionada por diversos tribunales a lo largo del país[148] y declarada inconstitucional. Finalmente, fue la Corte Suprema de justicia de la Nación[149], quien puso punto final a la pretensión abusiva por

148 Por caso: sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A "AFIP DGI c. Moroni, Juan Carlos", 26/09/2001: "... Es inconstitucional la facultad que posee el Agente Fiscal para... trabar las medidas precautorias correspondientes —inc. 5º), art. 18, ley 25.239—, en tanto viola el principio de división de poderes, de defensa en juicio y debido proceso, pues son funciones y tareas que competen a los jueces y que no pueden ser ejercidas por un órgano dependiente del Poder Ejecutivo".

149 CS: A. 910. XXXVII.: "Administración Federal de Ingresos Públicos c. Intercorp SRL s/ ejecución fiscal" 15/06/2010, en el meduloso fallo de la mayoría, se dijo: Que, con sustento en las consideraciones efectuadas, no cabe sino concluir en que, en su actual redacción, el art. 92 de la ley 11.683 contiene una inadmisible delegación, en cabeza del Fisco Nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial. En efecto el esquema diseñado en el precepto, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos,

parte del fisco, declarando inconstitucional al art. 92 de la Ley de Procedimiento Tributario, en atención a que la misma contravenía los principios constitucionales de división de poderes, de derecho de defensa en juicio, y derecho de propiedad.

Del conjunto de fallos que ordenaban levantamientos o cancelaciones de embargos trabados por AFIP sobre fondos depositados en cuentas bancarias, queremos destacar dos de ellos, en los que se hace mención a los principios que venimos sustentando en este trabajo:

1. Este fallo es puesto en valor, toda vez que es anterior al caso "AFIP c. Intercorp SRL", y que establece la importancia que tienen las cuentas bancarias sobre el conjunto del patrimonio, al punto que una restricción arbitraria implica —lisa y llanamente— el quebrantamiento del principio de inviolabilidad del patrimonio privado: "En este orden de ideas, debe señalarse que la traba de embargos por parte del Fisco Nacional no puede válidamente ser interpretada como una tarea de colaboración con la abrumadora tarea del juez de la causa, como soslaya la actora en su escrito recursivo. En segundo lugar, por violatorio del derecho de propiedad, consagrado por los arts. 14 y 17 de la CN. // El art. 14, en lo que aquí interesa, establece el derecho —conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio— de todos los habitantes de la Nación de usar y disponer de su propiedad. // El art. 17 reza: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley". Si bien el derecho de propiedad, como los restantes, no es absoluto ni insusceptible de restricciones, lo cierto es que una medida cautelar como es el embargo bancario dispuesto en autos, en tanto limita y afecta su ejercicio al impedir la libre disposición de los fondos por el contribuyente, por imperio de las normas constitucionales apuntadas, solo puede ser dispuesta por un juez mediante una decisión fundada. La facultad otorgada a la AFIP por el art. 92 de la ley 11.683 —t.v.— de disponer por sí medidas cautelares

inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, ha introducido una sustancial modificación del rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es "informado" de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de su contraria. Tan subsidiario es el papel que la norma asigna al juez en el proceso que prevé que, para el supuesto de que el deudor no oponga excepciones, solo deberá limitarse a otorgar una mera constancia de tal circunstancia para que la vía de ejecución del crédito quede expedita (art. 92, párr. 16).12) Que esta participación menor e irrelevante que se reserva a los jueces en los procesos de ejecución no solo violenta el principio constitucional de la división de poderes sino que además desconoce los más elementales fundamentos del principio de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio consagrados tanto en el art. 18 de la CN como en los Pactos internacionales incorporados con tal jerarquía en el inc. 22 de su art. 75 (confr. el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). A tal conclusión es posible arribar a poco de que se observe que, de acuerdo con el sistema implementado en la normativa cuestionada, tanto la verificación de la concurrencia de los requisitos específicos para la procedencia de las medidas cautelares —"verosimilitud del derecho" y "peligro en la demora"— como la evaluación de su proporcionalidad de acuerdo con las circunstancias fácticas de la causa no son realizadas por un tercero imparcial sino por la propia acreedora, que no tiene obligación de aguardar la conformidad del juez para avanzar sobre el patrimonio del deudor. 13) Que, por otra parte, las disposiciones del art. 92 tampoco superan el test de constitucionalidad en su confrontación con el art. 17 de la Norma Suprema en cuanto en él se establece que la propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella sino es en virtud de una sentencia fundada en ley. No resulta óbice a ello el hecho que lo puesto en tela de juicio sea la potestad de disponer unilateralmente medidas cautelares, pues como correctamente lo señaló el señor Procurador General de la Nación en su dictamen en la causa A.413.XXXVII "AFIP c. Consorcio Forestal Andina s/ ejecución fiscal" —al que remite en las causas A.570.XXXVII "AFIP c. Atahualpa SRL s/ ejecución Fiscal" y la presente—, ellas, cualquiera sea su naturaleza, afectan concretamente el derecho de propiedad del individuo, "ya que si bien no importan —en principio— una ablación de su patrimonio, su función es, precisamente, limitar de manera efectiva otros atributos no menos importantes de ese derecho, cuáles son los de usar y disponer de él, con función de garantía. A nadie escapa, por dar un ejemplo, que un bien embargado pierde peso económico en el mercado y que limita, en mayor o menor medida, las posibilidades de actuación económica del sujeto...". En este sentido, no es necesario un profundo examen para advertir las negativas consecuencias económicas que sobre el giro normal de las actividades de cualquier comercio, empresa o particular puede tener la traba de un embargo sobre cuentas o bienes.

sobre el patrimonio de los contribuyentes viola, asimismo, el derecho de defensa en juicio del demandado". (CNFed. Cont. Adm., sala II, 04/03/2008, "AFIP-DGI c. Capobianco, Norberto O.).

2. Si bien el presente es un fallo de primera instancia, sigue los lineamientos de este trabajo y pone en valor el significado de las cuentas bancarias en el desempeño económico de los contribuyentes: "Que, asimismo, no debemos olvidar que es directriz genérica en materia de medidas cautelares que estas debe circunscribirse a sus justos límites, evitando ocasionar daños innecesarios a la contraparte, es así que, su extensión debe decidirse en cada caso de acuerdo con la naturaleza de los bienes en cuestión y demás circunstancias particulares que se desprenden de la causa. En la especie, a la ya mencionada falta de verosimilitud en el derecho indicada en el considerando que antecede, se suma que la medida cautelar decretada contra la demandada, en la medida peticionada, ocasiona a la recurrente perjuicios de difícil reparación. En efecto, el embargo general de fondos y valores inmoviliza la totalidad de las cuentas bancarias a nombre de la demandada en cualquiera de las entidades financieras del país, provocando la paralización de su actividad económica al verse privado fundamentalmente de aquellos medios indispensables para poder llevar a cabo la misma. A todo ello se agrega que el monto del embargo supera los activos y el patrimonio neto de la demandada (conf. copia de balance y memoria de fs. 57/70), lo que demuestra, conforme lo destaca el representante de la demandada, que la efectivización del embargo impugnado acarrearía en los hechos la liquidación de la firma" (Juzgado Federal de La Plata Nº 3, 15/08/2000, "Fisco Nacional -AFIP [DGI] c. Pañal Expres SA s/ medida cautelar").

VI. Apostilla sobre la inembargabilidad de las cuentas sueldos y seguridad social, y la porción embargable sobre estas retribuciones. Otra horrible paradoja

VI.1. Cuentas sueldo, cuentas de la seguridad social y su embargabilidad

El art. 124 de la ley 20.744 (y sus modificaciones) de Contrato de Trabajo, introdujo a las denominadas "cuentas sueldos". Estas, son cuentas bancarias abiertas por el empleador (o por el trabajador), en las que el empleador deposita los haberes que debe oblar periódicamente. El segundo párrafo del artículo en cuestión, fija la denominación de la cuenta sueldo, y establece: Dicha cuenta, especial tendrá el nombre de cuenta sueldo y bajo ningún concepto podrá tener límites de extracciones, ni costo alguno para el trabajador, en cuanto a su constitución, mantenimiento o extracción de fondos en todo el sistema bancario, cualquiera fuera la modalidad extractiva empleada.

Por su parte, las denominadas "Cuentas de la Seguridad social" (Cuenta gratuita de la seguridad social, según ANSeS), es una caja de ahorro exclusiva para el cobro de las prestaciones de ANSeS. Esta cuenta se abre por pedido de ANSeS, a nombre de la persona que cobra la prestación. También puede incluirse (mediante trámite ante ANSeS) un apoderado designado para el cobro o un representante legal.

Ambas medidas tienden, no solo a dar seguridad respecto del movimiento de fondos para el pago de nóminas salariales y haberes previsionales (tanto del pagador, como de los beneficiarios), sino que tienden a bancarizar los fondos de trabajadores activos y del sector pasivo[150].

150 Cfr. BARREIRA DELFINO, Eduardo, "Procedencia del embargo de la cuenta sueldo bancaria", Revista de Derecho Bancario y Financiero, 39, febrero 2018 (Fecha: 28/02/2018); Cita: IJ-XDII-524, quien elogia las virtudes de estas cuentas: "Las cuentas sueldo, en su calidad de cuenta bancaria, es muy útil y conveniente para administrar y recibir dinero, mantenerlo en lugar seguro, ganar intereses y pagar los compromisos que hacen a la vida cotidiana".

En relación con estas cuentas bancarias, el decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018, denominado de Desburocratización y Simplificación, introdujo una modificación al art. 124 de la Ley de Contrato de Trabajo y estableció un límite la inembargabilidad de las mismas, al establecer que: no podrán trabarse embargos de ningún tipo sobre el saldo de la cuenta sueldo en la medida de que se trate de montos derivados de una relación laboral y/o de prestaciones de la seguridad social cuando ese importe no exceda el equivalente a tres [3] veces el monto de las remuneraciones y/o prestaciones devengadas por los trabajadores y/o beneficiarios en cada período mensual, según el promedio de los últimos seis [6] meses. En caso de que el saldo de la cuenta proveniente de una relación laboral y/o de prestaciones de la seguridad social exceda tal monto, el embargo se hará efectivo sobre la suma que exceda el límite fijado por el presente artículo.

Para ejemplificar lo dispuesto legalmente, si un trabajador percibiera una remuneración promedio en los últimos seis meses de $50.000, el monto inembargable ascenderá a $150.000,00. Solo el excedente de este monto, será susceptible de ser embargado.

VI.2. Embargo de sueldos y embargo de haberes previsionales

Por su parte, el mismo art. 147 de la Ley de Contrato de Trabajo, establece en sus primeros dos párrafos que: Las remuneraciones debidas a los trabajadores serán inembargables en la proporción resultante de la aplicación del art. 120, salvo por deudas alimentarias. En lo que exceda de este monto, quedarán afectadas a embargo en la proporción que fije la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo Nacional, con la salvedad de las cuotas por alimentos o litis expensas, las que deberán ser fijadas dentro de los límites que permita la subsistencia del alimentante. Esto motivó el dictado del dec. 484/1987, que establece que las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del Salario Mínimo Vital y Móvil (SMSV). Las remuneraciones superiores a ese importe tendrán el siguiente tratamiento: Remuneraciones no superiores al doble del SMSV mensual, hasta el diez por ciento (10%) del importe que excediere de este último, y; las retribuciones superiores al doble del SMSV mensual, hasta el veinte por ciento (20%) de todo cuanto exceda el tope mencionado.

El dec. 6754/1943, a su vez, declara inembargables los sueldos, salarios, pensiones y jubilaciones de los empleados y obreros de la Administración nacional, provincial y municipal y de las entidades autárquicas, por obligaciones emergentes de préstamos en dinero o de compra de mercadería, salvo en la proporción y condiciones que establece el propio cuerpo legal. Este decreto fija los topes de embargabilidad sobre estos haberes.

A su vez, el 14 de la ley 24.241 (y sus modificaciones) que crea el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), establece que las prestaciones que se acuerden por el SIJP son inembargables, con la salvedad de las cuotas por alimentos y litisexpensas. Sin embargo, este carácter de inembargabilidad ha sido tachado de inconstitucional por diversos fallos[151], a lo largo

151 Entre otros: I. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, sala Criminal, Laboral y Minas, 25/02/2016, "Díaz, Rosa Graciela y otra c. Reynoso, Domingo Eduardo s/ diferencia de sueldos, etc. — casación laboral", LLOnline - AR/JUR/4923/2016: "El art. 14, inc. c de la ley 24.241 es inconstitucional, en cuanto prohíbe al trabajador acreedor de un crédito laboral trabar embargo sobre el beneficio jubilatorio de su empleador, pues ello se traduce en un escollo constante para la satisfacción de la manda constitucional del art. 14 bis de la CN, al tornar ilusoria una reparación de contenido alimentario; máxime cuando el deudor no cobra el haber mínimo y carece de otros bienes para responder". II. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, 04/03/2010, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Alfonso Horacio y Garatte de Alfonso Zunilda", LLBA 2010 (septiembre), 924 - AR/JUR/16275/2010: "El art. 14, inc. "c" de la ley 24.241 —Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones—, en la medida que prohíbe el embargo, por cualquier causa, de los haberes jubilatorios, es inconstitucional por irrazonable al afectar sustancialmente el derecho de propiedad del

de todo el país, salvo en aquellos casos en los que el embargo de los haberes previsionales (o una parte de ellos), condujese a una situación que coloque al jubilado o pensionado en una posición de vulnerabilidad económica, y siempre teniendo en cuenta sus especiales circunstancias personales (salud física, psicológica, independencia, etc.)[152].

Esto nos lleva a una nueva horrible paradoja.

VI.3. Otra horrible paradoja

Pese a la claridad de la norma del art. 147 de la Ley de Contrato de Trabajo, hemos tenido ocasión de ver, a nivel de actuación profesional, que en diversos tribunales se dictan medidas de embargo de cuentas bancarias, sin cumplir con el mínimo recaudo de advertir si se tratan de cuentas sueldo o de cuentas de la seguridad social, o si se tratan de cuentas simples. Por lo tanto, de manera liviana, se ordenan trabas de embargo sobre las mismas, ocasionando la horrible paradoja de que los haberes (salariales o previsionales) no son embargados en la proporción de ley (o según los parámetros fijados judicialmente), sino que son embargados en su totalidad, tornándolos indisponibles y privando al asalariado o a la persona en situación pasiva, de toda su remuneración. Es decir, si se requiriera el embargo de haberes, el juez —sin dudas— establecería los límites para no perjudicar el derecho a la retribución del embargado, y tendría especial cuidado respecto del carácter alimentario de los mismos.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con las cuentas bancarias, donde son embargadas sin ningún cuidado ni recaudo previo, sin requerir informes a la entidad bancaria, y así quedan indisponibles no solo los haberes (actuales y los que ingresen a futuro), sino que también quedan indisponibles los haberes acumulados o ahorrados por el embargado. En este sentido discrepamos con la visión que Barreira Delfino tiene sobre la cuestión, cuando expresa que: A través de la reforma bajo análisis, su salario mensual está más ampliamente protegido que antes, porque resulta prácticamente inembargable, conforme la elevación del límite fijado en función del nuevo promedio salarial establecido (antes ese límite era el salario mínimo vital móvil; ahora es su propio salario, incrementado en tres [3] veces. Su saldo acreedor si es embargable, pero tal riesgo, solo debe preocupar a quien no es amigo de honrar sus compromisos. Dos razones fundamentan nuestra discrepancia: a) por un lado, no es lo mismo trabar embargo sobre haberes que sobre las cuentas sueldo o de la seguridad social, son dos bienes diferentes, y; b) La realidad demuestra que —por falta de diligencia al momento de dictarse embargos preventivos sobre cuentas bancarias— se termina embargando mucho más que el monto que la ley permite.

Las entidades bancarias, sin analizar el texto legal, ni hacer saber al tribunal interviniente de que las cuentas sobre las que se trabarán embargo son "cuentas sueldo", o "cuentas de la seguridad social", cumplen sin cuestionamiento alguno, las órdenes de embargo, lo cual, en los hechos, termina consolidando la paradoja que describimos.

---

acreedor y el principio de igualdad ante la ley, máxime cuando el deudor percibe un haber jubilatorio que duplica el monto de la jubilación mínima actual".

152 P. ej.: I. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 06/03/2007, "Provencred 2 Sucursal Argentina c. Arroyo, Gorgelina C.", 70037551: No procede la declaración de inconstitucionalidad de la declaración de inembargabilidad establecida por el art. 14, ley 24.241 pues si bien el haber que percibe la demandada es superior al beneficio jubilatorio mínimo, es inferior al mínimo que en la realidad es menester percibir para asegurar la cobertura de las necesidades elementales que hacen a una vida digna. II: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6a Nominación de Córdoba, 28/02/2002, "Martínez, Juan C. c. Luna, Carlota G.", LLC 2002, 1460 -AR/JUR/2742/2002: "El art. 14 inc. c de la ley 24.241 (ADLA, LIII-D, 4135) —en cuanto declara inembargables los haberes jubilatorios— no viola el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la CN, toda vez que las condiciones psico-físicas en las que se encuentra la clase pasiva respecto a la capacidad laborativa de un trabajador activo no puede equipararse.

Esto, sin duda, justifica toda la extensión de este trabajo.

VII. Conclusiones

Enumeramos las conclusiones de este trabajo:

1) Las cuentas bancarias (cuentas corrientes, cajas de ahorro, cuentas sueldo, cuentas de la seguridad social, cuentas judiciales) son esenciales para el desarrollo de cualquier actividad económica que se desee desarrollar dentro del marco de la ley, conforme lo hemos demostrado largamente, con todo el desarrollo de las normas argentinas que requieren de bancarización.

2) El embargo de tales cuentas, no hacen sino cercenar elementales derechos constitucionales tales como derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita; a comerciar; a usar y disponer de su propiedad; a asociarse con fines útiles (ya que no se podrían realizar aportes de capital). Cercena, además, los derechos laborales del art. 14 bis de la CN, y el derecho de propiedad consagrado por el art. 17.

3) El embargo preventivo de fondos líquidos, recaudaciones, y fondos depositados en cuentas bancarias (incluyendo depósitos a plazo fijo), siempre acarrea su secuestro, lo cual implica una confiscación fáctica de fondos, que está absolutamente prohibida por la Constitución Nacional. En efecto, los fondos pasan del particular a estar a disposición del tribunal ordenante de la medida, por lo que pasan a la órbita del estado.

4) Los embargos de cuentas bancarias (incluyendo depósitos a plazo fijo), fondos líquidos, recaudaciones y otros depósitos, siempre ocasionan perjuicios al embargado. Estos perjuicios van más allá de la incomodidad o molestia que puede generar un simple embargo de bienes (muebles registrables o no, o inmuebles).

5) El Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de Córdoba, ha reconocido los perjuicios que ocasionan los embargos citados en el punto anterior, y por ello estableció un mecanismo para su rápida sustitución, empero, ello no es suficiente.

6) Los perjuicios que ocasionan los embargos referidos deben ser reparados con la contracautela.

7) Los jueces concursales han comprendido mucho mejor la necesidad de la disponibilidad de cuentas bancarias para la continuación del giro del negocio del concursado preventivo, y por eso se ordenan medidas que pueden ser cautelares atípicas, medidas "anticautelares", o medidas autosatisfactivas.

8) Entonces, se produce la paradoja de que los jueces que entienden en causas de sujetos en cesación de pagos, en procesos universales, autorizan el uso de cuentas bancarias, mientras otros jueces que entienden en causas de sujetos in bonis, en procesos singulares, restringen e imposibilitan el uso de cuentas bancarias al punto de llegar a generar una asfixia financiera o económica al embargado, lo que va mucho más allá de los objetivos de las medidas cautelares. Esto podría forzar al embargado a solicitar su concurso preventivo, al solo fin de evitar caer en cesación de pagos y poder continuar con el giro normal de su negocio, aunque bajo vigilancia del síndico.

9) Los embargos preventivos tienen la finalidad de toda medida cautelar: es decir, asegurar derechos, para lo cual se requiere que se acredite: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, y se ofrezca contracautela suficiente.

10) Es decir, los embargos no pueden ocasionar perjuicios, ni ser utilizados como medidas coercitivas, o medidas para compeler al demandado a nada, ni siquiera para negociar. Mal pueden ser concedidas para dotar al actor de un medio de presión absolutamente antijurídico y contrario a la actuación preventiva del embargo.

11) Como mínimo, de lege ferenda, se deberían establecer mecanismos para el rápido levantamiento de embargo de cuentas bancarias, y la sustitución por activos razonables, similar a lo establecido por la ley ritual de la provincia de Córdoba.

12) Asimismo, se debería requerir, previo a la orden de cualquier embargo sobre cuentas bancarias, que se adopten los recaudos para evitar el embargo de cuentas sueldo y cuentas de la seguridad social y estas puedan ordenarse en debida forma.

13) En el peor de los casos, si el demandado embargado no ofreciera otros bienes en sustitución, se debería ordenar el embargo limitado de las cuentas bancarias en todo cuanto exceda de cierto monto, o bien estableciendo un porcentaje del saldo promedio mensual.

14) Una propuesta para los depósitos a plazo fijo podría ser que —para evitar perjuicios al embargado— se disponga la renovación automática de los mismos hasta nueva orden judicial, pero deben ser levantados si el demandado demuestra que tales fondos son necesarios para la vida, la subsistencia, la salud suya y de sus familiares, o para el giro de sus negocios, máxime en épocas de crisis económicas, o épocas inflacionarias.

15) Los bancos deben asumir responsabilidad empresaria, haciendo saber al juez ordenante, sobre la improcedencia de los embargos sobre cuentas sueldo y cuentas de la seguridad social, salvo en la proporción que la ley admite. Asimismo, en todos los casos, primero se deberían atender los descubiertos bancarios y demás obligaciones que el embargado debe cumplir para con la institución, y luego los embargos ordenados, ya que de lo contrario se generan graves perjuicios financieros para el embargado como rechazo de cheques, aumento de las tasas de interés por descubierto bancario, excesivo plazo de duración de los descubiertos bancarios, caída de la credibilidad del titular embargado por el rechazo de los cheques (aun estando in bonis), entre otros. Debería tenerse especial cuidado respecto de las normas que tutelan al cliente bancario como consumidor bancario.

16) Finalmente, nuevamente de lege ferenda, proponemos lo que planteamos en el título del trabajo: la necesaria declaración legal de inembargabilidad de las cuentas bancarias, de los fondos líquidos y de las recaudaciones (incluyendo los depósitos a plazo fijo).

17) Mientras, un objetivo más pedestre, sería que los embargos que se ordenen sobre cuentas bancarias, recaudaciones y fondos líquidos, se haga previa toma de recaudos para evitar perjuicios, de manera limitada y solo con criterio restrictivo.

ABUSO Y SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO NORTEAMERICANO

Carlota PALAZZO

Resumen: El artículo analiza las posiciones encontradas acerca del abuso del sistema concursal por parte de los consumidores y ensaya una propuesta para encarar el problema en la próxima reforma legislativa a partir del análisis de la evolución del sistema normativo norteamericano.
Palabras claves: Sobreendeudamiento del Consumidor – Abuso – Derecho Comparado.

Abstract: The essay elaborates, on the grounds of comparative law analysis, an argument concerning abuse of bankruptcy by individuals and explores a proposal for future law reforms.
Key words: Consumers bankruptcy – Abuse of bankruptcy – Comparative law analysis.

I. El punto de partida

Partiremos del siguiente debate:

Punto: precedentes jurisprudenciales[153] en el país que rechazan los pedidos de quiebra voluntarios de los consumidores atento a que los interpretan como un abuso del proceso ya que advierten que contraen deudas comerciales y bancarias con la única intención de no pagarlas, porque saben ab initio que eran deudas impagables y recurren luego a la quiebra, no para liquidar el patrimonio para pagar a los acreedores (porque no tiene bienes en el patrimonio para liquidar) sino para limpiar el pasivo y reinsertarse económicamente;

Contrapunto: importante doctrina[154] producida en contra de este criterio sobre la base de que el rechazo constituye un abuso de poder de los magistrados ya que la ley autoriza expresamente a quien está en cesación de pagos a solicitar su quiebra y obtener pronunciamiento judicial sin que sea menester "tener activo alguno" para quebrar (de conformidad con el artículo 232 ley 24.522) en función de lo cual no constituirían los pedidos de los consumidores técnicamente un supuesto de ejercicio disfuncional del derecho.

153 La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sentencia N° 368/07 del 27/8/2007 en "Mac Guire, Daniel S/ pedido de quiebra"; Sentencia N° 156 del 12/6/2008 en "Calvo Sabina Noemí s/ quiebra"; Sentencia N° 383 del 7/9/2007 en "Gerlo Rolando Antonio S/ propia quiebra"; "De Esteban Ricardo Ruben s/Quiebra (pequeña) fallo dado en Necochea en Junio de 2013; "Guzman, Alicia del Valle s/quiebra" fallo del 20 de febrero de 2015 dado Juez Civil y Comercial Común VII° Nom. De San Miguel de Tucumán.

154 Garaguso Horacio, Ponencia presentada en las Jornadas Nacionales de Instituto de Derecho Comercial, San Nicolás 2008. En este sentido, sostiene que la picardía no es un ilícito y no compete a los jueces denegar un derecho que la ley y la constitución acuerdan. Así, mientras no se reforme la ley de concursos vigente, la denegación de la quiebra voluntaria o forzosa del consumidor constituye un abuso de poder de los magistrados. De tal modo, el derecho del deudor a la liberación, sea de una quiebra personal o corporativa, es de la esencia del derecho de las Bancarrotas y el legislativo puede reglamentarlo en la medida que no importe su abrogación. En análogo sentido se pronuncia Truffat Daniel E., "Sobre el potencial abuso en el pedido de propia quiebra para obtener la rehabilitación patrimonial".

Nos proponemos resolver la disyuntiva y ensayar una solución tentativa para la misma en vistas a una próxima reforma legislativa. Para ello repasaremos el camino recorrido en el derecho norteamericano en pos de dilucidar si resulta alguna enseñanza útil para el derecho argentino.

II. El modelo norteamericano

Hasta la reforma del año dos mil cinco los individuos podían procurar la apertura del proceso concursal bajo el régimen del Capítulo 7 o del Capítulo 13 de la *Bankruptcy Act*.

El Capítulo 7 les permitía comenzar de nuevo sin tener que preocuparse por ser acechados por los acreedores ya que todos los bienes desapoderables se liquidaban por un síndico y se repartían, según el régimen de prioridades concursal entre los acreedores que verificaran sus créditos; pero sus ingresos posfalenciales quedaban exentos del desapoderamiento. En el caso que no hubiera bienes para desapoderar ningún pago se hacía a los acreedores. Si calificaban para el capítulo 7 el deudor podía lograr la "descarga" (*discharge*) de la mayoría de las deudas quirografarias lo que significa que los acreedores no podrían cobrar la deuda más allá de lo distribuido en el proceso. Para que ello ocurriera el deudor debía haber denunciado y listado dichas deudas al realizar su presentación.

Por su parte, de optar por el Capítulo 13, el deudor podía conservar los bienes (de los que habría sido desapoderado bajo el Capítulo 7) pero sus ingresos futuros deberían afectarse a pagar sus deudas en base a un plan de pagos que podía extenderse entre 3 a 5 años. Los pagos serían distribuidos entre los acreedores que hubieran verificado sus créditos por un síndico, quienes recibirían un monto de los ingresos futuros del deudor por lo menos equivalente al que hubieran percibido de haberse presentado aquel bajo el Capítulo 7. Una vez cumplido el plan de pagos la mayoría de las deudas quirografarias serían "descargadas".

En ambos casos el alcance de la "descarga" de deudas tenía límites y existían algunas deudas que no eran "descargables" que pueden clasificarse en dos grandes categorías[155]: aquellas en las que el deudor se "*portó mal*" y, aquellas en las que la deuda se considera por alguna razón particularmente importante. En la segunda de ellas se incluyen por ejemplo las deudas alimentarias y algunas deudas impositivas. Mientras que en la primera categoría se encuentran por ejemplo los créditos nacidos por muerte o daños causados por un automotor cuando el conductor estaba bajo los efectos de alguna sustancia (drogas o alcohol) o aquellos pasivos generados no por el infortunio del deudor sino por su mala fe (ejemplo de ello es la doctrina del "*fresh cash*" vinculada a deudas de consumo en bienes suntuosos o servicios incurridas dentro de los 90 días antes de concursarse o préstamos tomados o ampliaciones de préstamos obtenidos dentro de los 70 días antes de concursarse, los que se presume no podrán descargarse).

La mayoría de los deudores individuales carecían de bienes desapoderables y por ende alrededor del 70% de los demandantes optaban por el Capítulo 7[156].

Las solicitudes de concurso por deudores individuales en los Estados Unidos pasaron de aproximadamente 300.000 en 1981 a más de 1.500.000 en 2004. La lectura del aumento fue que

155 Code 523 Capítulo 5, Título 11, US Bankruptcy Act

156 White, Michelle J. "What´s wrong with U.S. Personal Bankruptcy Law and How to Fix it", 1999, Journal of Lending & Credit Risk Management tomado de http://econweb.ucsd.edu/~miwhite/

el sistema concursal norteamericano volvía atractivo para los consumidores presentarse en quiebra a los fines de liberarse de las deudas. Deudas impagas que el sistema financiero compensaba mediante el aumento de las tasas de interés en los préstamos.

En su función en abril de 2005 George Bush (h) firmó la *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* concebida para evitar los abusos por parte de deudores que el Congreso de los Estados Unidos[157] concluyó recurrían al sistema de modo fraudulento tergiversando su propósito: ayudar al *"honest but unlucky debtor*" (el deudor honesto pero desafortunado).

Uno de los objetivos principales de la reforma era entonces inclinar la balanza de las presentaciones hacia el Capítulo 13 en vez del Capítulo 7 con el propósito de evitar que los consumidores abusaran del sistema concursal e incentivar el pago de las deudas de modo que el resto de la sociedad no tuviera que soportar las pérdidas (fundamentalmente a través de las subas de las tasas de interés en los otorgamientos de financiaciones). El nuevo modelo detendría así a los individuos que pueden pagar escalonadamente sus deudas obligándolos a presentarse bajo el Capítulo 13 en vez de acudir al sistema concursal para librarse de ellas a través del Capítulo 7.

Para lograrlo la reforma previó[158]:

- que se mantienen los Capítulos 7 y 13 pero para que el individuo pueda presentarse bajo el primero de estos, debe superar un test del que resulte que sus ingresos no exceden la media nacional ni le permiten pagar un porcentaje estimado en un cuarto de su deuda en un plazo de entre tres a cinco años ("*means test*"). Si el test no es superado el individuo debe presentarse bajo el Capítulo 13. La implementación del test habilita también a los acreedores y al síndico a mocionar por dejar sin efecto el proceso concursal ("dismissal") o convertirlo de un proceso del Capítulo 7 en un proceso del Capítulo 13. Sin embargo, solo los síndicos podrían mocionar por dejar sin efecto el proceso basados en un abuso del sistema concursal. Si el deudor invoca haber pasado el test (y en su función poder aplicar al Capítulo 7) cuando en realidad no lo había hecho existe una presunción de abuso;
- la obligación de los deudores de asistir a un curso de asesoramiento crediticio dentro de los 180 días previos a la presentación en concurso debiendo obtener un certificado que acredite tal circunstancia, sin el cual no será considerado deudor y no podrá solicitar la formación de su concurso;
- La obligación de los deudores a los fines de obtener el "*discharge*" ya bajo el Capítulo 7 ya bajo el Capítulo 13 de obtener una certificación de asistencia a un curso de administración financiera.

Las críticas a la reforma del 2005 no tardaron en llegar y manifestarse en contra de la nueva legislación por dificultar el acceso al Capítulo 7 por parte de gente honesta que no pueda superar el *means test* y que se vea obligada a presentarse por el Capítulo 13 cuando realmente lo que necesita es el alivio del Capítulo 7.

157 En una votación que tuvo bastante consenso: 302 sobre 126 legisladores.

158 Tomado de Ruser, Rachel, "Analysis Of The Bankruptcy Abuse Prevention And Consumer Protection Act Of 2005 (BAPCPA)," 2006, SPNA Review: Vol. 2: Iss. 1, Article 6. Available at: http://scholarworks.gvsu.edu/spnareview/vol2/iss1/6

Uno de los estudios académicos más completos y contundentes al respecto pertenece a Teresa A. Sullivan, Elizabeth Warren y Jay Lawrence Westbrook[159].

Estos autores proveyeron información empírica que indica que el principal argumento en el que se basó la reforma del 2005 era erróneo; es decir, impugnaron la premisa de que el extraordinario aumento en la presentación de procesos concursales responda a un abuso del sistema concursal por parte de los individuos debido a una disminución del temor o la vergüenza al estigma social que otrora suponía la declaración de la quiebra[160] (*"declining stigma")*.

Conforme surge del desarrollo de su trabajo de investigación, la laxitud en los estándares morales para la presentación en concurso relacionada por los congresistas no era en realidad tal, tan luego que se profundiza en el análisis comparativo de los datos empíricos relevados en estudios realizados sobre las presentaciones en quiebra de individuos en tres décadas 1981, 1991 y 2001. En esa dirección señalan que los datos empíricos no son consistentes con que el "*declining stigma*" haya sido la causa del aumento de las presentaciones concursales por individuos. Por el contrario, entienden más coherente la hipótesis de que el incremento responde a un aumento del estrés financiero.

Para arribar a esa conclusión refieren sucesivamente:

- Un aumento de los niveles de endeudamiento principalmente identificado a partir de la década del 90, ya que la radiografía a 1981 y 1991 es prácticamente análoga mientras que de 1991 a 2001 se incrementó en un 55% aproximadamente y se ve reflejada en deudas derivadas de obtención de financimiento sin garantías ("*credit offered on an unsecured basis*");
- Sin un correlativo aumento en los ingresos en los últimos 20 años. Si bien de los estudios surge que hay individuos que llegan con activos más importantes a los procesos concursales que hace veinte años, dichos activos (principalmente casas) están afectados por deudas aún más significativas (básicamente hipotecas impagas);
- Una ratio deuda-ingresos que confirma las malas noticias: una familia puede llegar a ganar una cantidad razonable, pero si debe más de lo que gana puede estar en peor forma que una familia con menos ingresos y menos deuda. Más aún la ratio da una noción de la presión sobre las familias y sobre si pueden subsistir semana a semana mes a mes; si no pueden hacerlo lo más probable es que se endeuden para sufragar los pagos básicos y así se profundize su deuda aumentando las probabilidades de que no puedan salir del ahogo financiero;
- Una composición de los pasivos que arroja que aproximadamente la mitad de la deuda no garantizada se identifica con deuda con tarjetas de crédito y el resto un popurrí de préstamos para compra de automotores; préstamos a sola firma y refinanciaciones de esos mismos préstamos. Las deudas con tarjetas de crédito se han convertido en la forma dominante de financiación con características de créditos por largo período de tiempo sin un *screening* adicional y que se usan de manera creciente más que los préstamos en un desembolso, dando la posibilidad de quebrar "*one pizza at a time*" (una pizza a la vez);
- Los individuos que quebraban en 2001 estaban en peor estrés financiero que aquellos que quebraban en los veinte años previos. Mientras que los ingresos y los activos pueden haber

159 Sullivan, Teresa A.; Warren, Elizabeth y Westbrook, Jay Lawrence, "LESS STIGMA OR MORE FINANCIAL DISTRESS: AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY INCREASE IN BANKRUPTCY FILINGS", 2006, Stanford Law Review, Volume 59, Issue 2, page 213.

160 Y que otrora mantuviera a raya los pedidos de quiebra propia funcionando como un descincentivo para los individuos.

aumentado la deuda es mucho más pesada que la de sus predecesores. Lo que los lleva a preguntarse: ¿el aumento en las quiebras resulta de individuos menos endeudados? La respuesta terminante es NO;

- Los promotores de la reforma sostenían que se generó un universo de deudores que podrían pagar algo y que por una "disminución de la vergüenza al estigma social" elegían no hacerlo para echar mano a los beneficios que les propiciaba el sistema concursal. Sin embargo, de los datos empíricos relevados surge que en vez de encontrar un universo más grande de deudores que pueden pagar algo se identifica un universo de deudores que algo pueden pagar que está peor de lo que sus congéneres estaban veinte años atrás;
- La hipótesis de la reducción en el estigma no es elaborada sobre base científica, sino que se ha adoptado como un hecho autoevidenciable. Incluso en contra de estudios científicos concluyentes en sentido contrario. Por ejemplo, refieren un trabajo de Michelle J. White en el que llevó adelante una investigación sobre datos empíricos en función de la cual concluyó que el 17% de las familias se beneficiarían y lucrarían de una presentación en quiebra, pero solo alrededor del 1% actualmente lo hace. Lo que parecería indicar que puede ser algo más que un cálculo frío y racional lo que previene que dichos individuos se presenten en quiebra.

En función de estos datos Sullivan, Warren y Westbrook construyen la hipótesis alternativa: que el aumento de las quiebras se debe al aumento de individuos con problemas financieros lo que en realidad indicaría lo contrario, o sea que hay una disminución, no un aumento de los individuos que se presentan en quiebra y que esa disminución puede deberse en parte a un aumento de la preocupación por el estigma moral que supone presentarse en quiebra. Conclusión que entienden reforzada por el hecho de que estamos en una era en que la información se viraliza fácilmente (de modo que los amigos, parientes, vecinos, compañeros de trabajo, etc. se pueden enterar con solo un click sobre el estado falencial del quebrado) y en la que de igual modo la información de riesgo crediticio es fácilmente accesible

Esta hipótesis, indican, puede sostenerse con más coherencia que la otra tan luego se verifica en conjunto con otros indicadores: el aumento de ejecuciones hipotecarias; las deudas con tarjeta de crédito se dispararon al mismo tiempo que el ahorro cayó; casi la mitad de los individuos que se concursan lo hacen porque están ahogados por deudas con el sistema de salud mientras que dos tercios están desempleados, entre otros.

Toda esta información parece demostrar que el aumento en las presentaciones en quiebra no ocurrió aislado de otros fenómenos. Si la hipótesis del "*declining stigma*" constituyera el *quid* para explicar el incremento en las quiebras, entonces dichas presentaciones deberían haber aumentado mientras los otros indicadores de estrés financiero deberían haberse mantenido estables. En vez de ello, el aumento de las presentaciones en quiebra constituye una pieza más de un mosaico más grande indicativo de un agravamiento del estrés financiero.

El último eslabón que refieren como explicación al incremento de las quiebras y el más agudo, es el cambio que ha sufrido a lo largo del tiempo la política crediticia y que habría permitido que personas que atraviesan estrés financiero se endeuden aún más.

En los ´70 y ´80 cuando una persona atravesaba estrés financiero severo – fruto de lo que fuera, desempleo, divorcio, problema de salud, etc. – el crédito se cortaba. Las tarjetas de crédito solo estaban disponibles para clientes con buena historia y puntuación crediticia y con empleo y las segundas hipotecas estaban limitadas solo a mejoras edilicias en el edificio o préstamos para el

college. De ese modo los individuos se veían compelidos a solucionar de otro modo sus problemas financieros: se mudaban con otros miembros de la familia; ahicaban su estructura; buscaban un segundo empleo; etc. Algunos se presentaban en quiebra, pero otros encontraban la forma de sobrevivir y sobrepasar la tormenta sin seguir incrementando su deuda más allá de los niveles que podría afrontar. Para los ´90 el acceso irrestricto al crédito por parte de individuos en estrés financiero les permitía sobrevivir períodos de desempleo u otros infortunios, aunque pagando el costo de asumir deuda que al poco tiempo se volvería inmanejable. El acceso liberado a tarjetas de crédito permitía incluso a una persona desempleada realizar consumos y más aún cuando se excedía el límite de consumo en vez de cortarle el crédito como ocurría en los ´80 las entidades financieras de los ´90 comenzaron a aumentar el límite y ofrecer más crédito al tiempo que imponían pesados intereses por refinanciación. El crédito permitía mantenerse a flote por un tiempo mayor, pero ese tiempo tenía un costo muy alto.

En el ambiente contemporáneo financiero los individuos pueden "autofinanciarse" a través de períodos de estrés usando las tarjetas de crédito, pero si se equivocan en su percepción o evaluación de cuándo y cómo saldrán del estrés alcanzan un nivel de deuda imposible de remontar.

En otras palabras, los cambios en las políticas crediticias volviendo dinero disponible para personas que ya se encuentran en dificultades financieras puede haber cambiado la ecuación que conduce a la quiebra aumentando el número de quiebra de consumidores.

La evidencia empírica más directa que sostiene esta hipótesis es un estudio llevado a cabo por la consultora August, Fair, Isaac & Co. que demuestra que una mejora en el *screening* previo al otorgamiento de crédito – o sea eliminando a aquellos que se encuentran desempleados o ya están inmersos en una situación de endeudamiento que no pueden resolver – podría reducir las pérdidas por presentación en quiebra para los emisores de tarjetas de crédito en un 54% por año.

No obstante, concluyen Sullivan, Warren y Westbrook, no es difícil deducir porqué ello no ocurre. Los principales jugadores del sistema financiero se han ubicado al lado de los prestamistas marginales cuyo nicho son los individuos en problemas financieros. De hecho, los préstamos comerciales son una fuente de ingreso en retroceso para la banca oficial cuyo centro principal de ganancias lo constituyen los intereses e ingresos generados por las deudas por consumos[161].

El estudio concluye así que estuvo equivocada la premisa de la que partieron los congresistas en la reforma relativa a que el incremento de las presentaciones en concurso obedece a situaciones de abuso o fraude en el sistema. Los deudores que se presentan en quiebra no estaban en condiciones de pagar en 1981 y lo están aún menos ahora.

161 Algunos críticos se animan a ir un paso más allá y dicen que el Congreso dictó una reforma pro-acreedores por el poder de lobby de éstos sobre el gobierno y que no es a los deudores a los que hay que penalizar por el incremento en las presentaciones en quiebra sino a quienes incesantemente les dan crédito. Ver Mark Sargent "Bad credit", Commonweal, 132, 9-11; 2005, tomado de https://www.commonwealmagazine.org/bad-credit citado por Ruser, Rachel en op.cit.

III. Las enseñanzas

Si bien nunca son automáticamente traspolables los análisis fácticos y normativos y por ende las soluciones de otras latitudes, el contexto macroeconómico y el mundo globalizado en el que vivimos tornan plausibles para nuestra realidad las conclusiones críticas de la reforma del año 2005 en los Estados Unidos (por no decir preocupantemente familiares algunos de los problemas, como el acceso irrestricto al crédito). Ello sin perjuicio de que sería interesante, útil y necesario (o quizás indispensable) contar con el relevamiento de datos empíricos que permitan corroborarlo y efectuar las adaptaciones críticas puntuales a nuestra idionsicracia.

De allí que entendemos que "el abuso del proceso por los consumidores" no constituye la regla, sino la excepción y, como tal, puede ser contenida a partir de una adecuada delimitación de la capacidad de "descarga" de las deudas que funcione como desincentivo ya del nacimiento de la deuda ya del concursamiento del deudor de mala fe. Deberán detenerse los proyectos de reforma con particular atención en el delineamiento de las normas relativas a la "descarga".

El resto de los supuestos, que constituyen la regla, no pueden catalogarse como abuso del proceso y por tanto no debe restringirse el acceso al sistema falencial ni jurisprudencialmente (como en los precedentes citados) ni legislativamente (con una solución normativa como la de la última reforma norteamericana).

Sería un error denegar o restringir el acceso al sistema concursal (o al sistema especial que se diseñe como reforma a nuestro actual régimen) partiendo de presumir *iuris et de iure* una inconducta por parte de los consumidores cuando la causa del incremento de las quiebras del consumidor responde a un fenómeno más complejo cuya solución debe buscarse en otra parte del sistema normativo y no en el microsistema de derecho concursal.

LA INTERPRETACIÓN DEL "CONTRATO DE VIAJE" EN ÉPOCAS DE COVID-19

Ernesto FRONTERA

Resumen: La irrupción de la COVID-19, la posterior declaración de pandemia que realizara la OMS con fecha 11/03/2020, y la consecuente derivación en restricciones estatales a las libertades individuales en numerosos países, marcan un derrotero inédito de creciente anormalidad para las actividades vinculadas al sector viaje y *turismo* en general, y en el turismo *aéreo* en particular.
La necesidad de brindar una salida jurídica al conflicto de intereses suscitado por la mentada situación en el ámbito del turismo, con especial énfasis en el turismo aerocomercial, constituye el origen y la finalidad de este trabajo.
Palabras claves: Restricciones estatales – Viajes – Turismo – Transporte aéreo.

Abstract: The emergence of COVID-19, the subsequent declaration of a pandemic to be made by WHO on 03/11/2020, and the consequent derivation of state restrictions on individual freedoms in many countries, mark an unprecedented path of increasing abnormality in activities linked to the travel and tourism sector in general, and in air tourism in particular.
The need to provide a legal solution to the conflict of interest caused by the mentioned situation in the field of tourism, with special emphasis on aero-commercial tourism, constitutes the origin and purpose of this work.
Key words: State restrictions - Travel - Tourism - Air transport.

I. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la COVID-19, la posterior declaración de pandemia que realizara la OMS con fecha 11/03/2020, y la consecuente derivación en restricciones estatales a las libertades individuales en numerosos países, marcan un derrotero inédito de creciente anormalidad para las actividades vinculadas al sector viaje y *turismo* en general, y en el turismo *aéreo* en particular.

La necesidad de brindar una salida jurídica al conflicto de intereses suscitado por la mentada situación en el ámbito del turismo, con especial énfasis en el turismo aerocomercial, constituye el origen y la finalidad de este trabajo.

Esta propuesta tendrá como marco analítico principal los aportes de la doctrina y los principios, normas e institutos consagrados en el derecho argentino, con independencia de las frondosas normativas de crisis creadas por los Estados para contener una situación tan excepcional, que desborda hasta los propios institutos de emergencia tradicionales.

Para ello, se propone una somera revisión de los principales tópicos pertinentes; en primer lugar, se indagará sobre la relación entre el *turismo* y el Derecho, y en particular, con el derecho de los contratos. Salvo alguna mención esporádica, no se teorizará sobre la situación jurídica particular y compleja de las agencias de viajes, porque la crisis que vivimos, exige una solución de conjunto para todos los eslabones de la industria turística.

Luego, se analizará el "*casus*" a la luz del Código Civil y Comercial, la imposibilidad temporaria de cumplimiento y sus posibles efectos, y se presentará el andamiaje doctrinal y normativo construido

en derredor del *viaje*, *afrontando* la tarea de encontrarnos con un dilema complejo, frente al cual se ofrecerá una solución jurídica superadora.

II. TURISMO Y DERECHO

La doctrina en forma unánime, y con razón, entiende que el turismo, o quizá debiéramos decir el viaje[162], no es objeto de una rama autónoma[163] del Derecho. Su estudio y enseñanza como un todo obedece a la multiplicidad de actividades que se despliegan en procura de un resultado común; el viaje (unidad de fin).

En este sentido, desde el año 1991 el Consejo Mundial del Viaje y el Turismo (WTTC), por sus siglas en inglés, viene realizando una intensa labor de fomento sobre las valiosas implicancias económicas y laborales que tienen esos sectores, pero también, de la necesidad del respeto al medioambiente y la interacción con los gobiernos y organismos internacionales. Como puede apreciarse, el marco en que se desarrollan las actividades ligadas al sector viaje y turismo contiene intereses públicos y privados interrelacionados.

Desde un prisma contractual, la expresión "contrato de viaje" sintetiza la situación objetiva de variados contratos *coligados*[164]*,* cuya interpretación en conjunto requiere un abordaje multidisciplinario, tarea ya nada sencilla en condiciones normales.

Vale la aclaración que el "contrato de viaje" refiere a contratos bilaterales o sinalagmáticos, por definición, onerosos y de cambio. Como su denominador común es el viaje, se podría afirmar, que no obstante ser contratos de cambio, mirados en conjunto, los inspira una especie de "espíritu colaborativo".

Como la situación que afrontamos es producto de un caso fortuito o fuerza mayor[165], el análisis hará foco en los contratos de viaje celebrados *con anterioridad a lo imprevisible, o en su defecto, inevitable de la crisis desatada por la COVID-19* [166]*.*

III. HECHOS EXTRAORDINARIOS CONCATENADOS DENTRO DE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

Toda situación de emergencia presenta hechos que se suceden unos a otros, pero no todos son extraordinarios; algunos adquieren una relevancia mayúscula y otros quedan en segundo plano.

162La finalidad turística necesariamente se canaliza mediante un viaje, pero, además, no es la única que puede canalizarse mediante él. Quizá, una de las finalidades más afectadas por el uso masivo de la tecnología que permite el tele-trabajo sea, justamente, la laboral. Alrededor de los principales aeropuertos internacionales se han construidos grandes hoteles al solo fin de recibir viajeros que envían las empresas para realizar conferencias, reuniones y demás actividades de orden laboral. Probablemente luego de la pandemia, algunos de estos hoteles ya no existan como tal.

163 Nos referimos a la llamada autonomía científica en el ámbito de una ciencia social como lo es el Derecho.

164 Los contratos coligados son contratos distintos que guardan entre sí una relación de conexión objetiva, cada uno tiene una función autónoma, aunque tiendan a la realización de una operación económica global, unitaria y compleja, por lo cual, suponen intereses económicos entrelazados cuya realización exige la celebración de esos contratos conexos, aunque distintos; Aparcio, Juan Manuel, "contratos/1, parte general, Hammurabi, 1997, Buenos Aires, pag, 143".

165 Art. 1730 del Código Civ. y Com., "Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario…".

166Para los celebrados con posterioridad, el análisis discurrirá por otros caminos argumentales, ya que la situación de emergencia habrá dejado atrás lo que tenía de imprevisible o, en su defecto, de inevitable en relación a los contratos.

Se destacan tres grandes grupos de hechos extraordinarios en esta crisis: 1-sanitarios 2-institucionales y 3-económicos. Entre los primeros, destacan el que dió origen a la emergencia y su rápida diseminación, y ambos a su vez, (enfermedad y contagio masivo) influyeron en la declaración de pandemia de la OMS y en las medidas estatales preventivas, es decir, los institucionales. En el plano económico, el hecho extraordinario esta determinado por el *shock de oferta* que se fue gestando como consecuencia de los hechos extraordinarios sanitarios e institucionales, el cual, fue modificando la fisonomía de la macroeconomía mundial, afectando casi todas la industrias y cadenas de valor mundial.

En este contexto, el cierre de fronteras o la declaración de "cuarentena"[167] obligatoria, sin lugar a dudas, constituyen lo que en doctrina se conoce como "hecho del soberano, o fuerza de príncipe"[168], alusión clásica para ejemplificar un supuesto del "*casus"*.

Concretamente, es un caso de fuerza mayor por tratarse de un *hecho del hombre* extraordinario que tiende a disminuir los derechos de los ciudadanos como consecuencia de su autoridad[169].

Esta afirmación no se envilece por el hecho de que sea una derivación de un caso fortuito anterior; la aparición de la COVID-19 y su rápido esparcimiento a nivel global, sucesos que como ya se mencionó, motivaron la mentada declaración de pandemia por la OMS.

Por más prestigiosa que sea la OMS, y por más relativizada que estén las soberanías estatales, los estados siguen siendo el paradigma de dominación política contemporáneo, máxime, cuando la pandemia se encuentra huérfana de liderazgo mundial unilateral y multilateral.

Una vez desatada la "peste", era previsible, que los Estados decretaran medidas restrictivas a la libertad ambulatoria de los particulares a medida que la enfermedad iba cruzando fronteras. Ahora bien, que esas medidas sean previsibles no significa que exista una relación determinista.

En el caso de las aerolíneas, por ejemplo, incluso después de declarada la pandemia y en relación a países que no cerraron sus fronteras ni decretaron el aislamiento social obligatorio, podrían haber contratado viajes de ingreso o egreso, y si entre la celebración y la ejecución del contrato, se decretan medidas de ese tipo, bien podrían pretender ampararse en el instituto de la fuerza mayor, como también los propios consumidores.

El fenómeno debe verse integral y mundialmente, y quizá el ejemplo de China, epicentro de la enfermedad, sea demostrativo de este aserto: por razones obvias, las medidas restrictivas en el gigante asiático no esperaron la declaración de pandemia, más aún, discriminaron regiones a dichos efectos.

167 En la mayoría de los países, pero particularmente en la Argentina, si contamos desde el inicio de la medida preventiva de aislamiento social de carácter obligatorio, la expresión "cuarentena" pecaba por exceso (los infectólogos predicaban solo 14 días de aislamiemto social para los infectados), al momento de escribirse estas páginas, ya es una expresión que peca por defecto, ya que la duración promedio ronda los 60 días, y en la Argentina estamos llegando a los 90 días.

168 Así lo nomina Vélez en la nota al art. 514 del extinto Código Civil argentino, con el agregado "como dicen los libros de Europa".

169 Ver nota al art. 514 del derogado Código Civil argentino, donde Dalmacio Vélez Sarsfield, con agudeza, enseña que "se entienden por hechos del soberano, los actos emanados de su autoridad, tendiendo a disminuir los derechos de los ciudadanos".

Además, sería irrazonable pensar que las decisiones estatales basadas en hechos extraordinarios que las justifiquen y le proporcionen legitimidad no constituyan un supuesto de fuerza mayor, *mutatis mutandis*, un caso fortuito puede justificar un caso de fuerza mayor[170].

Este problema no es puramente dogmático, ya que tiene consecuencias prácticas sobre cuáles son los contratos afectados, y desde ya, que la delimitación no será sencilla para todos los supuestos, pero es indudable, que el cierre de fronteras o el aislamiento social preventivo y obligatorio son parámetros objetivos de suma importancia. Con todo, habrá que analizar cada caso en particular.

Lo cierto es que, en la inmensa mayoría de los casos, los prestadores de servicios turísticos *se encontrarán en una imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de cumplimiento.*

Ahora corresponde hacer un análisis jurídico de esta situación, a la luz del ordenamiento jurídico argentino.

IV. IMPOSIBILIDAD TEMPORARIA DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO ARGENTINO

Dejando de lado el acuciante problema anterior, y habiendo establecido la situación en que se encuentran la mayoría de los prestadores de servicios turísticos, esto es, la imposibilidad temporaria de cumplimiento, tenemos que dirimir cuáles son las consecuencias en que puede derivar dicha situación según nuestro ordenamiento jurídico.

Básicamente, el desenlace puede ser la extinción del contrato o su suspensión, aunque una aplicación tradicional nos conduciría predominantemente al remedio extintivo, ya que por imperio del art. 956 Cód. Civ. y Com., la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria tiene dicho efecto en dos supuestos, a saber, 1) plazo esencial, 2) frustración del interés del acreedor irreversible.

El "contrato de viaje" es un contrato de ejecución diferida, por tener un plazo inicial en alguna de sus prestaciones. Como la duración de la imposibilidad temporaria es extremadamente incierta, es muy probable que el interés del acreedor se frustre de manera irreversible en la mayoría de los casos, ya que las reprogramaciones de viajes o equivalentes, resultarían extremadamente inciertas *ab-initio en base a la situación actual*.

No debemos perder de vista, que en estos casos el efecto extintivo viene dado a raíz de un caso fortuito o de fuerza mayor. Es una equiparación a lo que acontece para el caso de imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y *definitiva* por caso fortuito o fuerza mayor regulada en el art. 955 Cód. Civ. y Com.

Resulta de difícil aplicación la llamada Teoría de la imprevisión, porque justamente, no se trata de una *dificultad* de cumplimiento por tornarse la prestación excesivamente onerosa, sino de una imposibilidad transitoria. Por lo demás, esa doctrina de origen pretoriano, regulada en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., y que ha visto su consagración práctica luego de fuertes procesos inflacionarios, exige una imprevisibilidad subjetiva respecto del hecho extraordinario que le da origen. Difícilmente

170 Que el "caso fortuito" y el "caso de fuerza mayor" tengan la misma consecuencia práctica y que el Código Civil y Comercial argentino use esas expresiones como sinónimos, no significa que la distinción desaparezca y mucho menos, que no puedan sucederse en el tiempo de manera concatenada. Lo contrario sería desconocer la realidad de "entes" bien diferenciados, ya que lo imprevisible es por definición inevitable pero lo inevitable no es por definición imprevisible.

pueda argüirse que la devaluación que se suscite durante este tiempo de pandemia sea imprevisible en la República Argentina.

Para los contratos que no tuvieran plazo esencial de cumplimiento, o no se frustrare el interés del acreedor en forma irreversible, podrían servir los institutos suspensivos de la excepción de incumplimiento (art. 1031) o de la Tutela Preventiva (art.1032), cuya diferencia principal, será saber si el contrato afectado presenta un sinalagma funcional simultáneo o sucesivo respectivamente.

Ahora bien, debido a que existe una creciente protección de los derechos del consumidor que tuvo su primera consagración legal en el año 1993 (LDC 24.240), una inmediata consagración constitucional en el año 1994 (art. 42 C.N.), y una más reciente consagración legal en el año 2015 de normas protectoras mínimas en un código de fondo como lo es el Código Civil y Comercial, se hace imperativo analizar su incidencia en los contratos turísticos afectados.

Podríamos afirmar válidamente que el Código Civil y Comercial como norma de fondo *pivotea entre* el mandato constitucional y las disposiciones correctivas y complementarias de la Ley de Defensa del Consumidor.

A su vez, el "contrato de viaje" tiene como *regla* una evidente parte débil digna de protección; el viajero.

En esa dirección, la recepción de normas mínimas sobre defensa del consumidor que realiza el Código Civil y Comercial, significa elevar a los contratos de consumo a una situación de privilegio.

Debido a ello, la idea plasmada en el art. 63 LDC de que sus disposiciones son aplicables al *contrato de transporte aéreo*, en todo lo no regulado por el Código Aeronáutico y tratados internacionales, es decir, de manera subsidiaria, cobra fuerza y vigor renovado[171].

De ser así, todo lo que hace a la actividad comercial vinculado al quehacer aeronáutico podría ser objeto de protección; a modo de ejemplo, podría inferirse la aplicación del art. 10 bis LDC, que además de brindar una serie de opciones[172] al consumidor, deja a salvo la acción de daños y perjuicios, en ambos casos, siempre que no se haya configurado un caso fortuito o fuerza mayor. Claramente, dado este marco de crisis, toda interpretación que saliendo de los carriles tradicionales pretendiera hacer jugar la acción por daños y perjuicios de este artículo resultaría excesiva.

En la introducción se mencionó el especial énfasis en la actividad aeronáutica relacionada al turismo que tiene este trabajo. Eso se debe, principalmente, a la disposición del art. 63 LDC, transcripta y comentada en la nota 10.

171 El art. 63 de la LDC, dispone "para el supuesto de contrato de transporte aéreo se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley". El término "supletoriamente" usado por el legislador genera confusión. De una razonable interpretación, debemos colegir que se trata de una aplicación subsidiaria de la LDC. Esta afirmación se basa en dos razones: 1- aunque se pretendiera, a nuestro parecer erróneamente, que la autonomía de la voluntad tiene prelación sobre la LDC, estaríamos igualmente frente a una aplicación subsidiaria en relación a las normas específicas, 2- la LDC es una norma tutitiva, correctiva, por definición imperativa, pretender que la autonomía de la voluntad tenga prelación implicaría sostener que existen consumidores de tercer orden o nivel: los de primer nivel serían a los que se aplica la LDC en forma directa, los de segundo nivel los consumidores a los que se aplica la LDC en forma susidiaria, y los del último vagón del tren, los consumidores a los que se aplica la LDC, subsidiaria y supletoriamente.

172El consumidor cuenta con tres opciones, a saber, 1- exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; 2- Aceptar otro producto o prestación de servicios equivalente y; 3- rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Es por eso, que los comentarios vertidos en materia de defensa del consumidor son generalizables, en lo que sean compatibles, a todo viaje, sea por vía aérea, marítima o terrestre, con o sin intermediación, y cualquiera sea la finalidad perseguida por el viajero.

No se debe olvidar que la LDC es una norma correctiva, es decir, complementaria de la legislación de fondo. No queda duda sobre su aplicación a la legislación de fondo *general* cuando el contrato se encuentre dentro de su ámbito de aplicación material; el problema se presenta sobre aquellas actividades que están reguladas por una ley específica como son la actividad aeronáutica, marítima, la del agente de viajes, por nombrar solo algunas, vinculadas a este trabajo.

En ese marco polémico, parece irrazonable que la actividad aeronáutica cuente con el "privilegio" del art. 63 LDC, y el resto de actividades reguladas por leyes específicas no, claro esta, siempre que encuadren en el ámbito de aplicación material de la LDC.

Se redunda sobre el ámbito de aplicación material de la LDC, ya que existen autores que defienden el art. 63 LDC, pero le niegan la calidad de consumidor al pasajero aéreo. En efecto, los defensores del artículo bien podrían argumentar, que, en rigor, el pasajero aéreo no es un consumidor, lo cual más allá de no compartirlo, nos conduciría a la siguiente pregunta; ¿si no es un consumidor, ¿cuál es, entonces, el sentido del art. 63 LDC? En todo caso, hubiera sido preferible que el legislador directamente lo excluya de la LDC, incluso de su aplicación subsidiaria, salvo que se postule que es un consumidor de segundo orden o nivel, lo cual generaría una fisura en esa línea argumental: ¿es o no es consumidor?

En otras palabras, la aplicación *subsidiaria* de la ley de defensa del consumidor implica, necesariamente, que haya consumidores de segundo orden o nivel. Esta categoría es el reflejo de los criterios de discriminación que tuvo en cuenta el legislador a la hora de regular de manera específica una actividad dada.

Lo que no debe ser objeto de duda, es la imperiosa necesidad que tienen los consumidores en relación a actividades reguladas por leyes específicas de contar con un marco normativo más preciso, en orden a vislumbrar cuáles son sus derechos.

Por eso, "*de lege ferenda",* lo razonable sería equiparar a las actividades reguladas por leyes específicas y definir si son o no objeto de la protección del derecho del consumidor, aunque sea de manera subsidiaria[173]. Esto último indudablemente, insistimos, nos llevaría a distinguir en consumidores de primer y segundo orden o nivel[174], pero mientras esa discriminación resulte razonable, es decir, en consonancia con el art. 28 CN, será constitucional.

V. DILEMA O PROBLEMA

De todo lo expuesto, podríamos válidamente preguntarnos si estamos frente a un dilema o un problema, esto es, si estamos frente a una pregunta con soluciones diferentes y no sabemos por cuál optar o ante una pregunta de respuesta incierta.

En realidad, el hecho incontrastable de que el origen del cimbronazo sanitario, institucional y económico, sea la configuración de hechos extraordinarios concatenados, lo que podríamos llamar

173Y si alguna no resulta equiparable, desarrollar los argumentos en esa dirección.

174Como ya se mencionó en la nota 10, los de primer orden o nivel son aquellos consumidores que gozan de la protección directa (no subsidiaria) de la LDC. Por el contrario, los de segundo orden son aquellos consumidores que gozan de la protección subsidiaria de la LDC.

impropiamente un "mega caso fortuito o de fuerza mayor", no deja lugar a dudas, que el remedio "tradicional" predominante será extintivo, todo lo cual se traduciría en un agravamiento *de hecho* de la situación económico-financiera de las ya alicaídas empresas prestadoras de servicios turísticos, y en consecuencia, la imposibilidad temporaria de cumplimiento podría transformarse *de hecho* en definitiva, con resultados desventajosos para todos los interesados, sean operadores, intermediarios o consumidores.

Esta dura e inexorable realidad desvanece cualquier posible dilema jurídico que se pueda presentar y nos empuja hacia una solución superadora basada en los principios generales del derecho donde las partes de buena fe y preservando el negocio jurídico, renegocien adecuadamente sus intereses, al menos, por un tiempo razonable.

VI. El PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO COMO PILARES DE UNA MIRADA SUPERADORA

Como ya es bien sabido, el deber general de buena fe es el principio integrador de todo el ordenamiento jurídico argentino por antonomasia (arts. 9, 961 y 1061, Cód. Civ. Y Com.). Por su mayor grado de generalidad y abstracción, se transcribe el art. 9 Cód. Civ. y Com., "*principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*".

Por su parte, el principio de conservación de los actos jurídicos se encuentra contemplado en el art. 1061 Cód. Civ. y Com., "*principio de conservación. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlo con el alcance más adecuado al objeto del contrato*".

Ahora bien, el Código Civil y Comercial contiene una disposición en materia de objeto de los contratos de larga duración que se presenta como una conjunción de aquellos principios: así, el art. 1011 reza "*contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*".

Aunque, podría objetarse que este artículo refiere a contratos paritarios, es indudable que la mentada conjunción del principio de buena fe y de la conservación de los actos jurídicos que contiene, le confiere una proyección generalizada, incluso a los contratos de consumo.

Como bien expresa Sandra S. Arcos Valcárcel "*en tantos unos brindan el servicio de transporte u otro, otros intermedian en el contrato de transporte y/o viaje y otros deciden viajar. Se debe renegociar el contrato de viaje en el marco de la buena fe, ya no como exigencia del consumidor en los términos del art. 10 bis LDC, sino consensuadamente, para que adecuada y diligentemente se prevea la factibilidad de reembolsos de manera ecuánime en tiempo razonable para aquellos usuarios que ya no quieran viajar y, a su vez,…que se den opciones al pasajero para que tome el servicio o equivalente y que, el incumplimiento temporal de los prestadores directos no recaiga de*

manera directa o indirecta sobre el patrimonio de las agencias de viajes que, en esta contingencia , no tienen responsabilidad alguna y deben resultar indemnes…"[175].

Si uno observa las distintas normas de crisis adoptadas por los Estados en relación a los contratos de viaje, verá que constituyen medidas extraordinarias que promueven la conservación de los contratos y el menor impacto en los consumidores y las empresas. Tales medidas van desde una reprogramación de servicio idéntico o equivalente, a una "nota de crédito" vigente durante un período de tiempo razonable, variable según el país.

Tales disposiciones estatales son el reflejo de principios generales del derecho que el Poder Judicial debería tener en cuenta para resolver conflictos de esta índole en tiempos de COVID-19, aún cuando no existiera dicha intromisión en la autonomía de la voluntad individual.

VII. CONCLUSIONES

El marco excepcionalísimo que la COVID-19 fue generando a nivel mundial, ha desbordado el Derecho en cuanto instrumento de control de los conflictos sociales.

En cuanto al tema que nos ocupa, la aplicación de las disposiciones relacionadas al caso fortuito o fuerza mayor llevarían a una *desconexión* con la realidad que se pretende regular con resultados sociales adversos.

Los sistemas sociales se interconectan y el Derecho debe bregar por soluciones que propendan a un sano equilibrio sin renunciar, claro está, a argumentos de tipo jurídico.

Para este tipo de situaciones de desborde institucional, los principios generales del derecho se presentan como una herramienta útil y válida para el intérprete, a la hora de brindar soluciones jurídicas razonables.

En esa dirección, debe prescindirse de la discusión de si se aplica o no la LDC, ya que, si conjugamos la situación actual con las características del "contrato de viaje", la salida más razonable al conflicto deviene de postular una adecuada renegociación del contrato con base en el principio general de buena fe y de conservación del contrato. Tanto operadores, como intermediarios y usuarios ponen en riesgo sus intereses si no se renegocia adecuadamente el "contrato de viaje".

Por todo lo expuesto, podríamos afirmar que se trata de una situación de supervivencia de los intereses en juego, y parafraseando al célebre Ulpiano, justicia en este marco, es darle a cada uno lo más que se pueda, aunque no sea lo óptimo.

La sensación de cierto vacío de justicia que dichas afirmaciones nos producen, no debe sorprendernos, ya que la dimensión política del Derecho es una dimensión fáctica a la cual ningún sistema jurídico puede escapar, o como ha expresado la CSJN en varias oportunidades, situaciones extraordinarias requieren de medidas extraordinarias.

175 Arcos, Valcárcel, Sandra S., "Contratos turísticos y COVID-19: principios generales para la adecuada renegociación de los contratos de prestaciones turísticas, una mirada superadora, tomo La Ley 20-B, Contratos y Coronavirus, Buenos Aires, 2020, pág. 16, Cita online: AR/DOC/1155/2020".

ALCANCES INTERPRETATIVOS EN EL DERECHO AERONÁUTICO EN RELACIÓN A LA COMPETENCIA FEDERAL Y NORMAS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Hugo RIVAROLA
Colaboración: Giselle Javurek

En todo caso, la búsqueda de explicaciones lleva al convencimiento de que la vida del hombre de derecho, en cualesquiera de sus actividades – juez, profesor o abogado en ejercicio – requiere para una sólida eficacia en sus resultados, el estudio permanente. Como decía Couture, el abogado que deja de estudiar es cada día menos abogado….

Resumen: El presente dictamen tiene como principal objetivo, ofrecer un análisis y una postura jurídica teniendo en cuenta los sólidos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales imperantes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Aeronáutico y Marítimo.
En el caso concreto, se abordará especialmente el *transporte aéreo de personas*, de acuerdo a los principios especiales, entendidos éstos como las ideas básicas a partir de las cuales se forma la materia, la integralidad y armonización de las normas, el particularismo, la autonomía del Derecho de la Navegación, el diálogo de las fuentes y los caracteres, como elementos distintivos de la disciplina y que hacen a su esencia.
Palabras claves: Transporte aéreo de personas – Diálogo de las fuentes – Autonomía disciplinar.

Abstract: The main objective of this opinion is to offer an analysis and a legal position taking into account the solid doctrinal and jurisprudential foundations prevailing in the national and international legal system of the Comprehensive Navigation Law of Aeronautical and Maritime Law.
In the specific case, the air transport of people will be especially addressed, according to special principles, understood as the basic ideas from which the subject is formed, the comprehensiveness and harmonization of the rules, particularism, autonomy of the Right of Navigation, the dialogue of the sources and the characters, as distinctive elements of the discipline and that make up its essence.
Key words: Air transport of people - Dialogue of sources - Disciplinary autonomy.

I) INTROITO

MOTIVOS. OBJETIVOS

El presente dictamen tiene como principal objetivo, ofrecer un análisis y una postura jurídica teniendo en cuenta los sólidos fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales imperantes en el ordenamiento jurídico nacional e internacional del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Aeronáutico y Marítimo.

En el caso concreto, se abordará especialmente el *transporte aéreo de personas*, de acuerdo a los principios especiales, entendidos éstos como las ideas básicas a partir de las cuales se forma la materia, la integralidad y armonización de las normas, el particularismo, la autonomía del Derecho de la Navegación, el diálogo de las fuentes y los caracteres, como elementos distintivos de la disciplina y que hacen a su esencia.

La trascendencia de la temática planteada en el presente, resulta de la importancia a nivel nacional e internacional de la propia "actividad", es decir, el transporte aéreo en su máxima expresión, ya que constituye un motor imprescindible e insustituible en el desarrollo de la actividad humana y de un país en su conjunto como política de desarrollo sustentable vinculado al turismo, al comercio y al mero traslado de personas y/o mercaderías entre otras cosas.

La labor realizada, surge debido a la preocupación por esta parte, en la interpretación de las normas jurídicas de la judicatura en el ámbito federal y de los tribunales ordinarios de la Provincia de Córdoba, en dos ejes temáticos vinculados en GENERAL, al Derecho Aeronáutico y EN ESPECIAL, al transporte aéreo de personas, en cuanto a **la competencia federal en razón de la materia** y el **alcance de las normas que tutelan los derechos del consumidor en su vinculación con el derecho aeronáutico, de acuerdo a lo establecido en el actual anteproyecto de ley de defensa del consumidor.**

Desde una primera aproximación, la simple lectura de los fallos testigos traídos a colación, pareciera una solución justa a los casos planteados, pero, desde un análisis integral del conjunto de normas que se aplican a los casos concretos, los mismos, a nuestro entender, no se ajustan a derecho.

Por ello, se trae bajo análisis dos sentencias de Cámara, la primera en el ámbito federal, autos **"L.O.H c/ LATAM s/ DAÑOS Y PERJUICIOS",** Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaria II, Sala A de fecha 26 de Septiembre del año 2018, la segunda, los autos caratulados **"DI TELLA, BELEN MARIA Y OTRO c/ LATAM AIRLINES GROUP SA y/o LAN AIRLINES S.A. – ABREVIADO" – EXPTE 6231615** de la Excma. Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, Sentencia Nº 28 de fecha 22 de Abril de 2019.

II) ANALISIS PREVIO

Antes de ingresar al análisis de los casos en concreto y en particular, es importante destacar los lineamientos doctrinarios y jurídicos de los elementos configurativos del Derecho Aeronáutico, pilares fundamentales y fundacionales de la materia, los que se fueron gestando desde hace años conformando el Derecho de la Navegación.

Los caracteres, son los elementos constitutivos que sirven para definir y lograr una mayor precisión en cuanto a la esencia de la materia y de una disciplina. En el tema bajo análisis, resulta de trascendental importancia valorar adecuadamente como lo ha expresado la mayor, mejor y más calificada doctrina en el ámbito nacional e internacional, sobre la AUTONOMÍA del Derecho de la Navegación comprensivo del Derecho Marítimo y Aeronáutico, y los caracteres de INTERNACIONALIDAD, INTEGRALIDAD, REGLAMENTARISMO y POLITICIDAD.

En el entendimiento razonado de los principios especiales de la disciplina, el particularismo, la autonomía, y los caracteres, nos permiten llegar a la adecuada comprensión de esta rama jurídica y su marco regulatorio, sin que eso implique la negación de la aplicación de otras normas del derecho común y los principios jurídicos que lo conforman.

Es de destacar, que la temática del Derecho de la Navegación opera con independencia frente a otras ramas del derecho, al estar formada por principios especiales que comprenden al hecho técnico de la navegación, ya sea por agua o por aire, como así también las características especiales y particulares en los hechos, del desarrollo de la actividad que han requerido en la formación en el tiempo y en el espacio, de soluciones singulares congruentes con la fenomenología típica de la

actividad.

Cuando hacemos referencia a la autonomía, quiere señalarse que el sector jurídico de que se trate, "merece ser sistematizado, regulado jurídicamente, aplicado por órganos especializados y enseñado concierta independencia del resto del ordenamiento total".[176]

No es el Derecho de la Navegación como un todo, o una parte del mismo, el llamado Derecho Marítimo, algo distinto del resto del orden jurídico. Sólo tenemos su "relatividad"[177] como premisa de los análisis a emprender, se ayuda a despejar el marco interpretativo.[178]

Los autores franceses como Pardessus, Ripert y Danjon fueron elaborando conceptos propios, característicos de la actividad navegatoria, la marítima, a la que se llamó *particularismo.*

Como señala Simone, "particularismo" y "autonomía" constituyen nociones distintas aunque no excluyentes.[179]

Mientras el "particularismo" de un ordenamiento jurídico, pone de resalto sus instituciones originales, sus modalidades, que lo distinguen de otros ordenamientos, tanto en el tiempo como en el espacio, vale decir caracteres propios más o menos constantes, "… la "autonomía" de una rama jurídica se dirige directamente a conformar la plenitud del sistema que ese ordenamiento pretende lograr a través de una adecuada estimativa jurídica. Equivale a la forma de integrarse para llenar sus propios vacíos, sus propias lagunas y así lograr la plenitud del sistema al que está dirigido". [180]

La vinculación entre la autonomía de una rama del derecho y la existencia de principios especiales propios, resulta ineludible para dar fundamento a su especificidad institucional. La autonomía procede del particularismo que destacan las relaciones jurídicas – en nuestro caso las relaciones de conducta relacionadas con la navegación -. Los principios generales permiten que una disciplina encuentre sus propias soluciones, o sea que se integre en la práctica institucionalmente sin tener que acudir a criterios fundantes de soluciones de otras disciplinas, que podrían afectar sus modalidades diferenciadas. Descuidar tales características puede implicar la consagración de valoraciones inadecuadas que conducen a soluciones injustas[181].

Lo expuesto por el gran maestro Jorge Bengolea Zapata, no puede pasar desapercibido por el intérprete en el ejercicio de sus funciones, en razón de que no contemplar y o descuidar la correcta interpretación con el alcance adecuado de los lineamientos doctrinarios expuestos, podría en todo caso, llegar a soluciones inadecuadas e injustas.

Bengolea Zapata expresa: "…La vinculación entre la autonomía de una rama del derecho y la existencia de principios generales propios resulta ineludible para dar fundamento a su especificidad institucional, y así como los ordenamientos jurídicos contienen los principios generales del derecho, las disciplinas particulares que han obtenido su autonomía tienen los propios, en el ámbito más restringido de su esfera. La autonomía implica -un deslinde siempre relativo - dentro del ordenamiento jurídico, un sistema de derecho que contiene soluciones para colmar sus lagunas, sin

176 RAY JOSÉ D., "El Derecho de la Navegación y el orden jurídico". Anticipos de "Anales", 2º época, año XX, número 15, pág.27.

177BRUNETTI, ANTONIO, "Derecho Marítimo Privado Italiano". (Venecia, 1928). Trad. De Gay de Montellá. (Barcelona, 1948). Tomo I, pág. 13.

178ROMERO BASALDÚA, LUIS C. Derecho Marítimo 1. Pág. 30. Editorial Marcos Lerner. 1996

179SIMONE, OSVALDO BLAS. "Compendio de Derecho de la Navegación", ed. 1987, pág.86.

180SIMONE, OSVALDO BLAS, "La Autonomía del Derecho de la Navegación y sus principios generales", en Segunda Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación, Buenos Aires, Nov. de 1975, pág. 22.

181BENGOLEA ZAPATA, JORGE. Instituciones del Derecho de la Navegación. Pág. 171. Editorial Marcos Lerner. 2014.

acudir a criterios fundantes de soluciones en otras disciplinas[182].

Los autores italianos son los que centraron el problema jurídico de la determinación de la "autonomía del Derecho de la Navegación en torno a la existencia de principios propios del mismo que conducen a soluciones distintas a las resultantes en la simple aplicación del Derecho Común, destacándose el problema práctico resultante del asunto, en la interpretación de la ley". [183]

La llamada Escuela Napolitana del Derecho de la Navegación, encabezada por Antonio Scialoja, en argumentaciones que posteriormente desarrolló y amplió Spasiano, llegó más allá en su pensamiento científico y con una visión unitaria y jurídica del hecho navegatorio, sostuvo que las peculiaridades que se quieren ver en el Derecho Aeronáutico, son las mismas del Marítimo, porque constituyen aspectos del hecho técnico de la navegación, motivo por el cual reclama autonomía para el Derecho de la Navegación, integrado también por las normas jurídicas relativas a la aeronavegación [184].

La debida comprensión e interpretación de los elementos que configuran y conforman el Derecho de la Navegación, del Derecho Aeronáutico, nos llevan indefectiblemente, al conocimiento de los principios jurídicos especiales que, en su originalidad, tienen que ser interpretados por el operador en el marco armonioso con otras normas del sistema legal en su totalidad.

Ya sea que nos coloquemos en la posición de la Escuela Napolitana que considera al Derecho de la Navegación como disciplina que incluye al derecho marítimo y aeronáutico, o en la escuela autonomista que le otorga autonomía científica al Derecho Aeronáutico, llegaremos a igual conclusión dada la particularidad que presenta *per se* la actividad aeronáutica y que conforma una construcción jurídica que se auto integra con sus propias normas y las demás del sistema jurídico.

Los elementos mencionados que conforman el Derecho de la Navegación, que comprende tanto a la actividad navegatoria realizada en el aire como en el agua, llevan a la autonomía de esta rama del derecho, comprensiva de la novedad orgánica, principios especiales que lo gobiernan y distinguen, y tendencia a la completividad, es decir, que presenta en su contenido tanto normas de derecho público como privado.

Lo expuesto se podría resumir, a que toda cuestión que involucre temas vinculados a la navegación aérea y a la aeronáutica civil en su más amplia significación, la solución al caso debe buscarse dentro del sistema, ya que es orgánico, se basta a sí mismo, posee homogeneidad y unidad. Por eso se ha dicho que el Derecho de la Navegación es "especial" y "autónomo". Lo expresado, no significa que no se considere el resto del ordenamiento jurídico (derecho común y especial, códigos, leyes, etc) en cuanto a su aplicabilidad en forma "concurrente" en todas aquellas cuestiones que no han sido adecuadamente o suficientemente protegidas (como bien jurídico) en función de las nuevas tendencias imperantes, como, por ejemplo, las normas de protección al consumidor.

El presente correlato, surge de los arts. 1 y 2 del C.A., sobre la regulación de la Aeronáutica Civil y la completividad reconocida a la disciplina, respectivamente. Al respecto el Código Aeronáutico de la República Argentina Ley 17.285 expresa: *TITULO I – Generalidades Art. 1° - Este Código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre. A los efectos de este Código, aeronáutica civil es el conjunto de actividades vinculadas con el empleo de aeronaves privadas y públicas, excluidas las militares. Art. 2° - Si una*

182BENGOLEA ZAPATA, JORGE, "Autonomía y Principios Generales del Derecho de la Navegación" en Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de la Navegación. Bs As, Nov. 1975, pág. 1.
183ROMERO BASALDÚA, LUIS C Derecho Marítimo 1. Pág. 32. Editorial Marcos Lerner. 1996
184ROMERO BASALDÚA, LUIS C Derecho Marítimo 1. Pág. 35. Editorial Marcos Lerner. 1996

cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Es de destacar que alguno de los proyectos de modificación al Código Aeronáutico Ley 17285 como, por ejemplo, el de la Dra. Griselda Capaldo y del Dr. Mario Folchi, siguen los lineamientos establecidos en la legislación actual como se explicará posteriormente.

III) EL ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA FEDERAL Y SU CARÁCTER LIMITADO Y EXCEPCIONAL.

Se destaca el *origen* constitucional de la competencia federal, lo cual significa, que al organizarla el Congreso no ha ejercido una facultad, sino que ha cumplido una obligación, de modo que no podría suprimirla por una ley ni alterar su competencia sin violar el principio constitucional.

Esto se relaciona íntimamente con el sistema político federal de la República Argentina establecido en nuestra Carta Magna, por el cual las provincias son entes políticos preexistentes que constituyeron el gobierno central y al cual le delegaron materias.

La C.N. dispuso una cláusula general de distribución de competencias entre la Nación y la Provincias en el art. 121 que dice: *"Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".*

Desde el ámbito judicial, se ha consagrado expresamente las atribuciones de la Justicia Federal en los arts. 116 y 117 y que el Congreso de la Nación puede reglamentar.

Se ha establecido que la competencia federal es limitada y de excepción, es decir requiere mención expresa y de interpretación restrictiva.

Los artículos de la Constitución Nacional donde se determina la competencia federal, tanto originaria y exclusiva de la C.S.J.N., como la *apelada* (arts. 116 y 117 C.N.), han sido reglamentados en el año 1863 por la Ley 48 de Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales y que en forma desordenada (cierta casuística) ha pretendido incluir todo hecho o contrato concerniente a la navegación marítima.

En su art. 2, la Ley 48 reglamenta la competencia *apelada,* en virtud de la cual, "*los jueces nacionales de sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes:*"

De manera general, el inc. 1 reza "*las que sean especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que hayan sancionado y sancionare el Congreso y los tratados públicos con naciones extranjeras*".

Es clásica la clasificación doctrinal de las leyes en: 1) locales, 2) comunes y 3) federales. En ese sentido no cabe duda, que este inciso descarta la apertura del fuero federal en causas de derecho común (art. 75 inc. 12 C.N.), y de derecho local, por no ser *especialmente* regidas por la Constitución Nacional. En cambio, se refiere claramente, a leyes federales en sentido amplio (Constitución, ley, etc.). Este punto es en el cual, la doctrina calificada abraza en los temas del Derecho de la Navegación y su vinculación con la competencia federal. Ninguna provincia podría dictar normas vinculadas a la aeronáutica, ni a la navegación por agua, salvo algunos temas de mero orden administrativo en general ni en particular, por no estar dentro de su ámbito legisferante.

En los incisos 7, 8 y 9, el Congreso Nacional, de manera casuística, reglamenta causas relacionadas con la actividad marítima, que, por su mayor o menor gravedad, generan o podrían generar el entorpecimiento de la actividad.

A nuestro modo de ver, estos incisos son meramente ejemplificativos, y los que, por un prurito formal, quieran aferrarse al carácter excepcional de la competencia federal, se verán en el escollo insalvable de cómo trasladar dichos ejemplos al ámbito aeronáutico. Por lo demás, semejante interpretación desnaturalizaría el inciso primero, que es el verdadero faro para el intérprete teniendo en cuenta el carácter de Internacional de la disciplina.

La ley federal nº 13.998/50, regulatoria de la Organización de la Justicia Nacional y adecuando las competencias a la Constitución de 1949, confirma lo establecido en la ley 48. En efecto: el art. 55 inc. b, en forma categórica, determina la competencia federal para los "*hechos, actos y contratos concernientes a los medios de transporte terrestre…; y a los regidos por el derecho de la navegación y por el derecho aeronáutico*", estableciendo la competencia federal en *hechos*, *actos* y *contratos* regidos por el derecho marítimo y aeronáutico (art. 42 inc. b, y art. 52. inc. b). De una sana hermenéutica debemos colegir que esta ley tiene preeminencia frente a la ley 48, ya que es posterior.

Si bien esta ley constituye una fuente formal de derecho federal, para que lo dispuesto en la disposición transcripta pueda subsumirse en el art. 116 C.N., es necesario tener en cuenta una de las atribuciones que la Carta Magna concede al Congreso Nacional, esto es, la denominada "cláusula comercial" (art. 75 inc. 13 C.N.); la cual implica la atribución de regular el comercio inter-jurisdiccional, ya sea internacional o interprovincial.

Nótese, que, a diferencia de la actividad marítima, la actividad aeronáutica no está contemplada de manera expresa por el art. 116 C.N., sin embargo, en ambos casos, es necesario que estemos frente a una actividad incluida en una atribución delegada por las provincias a la Nación y de ahí se desprende en el sentido anteriormente expuesto sobre la navegación aérea y marítima constitutiva del Derecho de la Navegación.

Al respecto Lino Enrique Palacio expresa: *"El art. 55 inc. b de la ley Nº 13.998 atribuye a los jueces federales con asiento en las provincias competencia para conocer de los hechos, actos y contratos regidos por el derecho aeronáutico" agregando que es requisito de esa competencia, "que se trate de aeronavegación internacional o interprovincial, es decir, que se realiza respectivamente, entre un aeródromo de la república y otro extranjero…".*[185]

Por otro costado, en el Derecho Aeronáutico el actual art. 198 establece: *"Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos".* Dicha norma establece en forma clara la jurisdicción federal "rationae materiae".

Sobre la presente norma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: "*en cuanto a la competencia federal por la materia provocada por cuestiones atinentes a la aeronavegación, debe ser dilucidada con carácter restrictivo y excepcional (Conf. C.S.J.N., 326:4598; 328:4090).", "En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional sostiene que la controversia debe afectar directamente la navegación o el comercio aéreos (conf. Fallos: 310:2311; 312:1918), o bien que es preciso que se hayan visto afectados intereses federales o la prestación del servicio (Fallos: 319:249 y 778; 322:658 y 323:2213).*

185PALACIO, LINO ENRIQUE. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Lexis- Nexis - Abeledo – Perrot.

En los dos fallos bajo análisis, en relación al primero sobre los *"daños sufridos por un pasajero en las operaciones de embarque y desembarque"*, como el *"incumplimiento del contrato de pasaje aéreo"* en el segundo, resulta claro que comprende situaciones no sólo bajo la norma del art. 198 del Código Aeronáutico sino que también con los lineamientos expuestos por la C.S.J., es de advertir que ambos supuestos están descriptos normativamente por las normas específicas del Derecho Aeronáutico, arts. 113, 139, 150, art. 12 de Resolución 1532/98 de la Secretaría de Transporte de la Nación, el Convenio de Varsovia de 1929 y Montreal del año 1999 ratificado por la R.A. por ley 26.451 del 22.02.09.

Es de señalar, que los fallos analizados niegan la situación fáctica que sea comprensiva y alcanzada por las normas del Derecho Aeronáutico, lo cual constituye un grueso error conceptual y hermenéutico.

IV) <u>PRIMER FALLO.</u>

El Sr. Juez Eduardo Ávalos y la Sra. Juez Graciela S. Montesi de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Secretaría Civil II, Sala A, de manera coincidente con el dictamen del Fiscal General, votaron desestimando la pretensión de apertura del fuero federal por falta de encuadramiento de la causa en el art. 116 de la Constitución Nacional.

Si bien se afirma que, según las circunstancias fácticas, "*no se ha visto conculcados intereses federales alguno*", en rigor, existen dos lineamientos argumentales diferentes, el primero implícito, y el segundo expreso.

Siguiendo el orden expositivo del preopinante, en primer lugar, sostiene, que el interés federal invocado no tiene la suficiente entidad y, en segundo lugar, que ni siquiera hay interés federal, ya que el hecho dañoso aconteció fuera de la zona de desembarque, ergo, se trata de un caso de derecho común.

En rigor, el orden sería el siguiente: no existe interés federal por tratarse de una causa de derecho común, pero si fuera federal, el interés federal invocado no tiene envergadura, ergo, se lo considera inexistente.

No resulta lo mismo en el plano argumental, que, a los ojos del intérprete, el interés federal sea débil, que lisa y llanamente no exista. Si fuera lo mismo, nos preguntamos el para qué de la doctrina que, de manera sistemática, afirma que el interés federal invocado debe ser de *entidad.*

Lo expresado se corrobora cuando se dice "*no advierto que el hecho denunciado, guarde vinculación con la seguridad, el comercio, los intereses de la aeronavegación o con las normas federales de derecho aeronáutico*".

En relación a este primer argumento, sostenemos que, si cada reclamante, a falta de reglas legislativas o judiciales (fallos plenarios) tendría que "adivinar" cuando un interés federal presenta la suficiente entidad como para justificar la apertura del fuero federal, la seguridad jurídica y el derecho de peticionar ante las autoridades podrían verse afectados, máxime cuando la competencia federal en razón de la materia es improrrogable a los tribunales provinciales.

Una situación admisible sería que el Congreso Nacional restrinja la competencia federal en orden a la falta de envergadura del interés federal invocado, siempre con la anuencia expresa o tácita del último guardián e intérprete de la Constitución Nacional, la CSJN., pero otra muy distinta, que ello dependa del mero arbitrio judicial.

Para nosotros, si el hecho dañoso aconteció durante la vigencia del contrato aeronáutico y se trata de una actividad interjurisdiccional, el interés federal debe considerarse siempre de entidad, o lo que es lo mismo, es el predominante.

Respecto al segundo argumento, si se trata de un caso de derecho común, la regla es que corresponde la competencia provincial por imperio del art.75 inc. 12 C.N.

Si, como piensan los vocales del voto mayoritario, el daño se produjo fuera de la zona de desembarque, seríamos contestes en coincidir en que, por ser un caso de derecho común, no corresponde la justicia federal.

Pero justamente, para nosotros y según lo probado en el expediente, el daño se produjo en la zona de desembarque, y considerando que se trataba de un vuelo internacional proveniente de los Estados Unidos de América, y que tenía por destino final la Ciudad de Córdoba de donde es oriundo el pasajero, corresponde tener en cuenta a la hora de fallar, la normativa internacional que rige la materia. Por tal motivo, el Juez Federal debió aplicar el Convenio de Montreal de 1999, ratificado por nuestro país, y el cual contempla la situación en su Capítulo Tercero, titulado Responsabilidad del Transportista y Medida de la Indemnización por Daño, Artículo Nro. 17 Muerte y lesión de los pasajeros.

El presente caso, nos hace pensar en la necesidad de contar con un foro especializado, con jueces expertos en la materia.

El desconocimiento de la temática que conforma al Derecho Marítimo y Aeronáutico con sus caracteres y particularismo expuesto más arriba, al expresarse que *"no afecta dicho caso un interés federal"*, resultando todo lo contrario, en razón de que dichos casos versan en forma directa y principal sobre el contenido del Derecho Aeronáutico, predomina la causa federal, su entidad y el interés federal. Las normas del Derecho Aeronáutico tratan, comprenden y regulan en forma clara y precisa las cuestiones fácticas de los casos concretos bajo análisis. El desconocimiento específico de la regulación legal, que no constituyen ningún vacío legal y/o laguna normativa, significa por parte de la judicatura ir más allá de lo establecido por el Derecho.

El artículo 17 del Convenio de Montreal expresa: *"El transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque".*

Asimismo, el art. 139 del Código Aeronáutico dice: *"El transportador es responsable de los daños y perjuicios causados por muerte o lesión corporal sufrida por un pasajero, cuando el accidente que ocasionó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarco o desembarco".*

Al respecto y después de lo estipulado en el ámbito doméstico como en el internacional, la doctrina ha definido sobre qué comprende un "accidente" desde el punto de vista del Derecho Aeronáutico y las operaciones de "embarque y desembarque".

Sobre el tema se ha dicho. El maestro Videla Escalada, nos enseñó que la responsabilidad del operador aeronáutico "...comprende a todos los supuestos en que un sujeto de derecho debe responder frente a la comunidad o frente a otra persona en virtud de hechos o situaciones en los se

ha producido algún daño y en los que el ordenamiento jurídico considera que ha habido una manifestación antijurídica..."[186]

También, podemos citar a Goedhuis[187], que fue quien luego de realizar todo un análisis interpretativo, teniendo en cuenta la Convención de Varsovia de 1929 y lo tratado en el Segundo Comité de CITEJA, llegó a una conclusión respecto de qué se entiende por "operaciones de embarque y desembarque".

El autor, refiere que son aquellas maniobras realizadas desde que el pasajero sale del edificio del aeropuerto a tomar el avión, hasta que entra al edificio del aeropuerto de destino. Considera, que, si bien esta definición tiene sus fallas, resulta la más acertada y debería distinguirse dos situaciones. Por un lado, la primera situación sería, si el pasajero es acompañado a tomar el avión (o abandonarlo) con un dependiente del transportador, y es allí cuando ocurren los daños. En este caso, el transportador no será responsable si prueba haber tomado las medidas necesarias para que el daño no ocurriera. La otra situación sería si el pasajero no es acompañado por un dependiente del transportador, ni tampoco tiene posibilidades de hacerlo, ni tampoco de colocar el avión cerca. Para dicho autor, en este caso significaba que el transportador había tomado las medidas necesarias, pese a su imposibilidad, y por lo que no sería responsable. Por tanto, Goedhuis afirma, que la responsabilidad de transportador empieza cuando el pasajero pisa la loza de fin para dirigirse al avión del transportador a los fines de realizar el viaje y termina cuando el pasajero abandonó la loza del de destino.

Sin perjuicio de ello, recurriendo al derecho comparado, resulta importante citar jurisprudencia internacional, precisamente las consideraciones de los tribunales norteamericanos, los cuales continúan fieles a la jurisprudencia iniciada por el caso "*Buronocore v. Trans World Airlines, Inc."*[188] que fue en donde se sentaron las bases para establecer una serie de factores que deben tomarse en cuenta para determinar si los hechos ocurrieron "en el curso de las operaciones de embarque o desembarque". Estos factores son: a) la actividad del pasajero en el momento del accidente, b) las restricciones impuestas por la empresa aérea a su movimiento, c) la inminencia del momento de embarque o desembarque, y, d) la proximidad física del pasajero a la puerta de salida/entrada [189].

Videla Escalada define al accidente: *"…como un hecho ocurrido al pasajero, que puede ser totalmente distinto de un accidente de aviación"; "… más aún, el accidente en la manera como el Convenio de Varsovia emplea el término, no puede ser relacionado exclusivamente con la aeronave ni siquiera con el viaje, sino que se refiere a un acontecimiento cuyas consecuencias experimente el pasajero directamente en su persona."*[190]

"A los fines de los arts. 17 del Convenio y 139 del Código, es accidente todo acontecimiento súbito que no depende de la voluntad del transportador ni sus dependientes o altera el normal desarrollo de un transporte aéreo por determinar daños derivados de la muerte o lesión corporal de algún pasajero."[191]

186VIDELA ESCALADA, FEDERICO.Manual de Derecho Aeronautico. Buenos Aires: Zavalia, 2007.

187MARTINEZ MARTINEZ, ESUTAQUIO. Jurisprudencia Internacional sobre la Convencion de Varsovia de 1929, referente a la responsabilidad civil del porteador aéreo. [aut. libro] Goedhurs. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1962.

188BURONOCORE V. TRANS WORLD AIRLINES, Inc. 900 F.2d 8, 10, 2d Cir. Estados Unidos: United States Court of Appeals, Second Circuit, 1990.

189CAPALDO, GRISELDA. cedaeonline.com. [En línea] Powered by WordPress.com, 11 de 07 de 2013. [Citado el: 05 de 03 de 2019.]

190FEDERICO VIDELA ESCALADA. Manual de Derecho Aeronáutico pág. 630.

191LENA PAZ, JUAN. Código Aeronáutico comentado– Abeledo Perrot, pág. 139).

Ni el sistema Varsovia de 1929 – La Haya de 1955, ni Montreal 1999 han establecido qué comprenden las operaciones de *embarque y desembarque* en cuyo ámbito temporal, comprende la responsabilidad del transportador. Es por ello, que como se expresa, dichos Convenios han dejado al criterio de los tribunales y la doctrina la determinación de dicho ámbito de responsabilidad. En líneas generales, es determinar cuándo empieza la obligación de seguridad por parte del transportador y como elemento de discernimiento se utiliza el criterio de la obligación de guarda, custodia, cuidado y acompañamiento del pasajero por parte del personal de la línea área hasta los lugares seguros.

Para Tapia Salinas, se trata de un período asimilado al transporte. "*Las operaciones anteriores y posteriores al trasporte en sí mismo prolongan, evidentemente, la vigencia de éste y su duración respecto al contrato. Ahora bien, esta extensión no puede ser apreciada con un carácter desorbitado. Puede estimarse lógico y natural que desde el momento en que el pasajero se ponga a disposición del transportista en el aeropuerto de salida y obedeciendo sus instrucciones, comienza la operación de embarque, que termina cuando, una vez en tierra, la aeronave se dirija con los pasajeros, siempre obedeciendo instrucciones del transportista, a lugar seguro en el aeropuerto de llegada".* Para Rodríguez Jurado, queda, sin embargo, por aclarar también, lo mismo que con respecto a los pasajeros, debe ser la interpretación estricta del concepto de operaciones de embarque y desembarque propiamente dicho. "*En cuanto a los pasajeros entiendo -dice- que ese período se inicia cuando bajo la conducción del personal del transportador aéreo, o comisionado por él, salen de la "sala de embarque" para dirigirse a la aeronave para ascender a ella; y termina cuando, después del aterrizaje en el aeropuerto de destino, el personal a las órdenes del transportador deja a los pasajeros en la "sala de recepción del edificio aeroportuario".*[192]

También se ha dicho: *"DETERMINACION DEL MOMENTO EN QUE COMIENZA LAS OPERACIONES DE EMBARCO Y FINALIZAN LAS OPERACIONES DE DESEMBARCO: I) "Es una cuestión de hecho, dependiente de las circunstancias de cada caso, si bien puede decirse en términos generales, que el embarco se inicia cuando el pasajero, por indicación del transportador, abandona las dependencias administrativas del aeropuerto para dirigirse al lugar en que debe abordar el avión, o bien cuando es colocado bajo la conducción de una dependiente del transportador que ha de llevarlo hasta la aeronave, ya que a partir de alguno de esos momentos comienza la ejecución del contrato, asumiendo el transportador todas las responsabilidades que le incumben en virtud de la obligación de seguridad contenida en el respectivo contrato de transporte. A su vez el desembarco solamente finaliza cuando el pasajero, habiendo llegado a destino, desciende de la aeronave y siguiendo las indicaciones del transportador, llega a los lugares del aeropuerto destinado al uso del público."*[193]

"Esta variada gama de situaciones fácticas, ha sido matizada por la doctrina judicial, la que ha definido con cierta uniformidad los alcances de la interpretación normativa. Así se ha declarado que la responsabilidad del transportador cubre los daños ocasionados durante el descenso en la escalerilla, en la pista de aterrizaje, durante las operaciones de desembarque y en el sector de la Aduana cuando el pasajero transitaba conducido por un funcionario de la línea aérea. Idéntico criterio fue sustentado, cuando el pasajero que sufrió la lesión, fue dirigido por un empleado del

192 Tapia Salinas, Luis. "La duración del transporte aéreo a efectos, de la responsabilidad". Inserto en "Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio". Madrid. 1978, &. 137. Agustín Rodríguez Jurado, Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1986, pág. 238 – 239).

193 LENA PAZ, JUAN Código Aeronáutico comentado– Abeledo Perrot pág. 139).

porteador, en unión de los demás que componían el grupo, hacia los locales de la Aduana del Aeropuerto, en atención a que estas operaciones forman un todo con el transporte aéreo".[194]

"…. Se considera que el desembarque finaliza cuando el pasajero deja el área de aterrizaje, o sea, cuando, una vez detenida la aeronave en tierra, los pasajeros, abandonan el terreno donde hay desplazamiento de las máquinas y arriban a los edificios del aeropuerto, que constituyen un lugar seguro".[195]

Lo expuesto, nos permite aseverar la incorrecta apreciación de los hechos realizada por el Tribunal interviniente, y como consecuencia de ello, el derecho aplicable y la resolución arribada. Ya que, como se dijo anteriormente, el pasajero se encontraba realizando "operaciones de desembarco" de la aeronave, y bajo las órdenes y custodia del transportador, quien debió tomar las medidas necesarias para evitar que se produjeran los daños acaecidos.

Estos lineamientos, a nuestro criterio que no han sido debidamente y adecuadamente merituados por la judicatura, configuran la aplicación por parte del Juez de la discreción judicial en un caso, en vez de encontrar la respuesta correcta a la situación planteada dentro del sistema normativo especial que lo comprende.

Para Hart H. L. A. (El concepto de derecho), en los casos difíciles o complejos, considera que la función judicial es discrecional y entiende por discreción un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad una elección. De allí la importancia de redefinir o determinar los alcances de los conceptos vertidos en la norma.

Esta situación que pudiera ocasionar la discreción judicial por la vaguedad del lenguaje, ha sido superada en razón de que la indeterminación semántica ha sido eliminada por la definición (jurisprudencial y doctrinal) sobre operaciones de "embarque o desembarque", comprendido en las normas jurídicas como se demostrara más arriba.

El autor norteamericano Ronald Dworkin, (Los derechos en serio. Capítulo: El modelo de las normas y Los Casos Difíciles), sugiere que en los casos difíciles, como a nuestro criterio son lo que se les puede presentar al Juez en estos temas por la especialidad y el particularismo de la disciplina, se debe recurrir a argumentos de principio y no a argumentos de políticas en las decisiones judiciales, ello porque los primeros justifican una decisión al mostrar que la misma respeta algún derecho individual o de un grupo, mientras que los segundos justifican una decisión al mostrar que la misma protege algún fin colectivo de la comunidad en su conjunto, aunque se vulnere algún derecho individual. Los jueces, si tienen discreción, estarían aplicando retroactivamente derecho (ex post facto), estarían creando una norma nueva (la sentencia) e imponiendo derechos y obligaciones que no existían cuando el hecho se produjo. También el autor rechaza la discrecionalidad por razones políticas, si el juez tiene poder creador de derecho discrecional, tiene entonces poder político y todo ello llevaría a lo siguiente: aceptar discrecionalidad supone retroactividad y en consecuencia los derechos de los individuos estarían a merced de los jueces. Los derechos individuales sólo son derechos si triunfan frente al gobierno de la mayoría y sacrificar alguno de estos derechos no se justifica, aunque ello redunde en mayor beneficio de una mayoría.

194COSENTINO T. EDUARDO. Régimen jurídico del transportador aéreo. Abeledo Perrot, pág. 128).
195 FEDERICO VIDELA ESCALADA. Manual de Derecho Aeronáutico, pág. 632.

Lo contrario, aceptar que no triunfe, sería no tomarse los derechos en serio (de aquí el título de su obra). El autor propone una función judicial garantizadora y no creadora de derechos.

También se ha expresado en relación al art. 198 del Código Aeronáutico: *"Toda actividad sobre la base del empleo de aeronaves en aptitud y función de vuelo, debe someterse al juzgamiento de la justicia federal. Para desecharla, el argumento de que la acción se funda en disposición generales del Código Civil es inoperante, si se pretende así escapar a la competencia federal – que incluso puede ser declarada de oficio."*[196]

"O sea que en Derecho Aeronáutico es competente, por razón de la materia, la Justicia Federal, solución acertada desde todo punto de vista"[197]

V) <u>SEGUNDO FALLO</u>

En el segundo fallo, se relata que con fecha 03/09/2016 los actores contrajeron matrimonio y con motivo de ello deciden realizar un viaje de bodas eligiendo como destino la Ciudad de Orlando, EEUU; que por diversas razones la fecha de partida de la misma fue programada para el día 13/10/2016 saliendo desde la Ciudad de Buenos Aires (Ezeiza), por lo que los actores compraron dos pasajes (ida y vuelta) BUE/ORL, acompañando documentación al respecto.

Dado que los actores se domicilian en la ciudad de Córdoba, relatan que con fecha 19/09/2016 compran a través de la web site de la demandada Latam, dos pasajes aéreos ida y vuelta Cba. /Buenos Aires.

El día 13/10/2016 los actores tenían que estar en el aeropuerto internacional de Ezeiza antes de las 17 hs para hacer el correspondiente check in para su vuelo BUE/ORL; por lo que -sostienen- que anticipándose a cualquier eventualidad eligieron uno de los primeros vuelos del día 13/10/2016 para dirigirse a la Ciudad de Buenos Aires desde la Ciudad de Córdoba de modo que de presentarse algún imprevisto tuviesen tiempo como para resolver cualquier inconveniente. Así resalta que el vuelo LA 4201 COR/BUE salía del aeropuerto de Córdoba a las 8:55 hs.-

Así las cosas, el día 13/10/2016 y al llegar al aeropuerto de Córdoba se anotician que su vuelo LA 4201 COR/BUE estaba cancelado y como derivación de ello la luna de miel corría el riesgo de frustrarse; señala que no ocurría lo mismo con los vuelos de las otras aerolíneas que seguían operando con normalidad.

Señalan que es a partir de este momento en que comienzan un peregrinaje, difícil de describir y que involucra sensaciones de impotencia, bronca y de todo tipo de tensiones y discusiones, pero sobretodo sensación de desprotección y de total incertidumbre, concretamente de no saber qué pasaría con la luna de miel planeada y el inminente riesgo de perderlo.

En el presente fallo, sobre el "incumplimiento del contrato de pasaje aéreo en el ámbito local" (vuelo de cabotaje), dentro de unos de los argumentos más llamativos por parte del Juez interviniente en primera instancia y los Sres. Jueces de la Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, radica en no considerar "pasajeros" a los actores en los autos mencionados, por no haber podido realizar el viaje. La sentencia de primera instancia dice: *"Pasajero – desde el punto de vista semántico – es quien viaja. De modo que todo perjuicio sufrido por una persona que ha contratado un viaje, pero que no ha partido o que ya ha concluido, no es un*

196ROMERO BASALDUA, LUIS. Temas de derecho de la navegación, marítima y aérea. Marcos Lerner Editores, pág. 96.
197VIDELA ESCALADA, FEDERICO. Manual de Derecho Aeronáutico, pág. 804.

pasajero en vuelo".

La mencionada concepción, obtenida de una definición de la R.A.E., dista mucho de la que debiera aplicarse y ser comprensiva del caso concreto planteado en esos autos para ajustarse a derecho, toda vez que por las normas del Derecho Aeronáutico, la Resolución 1532/98 de la Secretaría de Transporte de la Nación define al PASAJERO en el artículo 1º diciendo: *"PASAJERO: es toda persona, excepto miembro de la tripulación, con derecho a ser transportado en una aeronave, en virtud de lo establecido en un contrato de transporte".* Lo expuesto, demuestra una inconsecuencia *per se.*

En las condiciones Generales de la I.A.T.A., aprobadas en la Conferencia de Tráfico de la I.A.T.A. celebrada en Ginebra desde el 12 de noviembre de 1970 al 17 de febrero de 1971, artículo 1º, Definiciones, se expresa: *"PASAJERO: cualquier persona transportada o que haya de ser transportada en una aeronave con el consentimiento del transportador".*

"*El viajero es un vocablo más genérico, que se refiere a todo aquel que pudiera acceder a un vuelo comercial o de cualquier naturaleza. La locución "pasajero", en cambio está reservada al elemento personal que en condición de titular forma parte de un contrato de pasaje. Bajo esta perspectiva el pasajero puede o no transformarse en viajero. Si se convierte en tal, se habrá ejecutado la obligación contraída por el transportador. Si por el contrario no alcanza este carácter, no pierde su condición de pasajero, pudiendo hacer valer los derechos que le competen por incumplimiento de las prestaciones a las que se comprometió la otra parte en la relación jurídica concertada."*[198]

Lo expuesto, demuestra que, del fallo comentado, queda bajo la órbita del derecho aeronáutico, porque existe la relación jurídica a través del art. 113 del Código Aeronáutico, es decir, el contrato de pasaje (billete de pasaje).

Ello no implica la negación de la aplicación de las normas del derecho común, pero sí desde el orden contemplativo de los actos regidos por la materia en cuanto a su especialidad y su concurrencia con las demás normas del sistema.

La Cámara 8° Civil y Comercial de esta ciudad, en Sentencia N° 73 del 12/6/14, autos "LONGUI, FRANCO EMILIO C/ LAN ARGENTINA S.A.- ABREVIADO- EXPTE. 2321608/36", "*Sin perjuicio de lo establecido por el Cód. Aeronáutico en su art. 198 que reza "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión en las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos", cabe subrayar que la interpretación de la Corte Suprema de la Nación en cuanto a la competencia federal por la materia provocada por cuestiones atinentes a la aeronavegación, debe ser dilucidada con carácter restrictivo y excepcional (Conf. CSJN, 326:4598; 328:4090).", "En este sentido, el Máximo Tribunal Nacional sostiene que la controversia debe afectar directamente la navegación o el comercio aéreos (conf. Fallos: 310:2311; 312:1918), o bien que es preciso que se hayan visto afectados intereses federales o la prestación del servicio (Fallos: 319:249 y 778; 322:658 y 323:2213). De ello surge que se declara la competencia federal "frente a una acción referida a la responsabilidad por el equipaje transportado en un viaje aéreo, y, por lo tanto, se trata de una cuestión contemplada por el Título VII, Capítulo I, del Código Aeronáutico, que específicamente trata sobre la responsabilidad por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercaderías transportadas (art. 140*

198Cosentino, Eduardo T. Régimen Jurídico del Transportador Aéreo, pág. 108. Ed. AbeledoPerrot 1986).

y concordantes del código citado)" (Conf. C.S.J.N., in re "Lo Manno, Marcelo F. c/ V.A.S.P. Líneas Aéreas y otro", 30/05/2001, La Ley Online: AR/JUR/5368/2001)."

En el fallo de 1º instancia en los autos Di Tella se ha dicho*: "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los Tribunales Inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos"*, si bien de su interpretación literal podría inferirse que el caso referido se encuadraría en dicho supuesto; tanto en doctrina como en jurisprudencia se ha establecido el carácter restrictivo, limitado y de excepción a la competencia federal *"… se ha señalado que no obstante la imprecisión de la norma, únicamente corresponde la intervención del fuero federal en las causas que abarquen o involucren la aplicación de las normas de la legislación aeronáutica nacional, excluyéndose aquellos procesos fundados en el derecho privado que corresponden a la competencia ordinaria, como aquellos en que se invoquen disposiciones del derecho* común". (Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II 31/03/2005 en autos:" Novoselitchi, Cristian E. J. c. Aero Baires S.A.C.I.", publicado en la ley on line AR/JUR/499/2005).

Se podría llegar al absurdo, en función de cierta argumentación de logicidad de la exclusión, que, si se pretendiera escapar de una determinada competencia judicial en razón de la pretensión planteada en una demanda, en caso, reclamar daños y perjuicios regulados en el derecho común, y que eso implique la dirección de intervención de la judicatura y la aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto, sería vulnerar y desvirtuar el principio *iura novit curia*

En función de la interpretación de lo establecido en los fallos precedentes, queda suficientemente claro que la competencia federal en razón de la materia, corresponde en ambos casos la intervención del fuero federal, debido a que los hechos abarcan la aplicación en forma directa de la legislación aeronáutica, daños y perjuicios en las "operaciones de embarque y desembarque", como en el "incumplimiento del transporte de pasaje aéreo".

Tanto la legislación internacional, Convenio de Montreal de 1999, el Código Aeronáutico, la Resolución 1532/98 contemplan ambos casos. Los fallos son extremadamente claros en que "…*únicamente corresponde la intervención del fuero federal en las causas que abarquen o involucren la aplicación de las normas de la legislación aeronáutica nacional…".*

Por otro lado*,* los casos bajo análisis, *afectan directamente la navegación y el comercio aéreo, y se ven afectados intereses federales o la prestación del servicio*. El interés federal afectado es cierto, real, objetivo, legítimo, concreto y con suficiente entidad, la causa predominante es federal, un interés federal ya que afecta y se analiza directamente al transporte aéreo, a la aeronavegación, a la aeronave, a la responsabilidad etc. Es decir, siempre se analiza y se trata de normas de carácter nacional, federal, establecidas en nuestra Carta Magna. Lo contrario, hubiese significado que en los casos bajo análisis y en los fallos mencionados no se habría tratado la normativa aeronáutica y solamente se hubiese justificado la argumentación y fundamentación de los mismos, con sólo las normas del derecho común, sin siquiera abordar en el mínimo el análisis de las normas especiales de la disciplina aeronáutica.

Lo expuesto, se reitera, no significa la no aplicabilidad de las normas del derecho común en todas aquellas circunstancias no debidamente o adecuadamente tuteladas por la legislación aeronáutica, de ahí la "concurrencia" e "integralidad" del sistema normativo.

Para profundizar más en el tema, como se expresará anteriormente, los proyectos de modificación del Código Aeronáutico de la Dra. Capaldo y el Dr. Folchi establecen claramente estos lineamientos en relación a la Jurisdicción y Competencia. El de la Dra. Capaldo lo hace en el capítulo

II, ley aplicable, jurisdicción y competencia en los arts. 7 y 8 los cuales tratan y remiten a los arts. 1, 2, 3 y 4 del mismo cuerpo legal [199]y el del Dr. Folchi en el art. 3[200].

Por lo que estos principios, aún con las nuevas modificaciones y tendencias, permanecen inmutables.

A modo de conclusión, estamos en el convencimiento que en los casos que caigan bajo la normativa aeronáutica, la competencia es de la justicia federal.

VI) ALCANCE DE LAS NORMAS QUE TUTELAN LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO AERONÁUTICO, DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN EL ACTUAL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

i) Introduccion

En el nuevo anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ministerio de la Producción y Trabajo de fecha 27/03/2019, se observa una modificación sustancial en relación al transporte aéreo.

El art 4 del anteproyecto expresa: *"Al transporte aéreo se aplica el Código Aeronáutico, los Tratados Internacionales de los que la Argentina sea parte, y esta ley, de modo concurrente y de acuerdo a su materia, criterio que se proyecta a la competencia de las autoridades de aplicación".*

199 CAPÍTULO II Ley aplicable, jurisdicción y competencia
Nota al Capítulo II: Se ha introducido una variante metodológica, pues lo atinente a las cuestiones jurisdiccionales y legales es incorporado como un Capítulo independiente dentro del Título I, relativo a las Disposiciones Generales. En la ley 17.285 estos temas eran regulados en el Título XI, artículos 197 a 201. Los Anteproyectos de Código Aeronáutico del año 2000 y del año 2006 preparados por la Subsecretaría de Transporte Anteproyecto y el del año 2001 elaborado por el Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, son los antecedentes de esta novedad metodológica.
ARTÍCULO 7: Declarase materia de legislación nacional lo concerniente a la regulación de: a) el conjunto de actividades y servicios que conforman la aeronáutica civil; b) la seguridad operacional y la seguridad de la aviación; c) la circulación aérea en general, el funcionamiento de los aeródromos, especialmente aquellos destinados a la navegación aérea internacional o interprovincial o a servicios aéreos conectados con éstas y de los lugares denunciados como aptos; d) la actividad de los clubes aéreos en sus distintas especialidades de la aeronáutica civil como así también de las escuelas relacionadas a esas especialidades, sean o no parte de dichos clubes aéreos; e) la incidencia ambiental de la infraestructura, los servicios y operaciones vinculados al conjunto de actividades y servicios que conforman la aeronáutica civil; Autor: Griselda D. Capaldo PROYECTO ICAO-ARG/07/803 33 Página 33 de 183 f) el otorgamiento de las certificaciones de idoneidad del personal aeronáutico, así como la matriculación y certificación de aeronavegabilidad y de tipo de las aeronaves; g) el otorgamiento de los permisos de operación de transporte y de trabajo aéreos.
Conc.: art. 197 de la ley 17.285. Nota: Se fijan las materias que serán objeto de legislación nacional, y por lo tanto quedan excluidas de la potestad legislativa de las provincias. Tiene modificaciones conceptuales y semánticas. La cláusula ambiental del inc. e), extensiva a las actividades mencionadas en los incisos previos, es novedosa y carece de correlato con normas aeronáuticas previas a la sanción de este Código. Su antecedente es el Anteproyecto del año 2001 elaborado por el Comando de Regiones Aéreas de la Fuerza Aérea Argentina, recogido luego por el Anteproyecto de Código Aeronáutico del año 2006 preparado por la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial.
ARTÍCULO 8: Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre aquellas cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación establecido en los artículos 1, 2, 3 y 4 de este Código, así como de las faltas y delitos que se relacionan con ellas y puedan afectarlas.
Conc.: art. 198 de la ley 17.285. Nota: Tiene modificaciones semánticas y conceptuales para precisar que la competencia de la Corte Suprema coincide con el ámbito de aplicación de este Código.
200 Artículo 3.- El conocimiento y decisión de las causas que versen sobre Aeronáutica Civil y los delitos que se relacionen con la misma es de jurisdicción y competencia de los Tribunales en lo Civil y Comercial Federal y en lo Penal Federal de la Nación.

La ley 24240 modificada por la 26361, en su art 63 establece una aplicación supletoria al "contrato de transporte aéreo", estableciendo una primacía del Código Aeronáutico y los Tratados internacionales. El art. 63 de la ley 24240 de Defensa del Consumidor dispone: *"Para el supuesto de contrato de transporte aéreo se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley"*.

En los Considerando del Decreto 565/2008 de fecha 03/04/2008 que observa al art 32 de la ley 26361, expresa *"que estas nuevas leyes no constituyen normas de fondo, sino que resultan reglas protectivas y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenidas en los códigos de fondo y la legislación vigente"*

Se establece que los derechos de los usuarios del transporte aerocomercial están reglamentados en la Resolución 1532 de fecha 27 de noviembre de 1998 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, Condiciones del contrato de Transporte Aéreo.

Que los países de mayor tráfico aéreo a nivel mundial, también se rigen por reglamentos que sólo complementan las normas aeronáuticas comerciales, como suceden en Europa a través del Reglamento Nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11/02/2004 y que son complementarias de la norma de fondo, el Convenio de Montreal de 1999.

Se resalta los principios de autonomía, integralidad, uniformidad e internacionalidad del derecho aeronáutico y que tienden armonizar las normas y evitar distorsiones en la regulación nacional e internacional.

Entre otras apreciaciones sobre cuestiones constitucionales, sobre inseguridad jurídica y valoración de fallos internaciones, se observa el art 32 de la ley 26361.

En el anteproyecto de ley de defensa del consumidor, se ha optado por dejar de lado la aplicación supletoria de dicha ley al transporte aéreo y establecer la aplicación concurrente y de acuerdo con su materia, del Código Aeronáutico, los Tratados internacionales y la propia ley.

La norma introducida, constituye un importante avance en cuanto a la debida protección de los derechos de los pasajeros usuarios del servicio de transporte aéreo, ya que, si bien la situación de los pasajeros está contemplada en la normativa especial del Derecho Aeronáutico, no posee los alcances adecuados en determinados casos de acuerdo a las tendencias modernas del resarcimiento integral.

Aunque se observa que la jurisprudencia ha avanzado en la protección de los consumidores en cuestiones vinculadas al transporte aéreo, más allá de la mentada supletoriedad, de la interpretación en la aplicación de las normas vigentes, resulta discutible en algún aspecto esa protección de situaciones de hecho en la actividad aeronáutica y con ello, lleva a la discrecionalidad judicial y a la inseguridad jurídica, lo cual negamos por las razones expuestas anteriormente.

La gran labor a realizar, será tratar de establecer en función de la aplicación de las normas vigentes protectoras de los derechos del consumidor, y las que regulan el derecho aeronáutico, el equilibrio necesario para llegar al imperativo categórico del valor justicia.

ii) Aplicación supletoria y aplicación concurrente

Ha quedado suficientemente claro y establecido el carácter de contrato de consumo que reviste el contrato de transporte aéreo de pasajeros. La relación de consumo queda conformada por los pasajeros como "usuarios" frente a una aerolínea, "proveedora" de servicios aéreos. La presente

relación más allá de las normas especiales del Derecho Aeronáutico, queda al amparo de los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

El anteproyecto, como se expresara, establece una aplicación *concurrente* de las normas del Código Aeronáutico, los Tratados internaciones y la propia ley de consumo, de acuerdo con su materia. Pareciera entonces, la existencia de normas contrapuestas y no adecuadas en cuanto a su tutela y alcance, ya que, por un lado, en función del sistema de responsabilidad establecidos en el Código Aeronáutico y algunos tratados internaciones, la responsabilidad es subjetiva y limitada y por otro lado en la LDC la responsabilidad es objetiva e integral.

Ante la nueva modificación establecida en el anteproyecto de LDC, será importante lograr determinar el alcance de la *concurrencia* en la aplicación e interpretación en ambos sistemas normativos especiales, tratando de equilibrar los derechos, obligaciones e intereses de las partes.

En un primer análisis, el ordenamiento aeronáutico y las normas del consumidor en los casos cuya aplicabilidad comprenda ambos espectros normativos, surge la complementación de las normas, tendientes a la integralidad, lo que significaría una remisión a la concurrencia de cada uno y de acuerdo a su materia (normas del derecho aeronáutico y normas del consumidor), pero colocando al damnificado en la mejor posición y de esta manera, llegando a una solución más justa, al caso en particular.

En la norma del art 4 del anteproyecto, no existiría una prelación, es decir un orden sucesivo en cuanto a su aplicabilidad, a contrario de lo establecido en el actual art 63 de la ley 24240 (supletoriedad), ya que la concurrencia a nuestro modo de ver, sería la *coincidencia* de ambos ordenamientos especiales que regulan cuestiones empíricas con distinto alcance pero comprensiva de su especialidad y particularismo y tendientes a una cobertura integral y armónica de las normas que se apliquen al caso.

En las situaciones de hecho que no estarían comprendidas en el derecho aeronáutico, se aplican las normas del derecho del consumidor sin mayor inconveniente, ya que la supletoriedad, implica acudir a las normas brindadas por la LDC en aquellos supuestos no comprendidos en la normativa propia del derecho aeronáutico, lo que daría lugar a una aplicación complementaria de normas cubriendo lagunas normativas.

Otra situación que se podría plantear en cuanto a la aplicación de las normas concurrentes, sería el caso cuando ambos ordenamientos brindan soluciones diferentes u opuestas. En estos casos y de acuerdo a lo establecido en el art 4, debería acudirse por parte del intérprete (operación intelectual razonada), a lo establecido en cada materia al caso particular.

El gran desafío será, encontrar la integralidad normativa de los sistemas especiales en pugna, con un aditamento primordial, que será la aplicación e interpretación de las normas en el caso concreto con lo establecido en el art 28 del anteproyecto, el dialogo de fuentes, es decir tendiente a una reparación final integral y completa.

En relación a las fuentes, en el anteproyecto se expresa: *Sección 6ª - Diálogo de las fuentes ARTÍCULO 28. Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes*

del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen.

No estamos de acuerdo en considerar la posibilidad que, en determinados casos contemplados en la normativa aérea, sean inaplicables las normas aeronáuticas a la relación de consumo, por dos razones: 1) desvirtuaría todo el sistema normativo aeronáutico a nivel nacional e internacional, 2) no sería la voluntad del legislador, ya que si se pretendiera la inaplicabilidad de las normas aeronáuticas, se hubiese derogado o reformulado de alguna manera la redacción del art 4 dejando de lado la *concurrencia,* 3) no se respetaría el principio de integralidad que subyace y atraviesa en forma transversal a la norma que regula el diálogo de fuentes (art 28).

En los casos concretos vinculados a las normas del derecho aeronáutico y las normas del LDC en los convenios internacionales, tanto del sistema de Varsovia de 1929 como en el Acuerdo de Montreal de 1999 comprenden y abarcan los supuestos de lesiones o muerte del pasajero; pérdida, demora en la entrega o daños al equipaje, y retraso.

En los supuestos de lesiones o muerte del pasajero, el Convenio de Varsovia establece la responsabilidad del transportador derivado de un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque y desembarque. En el Convenio de Montreal se ha apartado de dicha fórmula y establece la responsabilidad por la sola razón de que el accidente haya ocurrido en cualquiera de dichas circunstancias. En el primero de los Convenios (Varsovia) la responsabilidad será siempre limitada, mientras que en el segundo (Montreal), la estructura de responsabilidad en materia de daños por muerte o lesiones, es de dos niveles de responsabilidad. En un primer nivel, circunscripto a los daños que no excedan de los 128.821 DEG es de base objetiva; en el segundo nivel, respecto de los daños que excedan esa cifra, es de base subjetiva. Es de recalcar, que así desaparece el límite de la responsabilidad en el contrato de pasaje, postura a la que adherimos.

En los casos de pérdida o daños al equipaje, la responsabilidad del transportador es de tipo subjetiva en el Convenio de Varsovia, y objetiva en el Convenio de Montreal (subjetiva solamente respecto al equipaje de mano). En ambos ordenamientos se prevé la limitación de responsabilidad del monto a resarcir.

En cuanto al retraso, en el transporte aéreo de pasajeros y sus equipajes el sistema de Varsovia como el de Montreal, establecen la responsabilidad de tipo subjetiva del transportador.

En el Código Aeronáutico de la República Argentina, siguiendo los lineamientos de las disposiciones de la Convención de Varsovia, se regula de la misma manera, con la distinción de la cuantificación de los montos correspondientes a los límites de responsabilidad. Así, en el título VII Responsabilidad, se trata la responsabilidad de las empresas de aeronavegación por los daños causados a pasajeros, equipajes o mercancías transportadas. En todos los casos la responsabilidad es contractual, subjetiva con inversión de la carga de la prueba y limitada salvo dolo (art. 147), de acuerdo a los arts. 142 y 144.

La legislación aérea, trata ciertas situaciones que contemplan la relación contractual con el pasajero, de manera complementaria y conjuntamente con la resolución 1532/98 donde se aprueban las Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo, que rige los servicios de transporte aéreo regular internos e internacionales. En la referida resolución, se destacan las definiciones, situación ésta, muy importante ya que permite disminuir la indeterminación semántica.

El sistema regulado en el Derecho Aeronáutico en su conjunto en nuestro país, comprende la prueba del transporte aéreo a través del billete de pasaje, su transmisión, validez, extensión, la

información al pasajero, tarifas, cargos y tasas, las reservas y sus características operativas, los horarios e itinerarios, el overbooking, los reintegros y los diferentes supuestos, montos, la equiparación del transportador de hecho al contractual a los efectos de determinar su responsabilidad (solidaria) frente a los usuarios, la constitución de seguros obligatorios, los plazos para efectuar protesta aeronáutica, la lesión o muerte del pasajero cuando el daño haya sido ocasionado por un accidente ocurrido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque (art. 139), la destrucción, pérdida o avería del equipaje en el art. 140, que impone la responsabilidad del transportador cuando el hecho que originó el daño haya ocurrido mientras el transportador haya tenido bajo su custodia dicho equipaje, el retraso de pasajeros, equipajes o mercancías, de acuerdo a lo que dispone el art. 141 del CA, nulidad de la cláusula eximente de responsabilidad en el art. 146 por lo cual se puede exigir la nulidad de cualquier cláusula cuyo objeto sea el de eximir al transportador de responsabilidad, o fijen un límite inferior al establecido por el Código.

En el régimen de las Cancelaciones en el Código Aeronáutico, se diferencia en este punto de los Convenios Internacionales y trata la cuestión de la cancelación del vuelo o interrupción del viaje. En tales supuestos, el art 150 otorga a los pasajeros el derecho al reembolso total del precio del pasaje en caso de cancelación, o de la parte proporcional por el trayecto no realizado, así como también pone en cabeza del transportador los gastos de desplazamiento y estadía desde el lugar de aterrizaje al lugar más cercano para poder continuar el viaje, cuando éste haya sido interrumpido; los reembolsos en caso de cancelación por parte del pasajero, cuando la aeronave partiese con todas las plazas ocupadas. Si bien el Código establece que el pasajero que no se presentase a tomar el vuelo (*no show*) o llegase a hacerlo con demora, no tendrá derecho a la devolución del precio del pasaje; también establece una excepción a favor del pasajero, otorgándole el derecho al reembolso del 80% en aquellos casos en que la aeronave partiese con la totalidad de sus plazas ocupadas.

Lo expuesto, se ajusta a las características propias y especiales del Derecho Aeronáutico y su regulación de armonización con normas de los convenios internacionales. Se destaca, que, si bien las normas del Derecho Aeronáutico regulan la aeronáutica civil en el ámbito de su aplicación, también contempla situaciones abarcativas de protección al pasajero que responde a los principios especiales del hecho navegatorio, pero que, en casos concretos, resultan insuficientes frente a la reparación integral de la LDC.

Asimismo, es claro que cada vez que las normas no resulten simplemente complementarias sino, por el contrario, devengan opuestas en la solución brindada de acuerdo con la materia, deberá acudirse al principio *in dubio pro consumidor* para resolver la cuestión, donde operaría claramente el art 4 del anteproyecto en concordancia con el art 28 sobre el diálogo de fuentes, tendiente a una reparación más abarcativa e integral al pasajero.

Lo señalado debe interpretarse en el sentido que la LDC es una ley general posterior que no deroga a la ley especial anterior (conf. en ese sentido Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil – Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tº 1, págs. 55/56).

iii) <u>Límite indemnizatorio y daños punitivos en los tratados internacionales</u>

Otro tema de análisis, es la aplicación de los límites indemnizatorios y daños punitivos en los supuestos de transporte aéreo internacional regido por convenciones internacionales como el sistema de Varsovia de 1929 y Montreal de 1999.

Dejamos expresamente establecido que pregonamos la inconveniencia de la limitación cuantitativa de responsabilidad del transportador, no sólo en el Derecho Aeronáutico, sino también en el Derecho Marítimo, en razón de que las circunstancias y hechos que dieron origen al mismo, han desaparecido.

En la actualidad y por el desarrollo de la industria aeronáutica, y que, si bien los fundamentos de la limitación de responsabilidad siempre fueron económicos, no jurídicos, el mercado aéreo a nivel mundial y local, está suficientemente cubierto a través de los institutos de los seguros, co seguros y reaseguros.

En el ámbito interno, tratándose tanto el Código Aeronáutico como el Estatuto del Consumidor de leyes nacionales especiales, no habría ningún obstáculo a que mediante la aplicación concurrente prevista en el art. 4º en análisis, puedan dictarse indemnizaciones judiciales por encima de los límites indemnizatorios del Código Aeronáutico, como así tampoco no habría ningún obstáculo para la aplicación de daños punitivos si concurriesen los presupuestos que la normativa de consumo contempla. De todos modos, más allá de lo expuesto, es de resaltar que la moneda de cuenta establecida en el ordenamiento jurídico argentino en el transporte aéreo, el "argentino oro" (Ley 1130 de 1881) fijada la cotización por decreto 75/76 del BCRA, en la actualidad, dichos límites superan ampliamente los montos indemnizatorios establecidos actualmente por los tribunales nacionales. Situación ésta que también reviste la misma conclusión, en la aplicación de los convenios internacionales, con la unidad de cuenta el DEG (derechos especiales de giro) para el pago de indemnizaciones.

En un primer análisis cuya aplicación comprenda los límites indemnizatorios de los tratados de Varsovia o Montreal (en el caso de responsabilidad por daño, pérdida o retraso en mercaderías o equipaje); si bien pueden ser discutibles los argumentos vertidos más arriba en cuanto a su aplicabilidad, es de resaltar que también tendrían que superar el control de constitucionalidad al que están sujetos, toda vez que si bien los convenios internacionales tiene prioridad sobre las leyes ordinarias (art 75, inc. 22, párr. 1º, Const. Nacional), las reglas constitucionales prevalecen sobre cualquier convención internacional (art 31 de la CN).

En relación al daño punitivo establecido en la LDC, seria procedente si el tratado aplicable fuere el de Varsovia, toda vez que este no prevé ninguna prohibición de daños punitivos o no compensatorios, esto responde a que en el momento histórico de su creación (año 1929), los presupuestos a que dieran lugar este rubro, no se consideraban como elementos constitutivos en un reclamo ni tutelados por el ordenamiento jurídico.

En el anteproyecto en comentario, el daño punitivo establecido en la LDC ha sido previsto también para el supuesto de prácticas abusivas, entre las que se especifica expresamente la sobreventa en servicios de transporte aéreo de pasajeros (arts. 26 inc. 11 y 27).

Ante ello, es de resaltar que si se tratase de overbooking (sobre venta) en un transporte internacional que torne aplicable el Convenio de Montreal, la posible sanción de daños punitivos encontrará el obstáculo del art. 29 del citado convenio. En todo lo demás, la responsabilidad a cargo de la aerolínea se encontrará regida por la aplicación concurrente con la LDC.

Dispone el art. 29 del Convenio de Montreal: *"En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos*

derechos. En ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria".

En consecuencia, en la medida en que resulten aplicables los tratados internacionales de Montreal o Varsovia, regirá la limitación de la responsabilidad de las compañías de transporte aéreo, salvo, claro está, que dichos convenios, como se dijera, no superen el control de constitucionalidad al que están sujetos a través de los mecanismos establecidos en de nuestra Carta Magna.

En relación a los daños punitivos, compartimos los lineamientos establecidos más abajo, elaborados por la doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aplicabilidad al transporte aéreo, teniendo en cuenta el caso en particular y con los límites interpretativos del sistema normativo en su conjunto.

La Ley de Defensa del Consumidor incorpora el daño punitivo en el art. 52 bis, que establece: "*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan." "Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley*".

Nuestro máximo tribunal en el ámbito provincial ha señalado: *"Otra tesitura, que este Tribunal comparte y adhiere, considera que, si bien los daños punitivos tienen carácter sancionatorio, no obstante, no comparten la misma naturaleza que una sanción del Derecho Penal. Se trata de una sanción civil ajena al marco del Derecho Penal. "Tiene una finalidad ejemplificadora a los efectos de prevenir futuras conductas similares" (Cfr. VÀZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "La naturaleza jurídica de los daños punitivos" obra cit. Revista de Daños, pág. 114/115." "Cabe admitir que la función de penalizar, en principio, sólo está reservada al Derecho Penal, pero el instituto de que se trata que contempla una sanción punitiva, no se corresponde necesariamente con el derecho ni el proceso penal, no advirtiendo inconveniente en su carácter de multa civil de emplazarla en la esfera privada." "El punto decisivo radica en la verdadera finalidad de esta institución, la que apunta a dos objetivos esenciales: prevenir el acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones y por otro, punir graves inconductas." "Dichas sanciones civilesse aplican como castigo a un infractor de una norma civil, conteniendo una finalidad ejemplificadora y moralizador, a los efectos de prevenir conductas similares que afecten los derechos de los consumidores." "Así las indemnizaciones punitivas buscan el castigo de una conducta reprochable y la disuasión de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad, cumpliendo una doble función (preventiva y punitiva)." "Y el propósito punitivo del instituto no le otorga sin más el carácter penal, ya que el Derecho de Daños puede y debe cumplir una finalidad de esta índole, la que no es excluyente del Derecho Penal, con lo cual no se advierte inconveniente alguno en su emplazamiento en la esfera privada." "De otro costado, cuadra señalar que este tipo de punición en el Derecho del Consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión del delincuente." "La sanción punitiva en el Derecho del consumidor se explica por la función de tutela que la Ley 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedores de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de Defensa del Consumidor." "Tres son, entonces, las funciones de tal instituto: sancionar al causante de un daño inadmisible, hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa, y prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares*

al que mereciera la punición (Cfr. Trigo Represas, en "La responsabilidad civil en la nueva Ley de Defensa del Consumidor", publicada en LA LEY on line; López Herrera Edgardo, en "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", en J.A., 2008-II-1198)." "Desde tal perspectiva es posible colegir que existe una total correspondencia entre los objetivos a que tiende el instituto de los daños punitivos, con los diversos propósitos que en la actualidad se asignan al Derecho de Daños, el que además de contener una finalidad resarcitoria, también cumple particular relevancia la faz preventiva, como la faceta punitiva, destinada a sancionar los comportamientos dañosos." (…) *"En idéntica orientación se ha dejado en claro que no se está ante "…una indemnización o reparación por daño sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionado, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral…" (Álvarez Larrondo, Federico M., Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVI, Número 11, noviembre de 2014, pág. 43)." "La prevención es hoy un objetivo esencial del Derecho Civil y ello ha quedado claramente evidenciado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial donde se ha consagrado en forma expresa la función preventiva de los daños." "En este sentido, el nuevo Código Civil y Comercial menciona expresamente en su art. 1708, junto con la reparación, a la prevención del daño como uno de los principios sobre los cuales sus normas deben ser interpretadas y aplicadas, incluyendo dentro de dicho ordenamiento jurídico una sección específicamente denominada "Función preventiva y punición excesiva", dentro de la cual se puede destacar el art. 1710 que enuncia una suerte de principio general sobre el "deber de prevención del daño". Por su parte el art. 1711 contempla una "acción preventiva" general aplicable a cualquier acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento." "La responsabilidad civil asume así una función tripartita: preventiva, reparatoria, y punitiva, dentro de las cuales el daño punitivo tiene un desempeño y rol primordial."* (…) "*Por otra parte, habiéndose establecido la naturaleza civil de los daños punitivos, es evidente que mal puede ser inconstitucional la inobservancia de garantías penales en materia no criminal. En efecto, "la Corte Suprema de los Estados Unidos, referente de la nuestra en materia constitucional, en reiteradas oportunidades, ha dicho que los punitivedamagesno son sanciones penales sino civiles, quedando por lo tanto al margen de las garantías propias del derecho penal" (Pizarro, Ramón D. "Daños Moral, 2º Edición, Hammurabi, 2004, pág. 539)*." (Sent. Número 61 del 16. 10/5/16, autos "DEFILIPPO, DARIO EDUARDO y OTRO C/ PARRA AUTOMOTORES S.A. Y OTRO – ABREVIADO - CUMPLIMIENTO/ RESOLUCION DE CONTRATO - CUERPO DE COPIA - RECURSO DE CASACION E INCONSTITUCIONALIDAD -EXPTE 2748029/36)".

La Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial en Sent, 91 del 5/11/15, autos "*GIMENEZ, CARLOS JAVIER C/ RED AUTOMÓVILES S.A. – ABREVIADO – OTROS –2625003/36),* sostuvo: "…*los daños punitivos son definidos por autorizada doctrina extranjera (DannDobbs) como "aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado" (citado por López Herrera, Edgardo, Los Daños Punitivos. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al derecho del consumidor (art. 52 bis, Ley 24.240, Ed. AbeledoPerrot, 2° Ed., p.17). En nuestro país ha sido receptado en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor incorporado a través de la ley 26.361, el cual sigue vigente como legislación complementaria de la Ley 26.994 que deroga el Código de Vélez Sarsfield, habiéndose señalado que "los daños punitivos tal como son legislados en el régimen de defensa de los consumidores consisten en un adicional que pueden concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera corresponder" (Mosset Iturraspe, J. –*

Wajntraub, J., Ley de defensa del Consumidor, Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787,24.999 y 26.361, Rubinzal-Culzoni Editores. Reimpresión, 2010, p.279). En segundo lugar, destaco también que las notas tipificantes para su procedencia son las siguientes: "1) la gravedad de la falta, 2) la situación particular del dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna personal; 3) los beneficios procurados u obtenidos con el ilícito, 4) la posición de mercado o de mayor poder del punido, 5) el carácter antisocial de la inconducta, 6) la finalidad disuasiva futura perseguida, 7) la actitud ulterior del demandado, una vez descubierta su falta, 8) el número y nivel de empleados comprometidos en la inconducta del mercado, y 9) los sentimientos de la víctima, etc." (Pizarro, Daniel R., Daños Punitivos en: Derechos de Daños, Homenaje al Profesor Félix Trigo Represas, La Roca, Buenos Aires, 2000, p.301)."

VII) CONCLUSIÓN:

Por las razones esgrimidas, se podría concluir:

- Nos parece errónea la interpretación arribada en los casos bajo análisis, en orden a una falta de encuadramiento en el art. 116. C.N.
- La ley federal 13998/50, de manera categórica, determina la competencia federal en materia aeronáutica.
- Si bien lo que se pretende en los casos analizados, es un resarcimiento por daños y perjuicios, estamos en presencia de una causa predominantemente federal, por tratarse de hechos acaecidos durante la vigencia de un contrato de transporte aéreo de pasajeros, ya sea en el ámbito nacional o internacional; materia atribuida al Congreso de la Nación (art. 75 inc 13 C.N.).

- Cuando se pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios que involucren rubros comprendidos en el Derecho Común (lucro cesante, daño moral, daño emergente, etc), o alcanzados por normas de protección a los consumidores (daños punitivos), y que dicho caso sometido bajo el juzgamiento jurisdiccional, contemple situaciones comprendidas en la legislación aeronáutica nacional y/o internacional, se deberá aplicar la concurrencia de los ordenamientos jurídicos especiales en pugna, logrando a través de la integralidad y la armonización, la solución del caso con una reparación integral, acorde a derecho y justa.

- La LDC si bien contiene normas protectoras y correctoras que vienen a complementar o a concurrir – no a sustituir – el ámbito de la protección a los consumidores de carácter general, la normativa aeronáutica a nivel nacional e internacional, también protegen a los pasajeros, en forma específica y de acuerdo a la realidad de la actividad del servicio.

LATAM TIENE EL CENTRO DE SUS PRINCIPALES INTERESES EN ESTADOS UNIDOS Y NO EN CHILE

Oscar TORRES ZAGAL

Resumen: LATAM AIRLINES GROUP S.A., y en conjunto con 29 filiales constituidas en diversos países, han iniciado un procedimiento de reorganización ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York.
Palabras claves: Caso LATAM AIRLINES GROUP S.A.

Abstract: LATAM AIRLINES GROUP S.A., and together with 29 subsidiaries established in various countries, have initiated a reorganization proceeding before the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York.
Key words: LATAM AIRLINES GROUP S.A. case.

LATAM AIRLINES GROUP S.A., y en conjunto con 29 filiales constituidas en diversos países, han iniciado un procedimiento de reorganización ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York. Así el 28 de mayo como estrategia para administrar sus grandes pasivos y lograr el refinanciamiento con sus acreedores en Estados Unidos – del orden de $10 mil millones de dólares -, presentó a trámite un Capítulo 11° del Título11° de la Ley de Bancarrota de EE. UU., en Nueva York, y que conoce actualmente el juez James L. Garrity Jr. quien decretó una orden de suspender todas las ejecuciones contra las empresas objeto del mismo.

LATAM AIRLINES GROUP S.A. al optar por la estrategia de tramitar un Capítulo 11° en EE. UU., atendida su naturaleza de empresa de "*pluri propiedad internacional*", demuestra claramente que prefirió arreglar sus problemas financieros ante un Tribunal especializado en EE. UU., en una jurisdicción extranjera y no por la jurisdicción chilena, que nominalmente correspondería a su domicilio y sede social de negocios.

LATAM ha declarado que "*La presentación del "Bankruptcy Filing" tiene como objetivo permitir la reorganización y mejorar la liquidez de los deudores, liquidar contratos no rentables y modificar sus acuerdos de compra para permitir una rentabilidad sostenible en el tiempo. El objetivo de los deudores es desarrollar e implementar un plan de reorganización que cumpla con los estándares para ser confirmados bajo el "Bankruptcy Code".*

Seguidamente el día 1 de junio LATAM AIRLINES GROUP S.A., presentó ante el 2° Juzgado Civil de Santiago, una solicitud de reconocimiento del procedimiento de reorganización extranjero – su Capítulo 11° de EE. UU -, según la regulación chilena establecida en los artículos 314 y siguientes de la Ley N° 20.720, ley de insolvencia y reorganización, con la finalidad de obtener en Chile la suspensión del inicio de juicios ejecutivos en su contra y liquidación o ejecución de sus bienes en Chile, lo que obtuvo favorablemente mediante sentencia el 4 de junio ante el tribunal chileno.

Los efectos de la sentencia del 2° Juzgado Civil de Santiago, al reconocer en Chile el procedimiento concursal de reorganización extranjero - aquel que se tramita ante el Tribunal de Quiebras de Estados Unidos en el distrito Sur de Nueva York, bajo el N° 20-11254 -, le otorgan dos beneficios inmediatos. El primero, suspender en Chile durante el tiempo que se tramite el procedimiento concursal extranjero "*el inicio o la continuación de todas las acciones o*

procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor" y "*toda medida de ejecución contra los bienes del deudor*", "*todo derecho a trasferir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes*", "*supeditados a lo establecido en la ley N° 20.720 y se referirán exclusivamente a aquellos bienes que se encuentren en el territorio del Estado de Chile"*. El segundo efecto de la sentencia chilena, es que condiciona que "*no afectará al derecho de iniciar acciones o procedimientos individuales, en la medida en que ello sea necesario para preservar un crédito contra el deudor*" y tampoco inhibe a algún acreedor chileno a "*el derecho a solicitar el inicio de un procedimiento concursal con arreglo a la Ley N° 20.720 o a verificar créditos en el procedimiento respectivo*", pedir su declaración de liquidación forzosa o quiebra.

Cabe destacar que la cobertura que le da la sentencia chilena que reconoce el procedimiento concursal extranjero de LATAM, se extiende a todas sus filiales que se encuentran comprendidos en el citado Capítulo 11° y que tengan bienes en Chile, excluyendo también a las filiales de LATAM en Argentina, Paraguay y Brasil.

Contiene la sentencia chilena dos declaraciones relevantes respecto al reconocimiento del proceso de reorganización de EE. UU. La primera declaración en cuanto a que el procedimiento concursal de Estados Unidos, no contraviene al derecho público chileno, lo que parece discutible en la medida que condiciona a los acreedores chilenos a concurrir a verificar su crédito a EE.UU., con los altoscostos de representación de abogados ante el Tribunal extranjero, como de contrario lo harán los Bancos acreedores locales y los tenedores de bonos chilenos entre las cuales son están las seis AFPs chilenas, que además detentan el 17,2 % de la propiedad accionaria de LATAM, o sea, las AFPs son accionistas y acreedoras de la empresa por los bonos, al mismo tiempo. ¿Pero qué ocurre con los acreedores Pymes, que no pueden solventar estos costes para defender su acreencia en EE. UU.?. Claramente al Tribunal de Nueva York no podrán concurrir, por los altos costes, y en Chile, tendrán que esperar el desenlace de LATAM en nuestra jurisdicción concursal.

La segunda declaración relevante de la sentencia chilena, de la que se pueden seguir una serie de consecuencias jurídicas, económicas y políticas, es la referida a reconocer que el Capitulo 11° es un procedimiento concursal extranjero principal, entendiéndose por tal el "*que se tramita en el Estado donde el deudor tenga su domicilio, entendiendo por tal el centro de sus principales intereses*". Por ello, declaró la sentencia chilena que "*En razón de lo expuesto, resulta dable estimar que Estados Unidos constituye el Estado donde el deudor tiene el centro de sus principales intereses…*". En consecuencia, aun cuando el estatuto social de LATAM AIRLINES GROUP S.A., declara que su domicilio social se encuentra ubicado en Santiago de Chile, su centro principal de intereses está en EE.UU y no acá en Chile. No obstante ello, la empresa que encabeza la presentación del Capítulo 11° en EE.UU, es su filial LATAM FINANCE LTD, con domicilio en PO Box 309, Ugland House, Grand Cayman, esto es, se trata de una sociedad de conveniencia establecida, con domicilio y nacionalidad en un paraíso fiscal.

Que la sede principal de los intereses de LATAM se sitúe en EE.UU, significa que en ese lugar se encuentran los bienes principales del deudor, que en ese lugar es donde el que el deudor obtiene financiamiento, que en ese lugar se encuentran sus principales acreedores, que en ese el lugar se administra su sistema de gestión de efectivo, que en ese lugar, leyes y Tribunales se encuentran sometidos sus principales contratos y que en ese lugar se dirige la reorganización de la empresa. Así lo declararon sus abogados en el Tribunal chileno.

Finalmente, cabe volver a formular la pregunta, está legitimado y escrito en piedra que el Estado de Chile inicie un plan de financiamiento para LATAM, ¿Es LATAM una empresa estratégica chilena?,

en circunstancias que LATAM ha dado la señal y está reconocido por la sentencia chilena, que su centro de intereses principal está en EE UU y no en Chile. Debe el Estado plantearse ¿Si debe ir a su rescate financiero, ¿cuándo su verdadera composición accionaria y estados financieros no están consolidados, en cuanto se encuentre pendiente el término su Capítulo 11°?

Cabe recordar que en la Junta Ordinaria de Accionistas de LATAM de 30 de abril de 2020 celebrada en Santiago de Chile, leída que fue, su Directorio no informó a los accionistas que iniciarían una presentación de Capitulo 11° en EE. UU, ni tampoco informó, que ya a esa fecha estaba comprometida su solvencia financiera. También llama la atención que, a esa Junta de Accionistas, no haya asistido ningún representante de la Comisión para el Marcado Financiero, CMF, órgano público fiscalizador de LATAM, en tanto sociedad anónima abierta que transa sus acciones, bonos y ADRs en el mercado de valores chileno y extranjero.

Preguntas: ¿El Estado de Chile tiene el deber y como bien social relevante el salvataje de una empresa cuyo centro principal de intereses está en otra sede jurisdiccional como establece la sentencia del tribunal chileno? ¿Si el Estado de Chile otorga un financiamiento a LATAM, vía préstamo o compra de propiedad accionaria o bonos convertibles en acciones u otra modalidad, ese dinero irá a financiar el proceso de reorganización empresarial de LATAM y sus acreedores extranjeros? , todo ello, en circunstancias que la empresa ha actuado en resguardo de sus intereses en EE.UU., postergando los intereses de los acreedores chilenos?, además, ¿las instituciones acreedoras públicas chilenas de LATAM deberán también concurrir a Nueva York a verificar sus créditos?

Si esto es así, tiene sentido y está justificado que los poderes del Estado, Ejecutivo y eventualmente el Legislativo, se aboquen a diseñar y aprobar un rescate financiero a LATAM con recursos públicos. La prudencia indica que habría que pensarlo más de dos veces, si es pertinente y correspondería el apoyo financiero que LATAM pide al Estado de Chile, lo mismo es aplicable y esperable de los calificados economistas y abogados asesores del Gobierno en estas materias.

(Nota: este articulo ha sido elaborado consultado todas las fuentes que se citan.)

EL CONCEPTO DE SOCIEDAD. LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en Jurisprudencia Argentina, Número Especial: Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, Bs. Aires 17 de junio de 2020, JA 2020-II-fasc. 12.

Resumen: Recorremos el proyecto para afirmar la tipicidad de la relación societaria, la autonomía de la voluntad para constituirlas sólo limitada por normas imperativas en resguardo de terceros.
Palabras claves: Sociedad – Tipicidad – Autonomía de constitución – Normas imperativas - Responsabilidad.

Abstract: We go through the project to affirm the typicity of the corporate relationship, the autonomy of the will to constitute them only limited by imperative norms in the protection of third parties.
Key words: Company - Typicity - Autonomy of constitution - Mandatory norms - Responsibility.

Se nos solicitó ensayar sobre el Anteproyecto de Ley General de Sociedades –ALGS[201]-, presentado en junio 2019, excelente fruto de la labor de distinguidos colegas, y que abordáramos en el reciente XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, desarrollado en Rosario, en cuyo cierre protagonizáramos un diálogo con la Prof. Dra. Gabriela CALCATERRA, que gestara esos Congresos y una de sus autores. Allí afrontamos apostillas sobre el sistema societario[202], a la par de pensar conveniente debatir sobre la reforma integral de la Ley General de Sociedades –LGS- con eje en ese importante ALGS, como herramienta para promover la actividad empresarial en nuestro país e invitar a mantenerlos avocados en tales propósitos en la convocatoria de la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y demás Instituciones que se unan a la gesta, en la próxima realización trianual de estos Congresos, del 3 al 5 de octubre de 2022, en la Ciudad de Córdoba, con el mismo lema que mantenemos para estas relaciones de organización "Libertad bajo responsabilidad".

Uniendo esos propósitos formalizamos este ensayo, dejando correr nuestro pensamiento sobre el carácter de persona jurídica de todas las sociedades, su conceptualización como tal y algunas apostillas vinculadas a esa libertad de constitución bajo responsabilidad. Es que el Anteproyecto, unido al Código Civil y Comercial –CCC- significa mucho más en esa reestructuración.

201 Senado de la Nación. Año 2019, Folio 215, Nº 1726/19-PINEDO E ITURREZ DE CAPPELINI. proyecto de ley general de sociedades.

202 Puede verse en www.acaderc.org.ar, como otros de nuestros ensayos.

I - LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES.

En el ALGS se genera congruencia con el CCC.

Los artículos 2° y 141 y ss. CCC aseguran la construcción del sistema jurídico en torno al régimen aplicable a las sociedades. A su vez el ALGS en su CAPÍTULO I, DISPOSICIONES GENERALES, SECCIÓN I, De la existencia de sociedad, ARTÍCULO 2º norma "*Personalidad jurídica.* La sociedad es persona jurídica con el alcance establecido en la ley.", perfeccionando el art. 2° de la actual LGS que se refiere a "sujeto de derecho". La norma proyectada es congruente con el CCC en su art. 148.

Cuando la base de nuestro actual sistema se gestó en 1969 como Proyecto, para convertirse en la ley 19550 en 1972, ese artículo proclamaba que eran sujeto de derecho, pues no nacía tan claramente el carácter de persona jurídica. Años antes la personalidad jurídica sólo se otorgaba a las sociedades por acciones por decreto del Poder Ejecutivo, como una concesión. Es una cuestión con soluciones diferentes en el Derecho Comparado[203]. La equivocidad del término persona y más precisamente de la expresión persona jurídica y/o persona moral ha traído aparejado en el ámbito del derecho un debate que aún hoy se mantiene como explica autorizada doctrina[204].

Nos hemos ocupado de la cuestión[205].

Congruente con ese reconocimiento normativo de la personalidad jurídica de las sociedades, el CCC impone el orden normativo de regulación de esas personas jurídicas, acotando la autonomía de la voluntad en su Art. 150, lo que recoge el art. 1 del ALGS en su tercer párrafo.

1.La tipicidad de primer grado. Las relaciones de organización.

De Castro y Bravo[206] advierte la existencia de un sustrato fáctico concreto de la persona jurídica, observando que esta noción tiene una raíz más profunda que se funda en las organizaciones que se distinguen de los hombres que las constituyen y que las rigen, con un fin distinto al de los asociados y administradores que las integran.

Las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización, predispuesta, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus requisitos, a lo que denominamos como relaciones de organización personificadas[207].

203 BOTTERI (h.), José D. - COSTE, Diego "El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la Ley General de Sociedades" en LA LEY 29/09/2016 , pág. 1.

204 DE CASTRO Y BRAVO, Federico La persona jurídica, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1994, pags.138/141; FERRARA, Francisco Teoría de las personas jurídicas, Reus, Madrid, 1929, pág. 313; GALGANO, Francesco, Societá por azione, Bologna, 1986, p. 22 y ss.; ASCARELI, Tullio, "Personalitá giuridica e problemi delle societá", en Rivista delle Societá, año 1957; COLOMBRES, Gervasio, Curso de Derecho Societario, Abeledo Perrot, 1972, pag. 53; OTAEGUI, Julio César en su disertación recibida en el libro colectivo Anomalías societarias, Advocatus, Córdoba, p. 106.

205 RICHARD E.H. "PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Bs. As. 4/5 de diciembre de 1986; "Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado" en "1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino", Tucumán octubre 1987 "PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989;;"LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss.. Otros pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

206 DE CASTRO y BRAVO, F. Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona, reimp. de la 5ª ed. actualizada, impr. R. GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, pág. 22.

207 RICHARD, E.H. Organización asociativa, Ed. Zavalía Buenos Aires 1994, pág. 143; "LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL NEGOCIAL (una contribución para el debate)" en 1er. Congreso

El sistema jurídico ha sido construido a través de normas pensadas originariamente para el acto jurídico bilateral y las relaciones de cambio. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización, y en ese momento reconociendo efectos a la declaración unilateral de voluntad (a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización: sociedad, fundaciones, asociaciones, patrimonios especiales y de afectación, buque, empresa, fideicomiso, fondos) de los que la realidad y la normativa que las reconoce en el derecho comparado da cuenta[208]. De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo. Algunas veces con fuertes críticas como es el caso límite del consorcio de propiedad horizontal, particularmente de concursalistas. No todas esas relaciones son personificadas, en nuestro sistema sólo las reconocidas por el legislador –art. 141 CCC-.

En las comunidades se ha dado lugar a la constitución de *organizaciones,* recurriendo a lo que ha sido descripto como una *"técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones"*[209]; es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad[210] -noción recogida por el art. 143 CCC-. Como respuesta a la recomendación de UNCITRAL y la labor de muchos de nosotros resulta imposible actualmente desconocer como afirma José Embid,[211] el largo proceso que ha conducido a situar al elemento organizativo en núcleo esencial del concepto de sociedad.

El ente personificado por la ley está a disposición de la autonomía de la voluntad, que permite elegir la estructura conveniente al negocio jurídico de duración y organizado y, cumpliendo los recaudos legales, hacerla oponible a todos los terceros, acreedores individuales de los socios o de los que se vinculen con el nuevo centro imputativo.

En la regulación de las relaciones de organización hemos aconsejado atender al acto colegial. El CCC atendió muy modestamente esa misión en el art. 161. El ALGS asume un importante avance en el art. 20 referido a la impugnación de los actos del órgano de representación.

Internacional sobre "El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas, concordancias y particularidades" (dic. 2013, Málaga, Congreso Virtual).

208 RICHARD, E.H. "La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso", en AAVV Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci; Organización Asociativa, Ed. Zavalía; Las relaciones de Organización – El sistema jurídico del Derecho Privado (2ª ed.), Relaciones de organización – Sistema societario, y Relaciones de Organización – Sistema de contratos de colaboración, editados por la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.

209 GUYON,Y.: Droit des affaires, t. I, Droit commercial géneral et Sociétés, edit. ECONOMICA, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La Personalidad jurídica del Comerciante Social", en Estudios de Derecho mercantil. (La Empresa y el empresario - Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles - Uniones de empresas y sociedades), t. I, EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed., revisada, corregida y al día, Madrid, 1977, p. 167.

210 GARRIGUES DÍAZ-CABAÑATE, Joaquín.: Tratado de Derecho mercantil, t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 456, quien señala que "la Sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de éllos, rebasando su personalidad física".

211 EMBID, José. "Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)". p. 83.

2.Personalidad y patrimonio. El CCC y su congruencia con el ALGS.

Los artículos implicados en la concepción de persona en CCC van desde el art. 141 hasta el art.167.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura particularmente en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores.

En la Sección 3ª referida a Persona jurídica Privada en CCC, el Parágrafo 1° sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, el art. 154 determina imperativamente "Patrimonio. *La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*", congruente con el ALGS en arts. 7 últimos párrafos y 23 tercer párrafo.

La base de la existencia autónoma de una persona jurídica es el patrimonio para imputarle directamente derechos y obligaciones generados por la representación orgánica. El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores. La personalidad es en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

El patrimonio es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el fundamental art. 143 CCC: *"Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. – Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial".* Integrándose con el art. 150 CCC y el ALGS.

Es el efecto de la división patrimonial, de la generación de un nuevo patrimonio. Se plasma así el efecto fundamental del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica privada: quien reclame a la misma debe intentar satisfacerse del patrimonio de la persona jurídica. Sólo excepcionalmente podrán reclamarse a los miembros que la constituyeron, que pueden tener que responder conforme al tipo de persona jurídica que han constituido, lo que se advierte fácilmente en el caso de sociedades donde la elección va desde tipos con responsabilidad de sus miembros hasta otros que relativizan y condicionan cualquier reclamo de responsabilidad[212]. Se generan centros diversos sobre el que los acreedores de la persona jurídica podrán pretender excluir a los acreedores individuales de los miembros. El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, ya que los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.[213] Ello es congruente con la disposición del art. 56 LGS, que en ese aspecto no intenta ser modificado en el ALGS, que sólo agrega una disposición permitiendo discutir la calidad de socio.

212 RICHARD, Efraín Hugo "PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS" en "Revista del Código Civil y Comercial", mensuario de editorial La Ley, primera sección "En Debate", tema específico "Personas Jurídicas" desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, año IV número 4 mayo 2018 página 67 a 107, Buenos Aires.

213 Hemos cuestionado en Congresos de Derecho Laboral la costumbre de demandar a la sociedad junto a administradores y socios frente a la disposición del CCC, recomendando la ampliación de la demanda en ejecución de sentencia de no existir bienes; cfme. RICHARD, Efraín Hugo "SOCIEDADES, INCLUSO UNIPERSONALES, Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS", conferencia en las "XIV Jornadas del Centro de la República: Impacto del nuevo Código Civil y Colmercial en el Derecho del Trabajo" anotada, del día 29 de mayo de 2015. publicada en www.acaderc.org.ar, y en Revista de Derecho Laboral El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe octubre 2015, tomo I págs. 319/362.

El carácter de "institución" que entraña la personalidad para la relación a la que se caracteriza como persona jurídica resulta de que creada y generado su patrimonio, no puede desaparecer sin cumplir los requisitos que la normativa impone para su liquidación. El aspecto institucional cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, es decir, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad[214].

El *"ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución (…)."*, definiendo una cuestión problemática disponiendo que la existencia de esas personas jurídicas lo sean desde su constitución, aspecto que no puede ser llevado al extremo de oposición a terceros cuando el tipo de organización exija recaudos especiales de publicidad. Ante nuestra interpretación, el ALGS aclara correctamente en torno a la tipicidad de primer grado: "ARTÍCULO 7°. *Período fundacional*. La existencia de la sociedad comienza desde su constitución. A falta de un instrumento constitutivo, comienza desde que se exteriorice su existencia. …". Otro aspecto es la tipicidad de segundo grado que se configura con la registración. Esto también tiene efecto fundamental en la prueba de la existencia de la sociedad como persona jurídica: registrada es oponible erga omnes, constituída debe probarse su existencia conforme prevé la sección 4ª en ALGS.

La clave de bóveda del sistema jurídico de las personas jurídicas, o de las relaciones de organización personificadas, las brinda el *"ARTICULO 150. Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades".* El ALGS lo reafirma en el segundo párrafo de su art. 1°.

Dos referencias importantísimas. Lo primero es que reconoce expresamente el contenido de normas imperativas en la ley especial, anticipando nuestro criterio que ellas son todas aquellas –incluso en este régimen general- que tutelan la seguridad del sistema, los derechos de terceros, de la propia sociedad y de los socios, frente a acciones de administradores o mayorías permanentes u ocasionales. En tal sentido las que aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis,* o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función del patrimonio social-, mantener viable la actividad de la sociedad sin generar daño[215].

Por seguido, hacer notar la imposición a todas las personas jurídicas que se constituyan en el extranjero a cumplir las normas de publicidad que les exige la ley de sociedades[216], poniéndolas correctamente en igualdad de condiciones con las sociedades constituidas en nuestro país, para operar, ser demandadas o actoras en juicios.

Esta norma es fundamental para determinar las normas aplicables. La ley específica con sus normas imperativas no puede ser soslayada, salvo expresas modificaciones. A nuestro entender viene en aclarar la preminencia, por ejemplo, en caso de concurso de sociedades, de las normas de

214 URIA, Rodrigo Derecho Mercantil, Madrid 1958 p.99.

215 "El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que, si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado…" CNCom., Sala F, mayo 13 de 2014 en la causa "Victor Carballude SRL sobre quiebra, que consideramos más extensamente más adelante.

216 RICHARD, E.H. "NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA" en Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, A Coruña, España, pág. 407.

la ALGS sobre las de la ley 24522 de concursos y quiebras –LCQ-. Es el centro de la estructuración del sistema de crisis de sociedades y del sistema de libertad organizacional.

Sigamos sobre normas del CCC que iluminan genéricamente la cuestión en análisis.

Se legitima claramente la legitimación activa directa de terceros: "*ARTÍCULO 160. Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.*

Estamos frente a normas imperativas para la organización y legitimación de la persona jurídica. Los artículos precedentes encuentran su fuente en normas de representación orgánica de la legislación societaria -arts. 58 y 59 LGS, que en su sustancia no se alteran, sino que se mejoran, en el ALGS-, y en orden a la responsabilidad de la persona jurídica privada, fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acciones u omisiones, lo que es aclarado en el ALGS.

En tal sentido el art. 358 CCC tipifica la representación orgánica como aquella que corresponde a una persona jurídica. Los órganos son "*aquellas personas físicas o aquella pluralidad de éstas a las que la ley facultad para decidir sobre los asuntos sociales, manifestando la voluntad de la sociedad para desenvolver en general la actividad de ésta"*[217]*.*

Ya señalamos al pasar el carácter de institución jurídica de estas personas, por no poder desaparecer por la mera decisión de los socios, debiendo cumplir con el proceso de liquidación en resguardo de los terceros: *"Parágrafo 3°. Disolución. Liquidación*: *ARTICULO 163. Causales. La persona jurídica se disuelve por: (…) c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo;(…) i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla".* Queda vinculada la funcionalidad regular a la existencia de un patrimonio suficiente y eficiente.

Es congruente con las actuales disposiciones sobre disolución de sociedades de pérdida del capital social o imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplir el objeto. Si bien a las sociedades, y en general a las personas jurídicas privadas, se accede por una decisión voluntaria, ALGS y CCC generan causales de disolución, que sin plazo imponen a administradores y socios de control adoptar medidas para solucionarlo o disponer la liquidación. No hay sanción de liquidación coactiva sino un hito para determinar responsabilidades especiales si se derivan daños. Volveremos sobre ello. Es coherente el art. 167 CCC en su segundo párrafo *"La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero"*, y el último párrafo *"En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto".*

217 GARRIGUEZ, Joaquín – URIA, Rodrigo Comentarios a la ley de sociedades anónimas, Madrid 1953, tomo I pág. 498; BARREIRO, Marcelo C. "Inoponibilidad de la personalidad jurídica" en Tratado de los conflictos societarios, AAVV Director Diego A.J. DUPRAT, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo I pág. 159.

Se observa que la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 ALGS, aunque más acotado[218], al que se integra conforme la particular redacción del art. 150 CCC.[219]

II – EL CONCEPTO DE SOCIEDAD Y LA LIBERTAD PARA CONSTITUIRLAS.

La sociedad aparece indubitablemente como persona jurídica. Ingresemos ahora en el análisis del art. 1° ALGS para determinar la tipicidad de primer grado para determinar que es sociedad.

El mismo reza: "ARTÍCULO 1°.- *Concepto*. Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o regida por la Sección IV de este Capítulo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, estos deben ser dos (2) o más.".

"*Sociedades con otra finalidad*. El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios."

"*Principios aplicables a las sociedades*. El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley. Las normas reglamentarias que dicten los Registros Públicos y las autoridades de aplicación no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley ni las disposiciones válidamente adoptadas por las partes."

"Los socios, administradores, y miembros de los órganos de fiscalización deben ejercer sus derechos, funciones y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad. No es admisible el ejercicio abusivo de los derechos, sea por mayorías como por minorías. Rige el principio de igualdad de trato a todos los socios, aunque se trate del Estado y se invoque un interés público."

Vamos al comentario. El primer párrafo se aleja de la necesidad de una tipicidad de segundo grado, o sea de los tipos societarios, imponiendo sólo el aporte –patrimonio- para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, aporte que puede ser de una o varias personas[220]. Sólo exige dos personas cuando se elija un tipo social que requiere dos personas (comanditas, capital y trabajo). Esencialmente prevé la asunción de "un riesgo común" y la participación en los beneficios (relativo) y "soportación de las pérdidas" –insoslayable-. Por ello, si hay sociedad es nula toda cláusula que altere esa causa del negocio, conforme el art. 13 LGS, en apartado 1: "Que alguno o algunos de los socios … sean liberados de contribuir a las pérdidas".[221]

218 RICHARD, E.H. "El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)" en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2013.

219 En consonancia a su vez con el art. 1709 CCC; cfme. puede verse nto. Prólogo al libro Empresa y sociedad. Actualidad y Televancia, AAVV, bajo la Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Coordinación de Ricardo Belmaña, págs. 9 a 38. Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018, y en el mismo el artículo de Eduardo CIMA "La legislación societaria y su relación con el Código Civil y Comercial".

220 El ALGS sigue a la LGS en la regulación de los aportes y prestaciones accesorias, en arts. 45, 50 y 338 al regular las SAS.

221 Posiblemente no impediría los pactos internos de limitación o liberación de contribuir en las pérdidas a alguno o algunos socios –no a todos-, pacto que no sería oponible a terceros, sin perjuicio de que aquél que así fuera accionado trajera a juicio a quiénes se hubieran obligado; cfme. HEREDIA QUERRO, Sebastián "Reflexiones sobre el concepto de

En Derecho Societario, dentro del sistema de Derecho Privado, es necesario considerar la tipicidad de primer grado (tipología societaria) -de una supuesta relación societaria para determinar ciertos efectos, pues es secundario referirse a los tipos societarios o tipicidad de segundo grado (tipicidad societaria)[222], y así el Art. 1 del ALGS es omnicomprensivo y engloba al art. 21 LGS ref. Ley 26994 que amplia el concepto de sociedad, excluyendo la limitación a la "forma organizada conforme a uno de los tipos previstos" –art. 1° LGS –que podría ser ahora también la SAS –Sociedad por acciones simplificada creada por ley 27349-, reglando "*La Sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Cap. 2, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección*". Justamente, con esa amplitud el ALGS integra a la Sociedad por Acciones Simplificada a su texto, regulándola desde el art. 325 en adelante. La redacción del art. 21 ALGS completa esa comprensión amplia. El interés común –no figura en esa definición- pues no es exclusivo de la relación societaria, y se perfila en los contratos asociativos, particularmente en el negocio en participación, por eso la importancia de la conceptualización, centrándose en la causa del negocio societario, determinando la tipología de primer grado: cuando se configura una relación societaria.

Conforme a ello, también se modificó el art. 17 LGS en relación a la atipicidad de segundo grado, eliminando la nulidad e incluyéndola en la sección IV. La única diferencia es que la personalidad se exhibirá erga omnes o de pleno derecho si estuviere inscripta, pues en caso contrario estará sujeta a prueba, tanto si la invocan socios o terceros, sea conforme el art. 22 por el conocimiento, aplicación del principio de buena fe negocial, y conforme el art. 23 in fine ALGS por cualquier medio de prueba.[223]

Elementos esenciales son la existencia de un patrimonio atribuible a una sociedad persona jurídica identificable, normalmente el nombre, pero hoy superado por la CUIT, que también determina a falta de tipicidad de segundo grado e inscripción, el domicilio y quiénes son los socios. Por eso es complementaria del art. 141 CCC, la referencia a la exteriorización de la sociedad que hace el ALGS, pues al haberse expuesto a una relación legítima con terceros habrá debido ostentar su identificación impositiva, que conlleva la identificación de la sociedad y esos requisitos. Por ello, el ALGS norma "ARTÍCULO 7°. *Período fundacional*. La existencia de la sociedad comienza desde su constitución. A falta de un instrumento constitutivo, comienza desde que se exteriorice su existencia. - Los efectos propios del tipo regirán a partir de su inscripción en el Registro Público."

Se ha discutido si la noción de sociedad involucra el desarrollo de un objeto empresario. A nuestro entender está descartado por las expresiones que se mantienen en el primer párrafo del art. 31 del ALGS[224], perfeccionando el actual artículo: "ARTÍCULO 31.- *Participaciones en otra sociedad. Limitaciones*. Las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, pueden adquirir participación en otra u otras sociedades sin limitaciones. Si el contrato social o estatuto lo autorizan, estas sociedades pueden también desarrollar tareas de intermediación,

sociedad, su finalidad y los principios que le son aplicables" en Temas de derecho comercial, empresarial y del consumidor", Ed. Erreius, Noviembre 2019, Buenos Aires, pág. 1053.

222 RICHARD, E. H "Concepto de Sociedad" en Hacia un nuevo derecho societario, , Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I pág. 189, Rosario 2019. Utilizamos la terminología que compartimos con Orlando Manuel MUIÑO en Derecho Societario, Ed. Astrea 1ª Edición, Buenos Aires 1997, págs. 49 y ss.

223 Vélez y Acevedo en el art. 401 del derogado Código Civil expresaban "Se presume que existe o ha existido sociedad siempre que alguien ejercite actos propios de sociedad, y que regularmente no hay costumbre de practicar, sin que la sociedad exista", enumeran una serie de actos que hacen suponer la negociación promiscua o a nombre colectivo.

224 Art. 5 ley 20744: "Empresa: organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos."

asesoramiento y ejercer mandatos vinculados a la actividad financiera o de inversión". Brunetti señala que "se traslada del momento *negocio* al momento *organización"*[225]. Se incluyen en la ley sociedades de mera administración de bienes o cartera. Incluso una sociedad de control de otras, por la tenencia de acciones.

La distinción sobre si el objeto es civil o comercial desapareció en el año 1972, pues el requerimiento del objeto comercial se localizaba en normas del Código de Comercio derogadas en ese entonces, aunque el ALGS hace una enumeración didáctica en el art. 21, sobre "sociedades incluídas" dentro de las llamadas correctamente "Sociedades Simples", generando un catálogo que se corresponde con nuestra visión del actual en la LGS, supera las críticas de los que consideraban excluídas algunas sociedades informales. Correlativamente el referido art. 17 "…En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo." Complementa didácticamente el ARTÍCULO 21 sobre "*Sociedades incluidas"* explicita: "*La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, o a los establecidos en otra ley, que omita requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección y supletoriamente por las disposiciones sobre la sociedad colectiva. Están comprendidas en esta sección las sociedades de hecho y las constituidas durante la vigencia del Código Civil como sociedades civiles, las que quedan de pleno derecho regidas por esta Sección, por sus contratos sociales y por las normas supletorias aplicables al tiempo de su constitución. Podrán ellas seguir incluyendo en su denominación la expresión "sociedad civil", su abreviatura, o la sigla "SC"."*

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello: "la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho… La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad,* y que el derecho estatuye y reconoce como tal"[226]. Subrayamos la contundencia de: "soportar las pérdidas", no es siquiera "participar" en las pérdidas", y ahora agrega a ello el ALGS el riesgo de la actividad, que pone también a cargo de los socios. De manera que, con Colombres podríamos afirmar que la característica específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, "la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho".

De no haber aportaciones –concepción amplia- con destino a conformar un patrimonio afectado del modo indicado, no hay sociedad. La entrega de los bienes aportados debe ser realizada conforme la ley, que en principio exige una transferencia en propiedad. Ni la comunidad hereditaria, ni el condominio, ni la propiedad fiduciaria cumplen ese tipo de rol o función, por lo cual la conformación requerida por el ALGS –al igual que LGS- es específica y decisiva para establecer la existencia o inexistencia de sociedad, al igual que la soportación de las pérdidas.

225 BRUNETTI, Antonio Tratado del Derecho de las Sociedades, Ed. Uteha Argentina, Buenos Aires1960, traducción directa del italiano por Felipe de Soá de Caiñares, tomo I pág.16. Y luego dedica el Cap. 2 a "Sociedad y Empresa", págs. 66 y ss.

226 COLOMBRES, Gervasio R. Curso de Derecho Societario, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.

Este primer párrafo recibe sin restricciones la posibilidad de la sociedad por declaración unilateral de voluntad. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce "la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades".[227] Anteriormente se creía que gozar de personalidad jurídica implicaba en esencia la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios, y casi a modo de sanción impuesta por el legislador, la falta de personalidad jurídica era consideraba como una irregularidad en algunos ordenamientos jurídicos, sin embargo, resulta fundamental distinguir claramente que "personalidad" no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios[228] quedando afecto a las resultas de la actividad social. Incluso, es una decisión propia del socio o los socios, su exteriorización, en tanto, configura una necesidad "dar autonomía jurídica al ejercicio de la actividad de una o varias personas".[229]

Son importantes las reflexiones sobre la personalidad que se dan para justificar la voluntad de una persona para crear una sociedad, en los Fundamentos del Anteproyecto de CCC. La Comisión de Reformas -Kemelmajer, Highton y Lorenzetti- receptó la posición de la subcomisión, expresándose así: "*2). Sociedad unipersonal*. *Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina. La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales*".

Esa proyección aceptando la gestación de todo tipo de sociedades por la declaración unilateral de voluntad, generó resistencias y el CCC sólo las acepto en la Sociedad por Acciones Unipersonal –SAU-, que ya sufrió algunas modificaciones para facilitarla –sin éxito-, cuestión que en la práctica superó la referida SAS. EL ALGS vuelve correctamente a la concepción general amplia e inclusive, como apuntáramos-, incorpora a su texto a la SAU, que también puede ser constituida por un único socio.

Habíamos ensayo sobre ello en "El posible futuro…": ¿Es realmente lo que se tutela el ánimo de limitar una responsabilidad? ¿o son los derechos de los terceros o el interés de la funcionalidad económica lo que el legislador debe tutelar! Quizás este es el centra de la cuestión…"[230].

227 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo. Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único. Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

228 RICHARD, Efraín. "Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial". Tomado de: http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html

229 MORLES, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil, 4ª. Edición, Caráctas 2000, p. 791, 792.

230 RICHARD, E. H. "El posible futuro del derecho comercial" en En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXIV, Córdoba 186 (correspondiente al año Académico 1985) págs. 97 y 112, y en Anuario de Derecho Comercial tomo 2, Montevideo, sección doctrina págs. 169 y ss.

Sigue el segundo párrafo del art. 1° ALGS sobre el derecho a las utilidades. Esta decisión normativa autoriza la autonomía de la voluntad para disponer de los llamados derechos patrimoniales individuales de los socios. No son disponibles por una decisión colegial societaria mayoritaria, pero si por unanimidad. Nos parece una solución acertada, y lo habíamos expresado hace años en relación al derecho individual de los socios a que asumieran sus herederos su posición de no existir previsiones estatutarias, señalando la posibilidad de restringirlo por decisión unánime antes del fallecimiento[231]. La "participando en los beneficios", importa un derecho en expectativa a las utilidades líquidas y realizadas que genere la actividad societaria, determinada en sus estados contables, y que no pueda ser razonablemente retenida para cubrir necesidades de la sociedad, particularmente por la generación de reservas facultativas, conforme explicite e informe el órgano de administración al órgano de gobierno.[232] La retención de beneficios o dividendos podrá ser objetada sino se cumplen esos requisitos. Fustigamos como un fraude a la ley societaria las quitas concursales, pues es intentar que la pérdida no sea asumida por socios sino por los acreedores, y que éstos pudieran distribuise la ganancia así generada El juez estaría impedido de homologar un acuerdo semejante conforme al art. 52 ap. 4 LCQ agregado en el año 2002[233].

Dentro de la posibilidad de organización que otorga el ALGS, esta libertad de aplicar los dividendos, posibilita formas societarias internas. Ello a través de las llamadas "acciones sectoriales", que serían aplicables a todas las sociedades por acciones. Todas las sociedades, y particularmente las por acciones, pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso. Estos negocios parciarios o sectoriales, pueden ser objeto de titulización a través de acciones que permitan a inversores (y a los propios accionistas), participar de los mismos, limitándose su participación sólo a esas actividades.[234]

El ALGS, en su artículo 216 bis, contempla la inclusión de las acciones sectoriales, como una nueva modalidad de financiación y de asociación de personas, para una finalidad específica. Además, consideramos que nada obsta a que aún las sociedades por acciones unipersonales, puedan emitir las acciones relacionadas, acciones vinculadas o tracking stocks, lo cual no está en pugna con la reforma propuesta[235]. Según texto del ALGS, en el referido art. 216 para las Sociedades por acciones, el estatuto puede contemplar la emisión de acciones sectoriales que darán a sus tenedores el

231 RICHARD, E. H. "La limitación de transmisibilidad "mortis causa" de acciones nominativas (en torno a interesante pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial)" en Revista Jurídica "El Derecho" diario del 26 de mayo de 1994, pág. 1.

232 Sobre ese derecho puede verse FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "Resultados no asignados en la Ley de Sociedades" publicado en La Ley 2010-B-pág. 839.

233 Art. 17 de la ley 25589 B.O. 16.5.2002. "En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley". FUSHIMI, J.F. – RICHARD, E.H. "La ineficacia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas" en Doctrina Societaria y Concursal, tomo xxx, diciembre 2018.

234 FUSHIMI, J.F. – RICHARD E.H. "Acciones sectoriales en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades", en libro del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario 4, 5 y 6 de septiembre de 2019, Hacia Un Nuevo Derecho Societario, ed. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y Advocatus, Córdoba, 2019 Tomo I, Pags. 725-734.

235 En similar sentido MANÓVIL, Rafael M.: "Las sociedades devenidas unipersonales" en: RCCyC 2015 (octubre), 37, quien en la nota 8, introduce una acotación esclarecedora y que aborda en pocas líneas innumerables ventajas que importaría la unipersonalidad en relación a estas acciones.: "(8) En mi opinión, esta es la otra cara de la aceptación en algunas legislaciones de las llamadas Trucking shares, o Spartenaktien.

derecho a recibir dividendos resultantes de las utilidades realizadas y líquidas producidas por uno o más sectores de actividad o uno o más proyectos específicos. Las acciones sectoriales afectadas a cada sector o proyecto específico o, en su caso, a cada conjunto de ellos, constituirá una clase especial de acciones[236]. Dentro de cada clase, otorgarán iguales derechos. La norma prevé que al tiempo de su emisión el o los sectores de actividad o el o los proyectos específicos deberán estar precisamente descriptos y delimitados.

Los similares negocios en participación los podrán realizar todas las sociedades, al igual que la modalidad del mutuo participativo que regula el art. 1531 CCC

El tercer párrafo del art. 1° ALGS es coherente con el art. 150 CCC al referirse a las normas imperativas delimitando la autonomía de la voluntad. Y tal límite impone referirse más adelante a esas normas limitativas. Lo haremos en el parágrafo siguiente.

El cuarto y último párrafo del art. 1° ALGS marca el límite, que vinculamos inescindiblemente al uso racional y funcional de la persona jurídica societaria, de que sus órganos no pueden dañar, debiendo asumir los riesgos y las pérdidas conforme señala enfáticamente el primer párrafo, marcando a su vez la coherencia con los artículos del Título Preliminar del CCC[237], resguardando la buena fe y el interés social, y cuestionando el abuso de derecho. La actividad debe ser lícita.[238]

El art. 19 LGS sanciona con la disposición de oficio de liquidar a la sociedad que realiza actividad ilícita. La jurisprudencia ha determinado que ella puede ser total o parcial. Genera la responsabilidad solidaria de administradores y socios, con pérdida de la cuota de liquidación –extinción de dominio apuntamos-. El contundente artículo de la LGS, es reemplazado por otro que tornara inoficiosa a la norma.

Generada la ley sobre responsabilidad penal 24701[239] de sociedades y en carpeta la ley de extinción de dominio, estaremos sentados muchos años antes de su eventual aplicación, por la irretroactividad de la ley penal, la conexidad de esa responsabilidad penal con condenas a funcionarios públicos y la laxitud del sistema procesal. Se aplicó la norma en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Viparita S.A. s/ sumario", en la cual la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado nº 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. Nº 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la ley de sociedades por actividad financiera ilícita".[240]

---

236 Similar definición en FARGOSI, Horacio P. "Acciones "Relacionadas", LL-2007-B, 1298: Las acciones a las que en esta oportunidad nos referimos, tienen por característica fundamental, por un lado, ser tales (valga la redundancia), tener el carácter de acciones ordinarias con pleno ejercicio del derecho de voto, pero con la particularidad que los derechos patrimoniales están relacionados con los resultados de un determinado sector de la actividad de la empresa.

237 RICHARD, E.H. "Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comerci9al", en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

238 RICHARD, E. H. "Actividad ilícita de sociedades y antijuridicidad", en Hacia un Nuevo Derecho Societarioi, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III pág. 2329, Rosario 2019.

239 RICHARD, E.H. "Proyectos de responsabilidad penal de Sociedades y de extinción de dominio -¿Y el art. 19 de la Ley de Sociedades Vigente desde 1972?"in , en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 285, Julio-Agosto 2017 pág. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina), Buenos Aires, Ed. La Ley.

240 RICHARD, E.H. "SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)", en libro colectivo "La estructura societaria y sus conflictos" Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Bs.Aires 2006, pág. 101.

Betti[241] remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad: si sus órganos o los controlantes marginan el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en "requerimientos del mercado".

En el ALGS se intenta modificar la previsión del art. 19 LGS, incluyendo al art. 18. Reza lo proyectado: "ARTÍCULO 19.- *Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita*. Si la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. A los efectos de este artículo se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo anterior."

Se expresa en la Nota de Elevación del 5 de junio de 2019 "16. Lo antedicho se vincula con las disposiciones sobre objeto y actividad ilícitos, que generan nulidades absolutas, pero tampoco tienen efecto retroactivo porque, en rigor jurídico, funcionan como causales de disolución y liquidación, que compartimos, pero no en las condiciones que fija "se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18.", y en esa remisión al art. 18 ALGS "actividades sancionadas por las normas penales". Una norma que se volverá inaplicable. La actividad delictual deberá haber sido sancionada, la condena deberá estar firme, y deberá corresponder a la actividad principal de la sociedad, determinarse en el proceso civil posterior que ha sido continuada y sistemática. Un imposible dentro de nuestro sistema judicial hipergarantista. Quizá borrarla sea mejor.

III – SOBRE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad directa de la persona jurídica es consecuencia de su naturaleza, estructura y atributos esenciales, que se centran en el *patrimonio* (arts. 143, 154 CCC).

En tema de responsabilidad es fundamental, ante la separación del patrimonio de la persona jurídica de sus constituyentes, pues el límite de responsabilidad de éstos o de quiénes les sucedieron, puede sufrir un cambio de existir causales de disolución no atendidas, particularmente la *insolvencia*.

Para evitar asumir responsabilidad "la sociedad siempre debe liquidarse *in bonis"*[242]*,* como ya afirmamos. Es la previsión genérica del art. 160 CCC. Justamente el art. 167 CCC impone que la

241 BETTI, Emilio Teoría General del Negocio Jurídico, p.93.

242 FIORENZA, Alejandro Ignacio "El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?" Segunda parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, esp. pág. 310.

liquidación "consiste en el cumplimiento de ls obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero", previendo responsabilidad de administradores y miembros –socios de control- que omitieron diligencia.

1. **Normas imperativas y supletorias.**

Asumimos ahora el comentario al tercer párrafo del art. 1° del ALGS.

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan "Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código" [243], priorizándolo incluso de la ley de concursos[244], que deben ser integradas sin alterar aquella primacía, además de las del CCC, congruente con el art. 2° de ese ordenamiento. Justamente en torno a responsabilidad se encuentran las disposiciones del art. 1709 CCC.

Las normas que son imperativas para sus destinatarios, las que se le imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, se fundan en que sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir entre más de una solución, pero sin apartarse de ellas.

Nuestro lema ha sido siempre "libertad bajo responsabilidad". Y esa libertad debe reconocerse, determinando a su vez sus límites.

2. ¿Cuáles son las normas imperativas del sistema societario? Responsabilidad.

Es notable el ensayo de Cándido Paz Ares sobre la libertad contractual en el derecho de sociedades[245] donde subraya los prejuicios paternalistas frente a la libertad, incluso respecto a los derechos individuales de los socios –tema tratado hace muchos años[246]-, la normativa societaria es en gran medida subsidiaria de una regulación estatutaria de organización, y esto lo señala el art. 1 ALGS.

---

243 "NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS", publicado en Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79. ; "LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, DEL DERECHO SOCIETARIO Y EL SISTEMA CONCURSAL" en tomo 1 "Presupuestos y principios de los Concursos" en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 621; "ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)" en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; "CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", publicado en Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.; X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA "Crisis y Derecho": "Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)", tomo I pág. 111.

244 RICHARD, Efraín Hugo Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012. Comunicación al VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, "LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES", tomo II pág. 815; "LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS" en Anuario XV (2013-2014) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

245 PAZ-ARES, Cándido "¿Como entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL) en obra AAVV de su dirección TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA, Madrid 1997, Fundación Cultural del Notariado.

246 Derechos patrimoniales de los accionistas. La acción dentro de la teoría de los títulos valores, Ed. Lerner, Córdoba 1969.

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de daños a terceros y se enrolan en el sistema de asegurar el patrimonio y no pueden ser dejadas de lado. La LGS a través de los arts. 94 incs. 4° y 5°, 96, 99 y 100[247] genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° ALGS-, y por eso dichas normas las previenen. No hay cambios sustanciales en el ALGS.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse –generando una regulación procedimental, que otorga tiempos y espacios para decidir-, pero sin autorizar a generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.[248] Deben optar[249] pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e incluso concursarse, pero sin alterar las opciones imperativas de esa norma.

Recientemente se promulgó la ley 27541 de emergencia[250], que suspende en su art. 59 la causal de disolución del inc. 5 del art. 94 LGS o sea de pérdida total del capital social y también la disposición del art. 206 LGS que impone a las sociedades por acciones una reducción obligatoria del capital social cuando se ha perdido el 50% del capital. Esa norma suspensiva regirá hasta el 31 de diciembre de 2020. Ello puede estar vinculado a las pérdidas que puede incluso generar el ajuste por inflación que se impone en los balances conforme dicha ley –y que se registró también en el 2002-. Pero sólo atiende a una situación formal, que el balance no acuse patrimonio neto negativo. En cambio, la causal del art. 94.4 LGS –no suspendida y sin cambios en ALGS- de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial atiende a un problema substancial.

247 "Disolución por pérdida del capital social y concurso", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.

248 MUIÑO, Orlando Manuel "EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL", en Crisis y Derecho, Tomo 1 "Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria", pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; "El segundo aspecto (disolución ipso jure), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social "si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento". La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine LGS). …Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social." Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III "El orden público en la ley de sociedades comerciales" del libro Estudios de Derecho Societario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

249 Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la "Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico". En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

250 RICHARD, E.H. "Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94 5° de la LGS por la ley de emergencia" en La Ley, 20/21 de enero de 2020.

Esa suspensión, mereció nuestro comentario[251]. Repetimos: "Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, … no imponía …la disolución de la sociedad, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4. LSA) ….En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial".[252]

Estos 18 años que separan la reiteración de la suspensión de esta causal de disolución enmarcan algunos cambios, particularmente introducidos por CCC y LGS que venimos comentando: el art. 150 del primero sobre la primacía de las normas imperativas de esta última al que se agrega la coherente disposición al art. 100 sobre la "viabilidad económica y social" de la sociedad.

El art. 94 LGS –al igual que en el ALGS- desenvuelve simples causales de disolución, que no implican la liquidación de la sociedad, ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente la sistemática de nuestro ley de sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad[253], pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad. Debe distinguirse claramente entre "causales de disolución" y "liquidación", evitando usar la palabra "disolución" como sinónimo de aquella última. La existencia de una causal de disolución no implica la liquidación. Así debemos leer los artículos 96, 99 y 100 LGS y evitar la repetición en el ALGS.

El corto plazo que ahora fija la suspensión nos permite apuntar que aún cerrado en ese período el balance con patrimonio neto negativo, la Memoria que debe considerar la proyección futura anual o la consideración del mismo en fecha posterior por el órgano de gobierno, impondrá referirse a la viabilidad de la sociedad por la posibilidad de la consecución del objeto.

El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quiénes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio[254]. El art. 99 LGS –mejorado por el art. 99 ALGS- señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios si constatada la pérdida del capital social o la imposibilidad patrimonial sobreviniente no se hubiere enfrentado, por ejemplo, con una de las opciones imperativas introducidas por el art. 96 LGS. Todo lo referente al capital social y causales

251 "Pérdida del capital social en la Emergencia Económica (un comentario al Dto. 1269/02) de necesidad y urgencia)", publicado en Semanario Jurídico, n° 1379, Córdoba 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss.

252 En Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, citado, hacíamos esas apreciaciones a pág. 283, dentro de "La crisis de la organización societaria" que era una comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, del 23 al 25 de septiembre de 2009 bajo la convocatoria "El desafío de la reestructuración de empresa. Costo y ventajas del saneamiento de las empresas en Italia y en Iberoamérica" –pág. 259 y ss.- en cuyo Preámbulo afirmábamos "Quizá nuestra posición se considere provocativa, pero esa es nuestra misión, generar controversia y no necesariamente inmediato consenso o coincidencias, pues en el disenso respetuoso y argumentado se irán encontrando argumentaciones que acercarán posiciones e iluminarán lasa correctas soluciones".

253 Aún en las causales que permitirían suponer el inmediato ingreso a la etapa de liquidación, como podría entenderse en el caso de vencimiento del plazo, se hace necesaria una declaración sobre el cambio de rol del órgano encargado de la liquidación –art. 102 LGS-.

254 FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo "El balance anual de las sociedades. Constataciones y efectos", en Aspectos contables, impositivos y previsiones en las sociedades y en los concursos", obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles[255]. Los órganos de la sociedad tienen facultad para resolver dentro de las opciones imperativas de esa norma cuando lo estimen necesario.[256]

Declarada la pérdida del capital social al aprobar –sin reservas- un balance con patrimonio neto negativo, si bien nace de inmediato esa responsabilidad de administradores y socios "en su caso", no existe plazo para la adoptar la opción imperativa prevista en el art. 96 LGS, pero con la remediación no se elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si se hubiere generado daño. Lo mismo acaece si se advierte la imposibilidad patrimonial para cumplir el objeto, prevista en el inc. 4 del art. 94 LGS que no se ha visto alterada ni en esa Ley de Emergencia ni en el ALGS, como anticipamos.

Así es congruente con el art. 1° ALGS que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios –agregando el "riesgo" a su actual redacción LGS-, coherente con la legislación comparada y el informe Winter[257], ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 LCQ-. El ejercicio de la opción esta a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la "viabilidad económica" de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno, ni por un juez[258] Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.[259] Este principio es en resguardo de estos últimos.

El ALGS mantiene la línea de la ley del 72 frente a la causal de disolución de pérdida del capital social –ahora suspendida transitoriamente-, pero la atenúa permitiendo la recomposición dentro del año. O sea que la causal se produciría en el segundo ejercicio. Sin duda se sigue el criterio de la legislación española, pero que es más conservadora pues la causal de produce con sólo la pérdida del 75% del capital social, y se impone un corto plazo para adoptar soluciones.

Un punto importante, ante la dilación propuesta por ALGS, es el que pueda agravarse el daño en el segundo período.[260] Un análisis que deberá enfrentarse es que solución dar para el caso que se hubiera perdido no sólo el capital social sino una parte importante del patrimonio en el segundo ejercicio. Creemos que el punto deberá apuntar a la conducta de administradores y socios, en lo que se informe en la Memoria sobre la prospectiva o en considerar incursa a la sociedad en otra

255 RICHARD, E. H. "El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación"" en pág. 111 del n° 7 de Estudios de Derecho Empresario, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 CCC es congruente con aquella norma.

256 La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos "Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues su efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a loa individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas".

257 Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el "Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades", presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

258 "El laberinto …, citado.

259 STANGHELLINI, Lorenzo "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en Rivista delle Societa anno 49º 2004 settembre-ottobre fascicolo 5º, Editorial Giuffre Milano, pág. 1079.

260 RICHARD, Efraín Hugo "Función de garantía del capital social (Y una apostilla sobre el Anteproyecto", en Hacia un Nuevo Derecho Societario, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t.III p. 1965, Rosario 2019.

causal de disolución en la nueva redacción del art. 94.4. ALGS "Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto…" por el estado patrimonial de la sociedad y no preverse soluciones a ello. Se generarían las responsabilidades previstas en el art. 99 ALGS que muta las mismas en relación de administradores y socios si se generara daño.

La cuestión se agrava por la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación, que podría derivar en quiebra. Los aspectos patrimoniales no siempre tienen exteriorización clara. Intentamos distinguir[261] entre "cesación de pagos" e "insolvencia" para reflexionar sobre la responsabilidad de administradores y socios de control ante su avizoración, apareciendo contradicciones entre expresiones legales y realidad, pues a veces los activos están inmovilizados y hay patrimonio suficiente pero no flujos de caja para atender el pasivo exigible. En otros casos hay suficiente flujo de caja, pero un patrimonio inexistente, y así múltiples expresiones de la funcionalidad de un patrimonio. Pero esas exteriorizaciones imponen normas de resguardo que sin imponer conductas generan un cambio de responsabilidad acorde con la disposición legal de que los socios asumen el riesgo y las pérdidas, si el negocio se frustra. Las situaciones que hemos descripto no necesariamente llevan a la sociedad a una liquidación o a una situación concursal.[262] Por ello coincidimos con las expresiones de realidad que señala Olivera García. [263]

Los problemas de déficit patrimoniales de la sociedad son abordados en la causal de disolución de "pérdida del capital social". La misma debe ser total, apartándose de las posiciones anticipatorias del derecho comparado, o la genérica del referido art. 94.4 ALGS. A su vez no se fija plazo para su

261 "Art. 94 LGS. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: 5) Por pérdida del capital social… Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumetoArt. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos". Nto. "Las crisis de las sociedades y como abordarlas", Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.

262 La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad, ni genera su novación. El art. 167 CCC in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99 LGS, y si ha existiendo un fraude a la ley societaria esa resolución no altera su juridicidad, conforme criterio de la CSJN en el caso "Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A", donde apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general … se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo del 12 de julio de 2001). Se impone así la problemática soslayada en los procesos concursales de sociedades: la interacción del derecho societario y el concursal. Visión práctica y sociológica que nos ha hecho pensar con el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en "El Contraderecho", o sea en las costumbres contra legem que se desenvuelven en esos procesos para transferir la obligación de los socios de asumir las pérdidas a los acreedores. www.acaderc.org.ar. Con Juan Carlos VEIGA "Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude", en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367.

263 OLIVERA GARCÍA, Ricardo "La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal" en Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial, Directores Alejandro Miller – Alicia Ferrer – Zamira Ayul-, pág. 31 y ss. realiza una relativización muy importante sobre estos aspectos, los que indirectamente comentamos de seguido. Nosotros también divagamos sobre ello, en aspectos responsabilizatorios más que patrimoniales en la misma obra colectiva "Diez años no es nada, pero en derecho concursal es mucho… Concurso de Persona Jurídica: la función de garantía del patrimonio", tomo II pág. 1367 a 1444.

remediación (art. 96 ALGS), pero si determina responsabilidad (art. 99 ALGS) por daños desde su constatación con el balance realizado o que debió realizarse. La solución es congruente pues si administradores y socios consideran posible una recuperación patrimonial y la misma se produce no habrá daño a acreedores.

"En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art.260.1. 4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra".[264]

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en crisis, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores[265], afirmándose la utilidad que revisten en general "los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis"[266]. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

El punto se enmarca en la planificación. La Memoria, como antipáramos, deberá ser más explícita en el análisis de lo proyectado para ese de ese intermedio: "Art. 66 MEMORIA.ALGS[267]. Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y u juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar de la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: …. 6. La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar… (original: Estimación y orientación sobre prospectivas de las futuras operaciones)".

Se trata de evitar la responsabilidad que agrava la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, es integrado ese criterio en el mismo artículo del ALGS: "Respecto de cualquier operación ajena a

264 URIA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –"La sociedad anónima: disolución" Cap. 4, pág. 1001 en Curso de Derecho Mercantil.

265 MIOLA Massimo "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali" en Rivista delle Società, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

266 MIOLA Massimo "Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali" cit. pág. 1309.

267 ARTÍCULO 66.- Memoria Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 1) Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo. 2) Una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. 3) Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. 4) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo. 5) La política de dividendos propuesta o auspiciada, con una explicación fundada y detallada de la misma. 6) La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar 7) Las relaciones con sociedades directa o indirectamente controlantes, controladas o vinculadas, así como con las controladas por la misma controlante, las variaciones operadas en las respectivas participaciones, sus créditos y deudas recíprocos y el resultado de las operaciones y negocios entre ellas, si fueron en condiciones de mercado y, en caso negativo, sus razones. 8) Las relaciones establecidas por medio de contratos asociativos u otros que fueren de significación relativa, así como el estado y evolución de los negocios respectivos.

esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente.", en coincidencia con el 167 CCC in fine que preceptúa "…responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto".

Ello debe correlacionarse con la "viabilidad económica y social" requerida por el art. 100 LGS, con otra redacción en el Anteproyecto limitada a la "viabilidad económica": "ARTÍCULO 100.- *Remoción de causales de disolución*. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen. Para su validez entre los socios, la resolución deberá estar fundada en la viabilidad económica de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación*. En caso de duda sobre la existencia de una casual de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad". Advirtamos que es "sin perjuicio de las responsabilidades asumidas", a las que acabamos de hacer referencia, con lo que cierra el ALGS su sistema de responsabilidad.

3. Responsabilidad e inoponibilidad.

Recordamos que, así como se accede a la personalidad -generada y moldeada- por la autonomía de la voluntad, esa personalidad sólo desaparece cuando se ha producido la liquidación y extinguido todas las relaciones obligacionales generadas durante la existencia de esa persona jurídica.

Pero ante ilicitudes hay normas que, bajo la idea del "descorreimiento del velo" o de "la inoponibilidad de la personalidad jurídica", sin extinguir la sociedad imputan sus actos o responsabilidad, a un tercero por abuso de la funcionalidad societaria. Lo hacen los arts. 144 CCC y el art. 54 tanto de la actual LGS como del ALGS, que mejora la redacción.

Sólo agregaremos, de un tema que hemos trabajado[268], como cierre en el límite de este ensayo, aspectos de la inoponibilidad en palabras de Jesús Alfaro Aguila Real[269]: "Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. - Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad**,** los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. - *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el*

268 RICHARD, E.H. "Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010; y con José Luis PALAZZO: "El art. 144 Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)", en LA LEY año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016. En la publicación se omitió lo que los Autores habían incluído en el título ": ¿una travesura o una concepción integral sobre responsabilidad de funcionarios públicos por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo?". El Editor, a su vez, destaco inicialmente al texto "La imputación directa de la actuacion desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichas controlantes de derecho o de hecho queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, pero ello no implica que se anule la personalidad o que debe disolverse el ente. En rigor, lo que se pierde –en estos casos- es la división patrimonial de primer grado entre el sujeto de derecho y sus integrantes, fundada positivamente en los arts. 143 del Código Civil y Comercial –para todas las personas jurídicas- y 56 de la Ley General de Sociedades.

269 ALFARO AGUILA REAL, Alfaro "Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo" (i) | Nov 17, 2015 | Derecho Civil, Derecho Mercantil, Lecciones | 5 Comentarios en Almacén de Derecho.

grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo. - Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que las personas jurídicas son centros de imputación provisional (o, en otras palabras, centros de distribución de derechos y obligaciones) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en aislamiento*,* esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. - En este contexto, "levantar el velo" de la persona jurídica significa, en términos técnicos, *prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros***,** bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de: imputación donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de extensión de responsabilidad a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél**.** …". Cita a la jurisprudencia norteamericana "son casos (In Hystro Products, Inc. v. MNP Corp., 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir.Nos. 12-1351, 12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria "to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation.""

Hasta aquí estas deshilvanadas líneas –que hemos iniciado con referencias a la personalidad-, apoyando al ALGS en su completísima estructura, permitiéndonos mínimas observaciones para asegurar la funcionalidad del sistema, en el desarrollo económico de nuestra Patria, convencidos de que se trata de una reforma pergeñada en un sistema de libertad de organización, con escasos -pero precisos- limites a esa autonomía, de cuyo incumplimiento puede derivar responsabilidad de generarse daño, tema con el que hemos concluido este ensayo. Un ALGS integral, equilibrado, sobre el que valdrá la pena trabajar para perfeccionar nuestro sistema societario, aspecto que sin duda abordaremos -con o sin nueva ley- en el Congreso de Derecho Societario a realizarse en Córdoba -3/5 de octubre de 2023-.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA QUIEBRA POR INFRACAPITALIZACIÓN DE LA FALLIDA

Jorge F. FUSHIMI

Nota al fallo: INTERINDUMENTARIA SRL (S/QUIEBRA) C/FÁBREGAS, ERNESTO EMILIO Y OTROS S/ORDINARIO - CÁM. NAC. COM. - SALA D - 04/02/2020 – CITA DIGITAL EOLJU190145A – Publicado por ERREPAR

Resumen: Se revoca la sentencia que absolvió a los socios de una sociedad y se establece la responsabilidad societaria condenándolos a pagar solidariamente la suma correspondiente al pasivo falencial insoluto, intereses y costas. Se destacó que la infracapitalización sobreviniente de la sociedad determinó que pasó a ser una "sociedad fantasma", sin patrimonio que respalde sus operaciones frente a los acreedores. Y, frente a tal escenario, corresponde recordar que el principio de la responsabilidad limitada presupone que la sociedad debe contar con un capital adecuado para cumplir su objeto, de donde si ella aparece frente a terceros sin patrimonio que respalde sus operaciones, corresponde concluir que su personalidad ha constituido un recurso para violar la buena fe o para frustrar derechos de terceros y, en consecuencia, es posible imputar el daño sufrido por tales terceros a los socios.
Palabras claves: Sociedades – Infracapitalización - Responsabilidad de Administradores – Quiebra - Condena Solidaria.

Abstract: The sentence that acquitted the partners of a company is revoked and the corporate responsibility is established condemning them to pay jointly and severally the amount corresponding to the unpaid liability, interest and costs. It was highlighted that the undercapitalization of the company determined that it became a "ghost company", with no assets to support its operations against creditors. And, faced with such a scenario, it should be remembered that the principle of limited liability presupposes that the company must have adequate capital to fulfill its purpose, from which if it appears before third parties without equity to back its operations, it is appropriate to conclude that its Personality has constituted a resource to violate good faith or to frustrate the rights of third parties and, consequently, it is possible to attribute the damage suffered by such third parties to the partners.
Key words: Companies - Undercapitalization - Administrators Responsibility - Bankruptcy - Solidarity Sentence.

I - Introducción

Un meduloso y detallado fallo con voto fundante del doctor Pablo D. Heredia trae a colación un tema que es ampliamente discutido en la doctrina nacional e incluso internacional acerca de la responsabilidad que les cabe a los administradores por los efectos perniciosos de la infracapitalización en la quiebra. No es ese el único tema de debate (aunque sí es el más extensamente tratado), también se discuten cuestiones sobre control societario y sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica, extremos todos estos traídos a colación por la demanda

incoada por la sindicatura en contra de dos personas humanas y a tres sociedades supuestamente vinculadas a la fallida.

Consideramos un auténtico honor que la Redacción de DSCE nos haya invitado a colaborar comentando una sentencia tan rica en cuestiones de derecho societario, tratadas de la manera exhaustiva que cabe esperar de una resolución con el voto del referido doctor Heredia.

II - Los hechos que motivan la apelación

La sindicatura de la quiebra de Interindumentaria SRL promovió demanda de responsabilidad societaria en contra de los señores Ernesto E. Fábregas y Clara M. Soares Gache de Fábregas, para que se los condene a pagar solidariamente la suma correspondiente al pasivo falencial insoluto, intereses y costas. Los demandados eran socios controlantes y administradores de hecho de la fallida. Además, la sindicatura alega que las mismas personas humanas son controlantes internos y/o externos de tres sociedades más: E. F. SA; la Artesana SA y Grupo Inversor Argentino SA, que también son demandadas. Las causas invocadas para la procedencia de la acción de responsabilidad son: infracapitalización de la sociedad fallida, ocultamiento de libros de la fallida, sobreendeudamiento; desaparición de activos y disposición de inmuebles sin contraprestación alguna, fabricación de créditos ficticios a favor de integrantes del grupo y/o empleados; trasvasamiento de actividad a beneficio de otra sociedad del grupo.

La sentencia de primera instancia es desfavorable a la pretensión de la sindicatura falencial de Interindumentaria SRL, rechazó la demanda en todas sus partes y absolvió a los demandados (personas humanas y jurídicas), con costas a la sociedad fallida.

La sindicatura de Interindumentaria SRL interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y expresó agravios. Estos fueron rebatidos por las dos personas humanas (Fábregas y Soares Gache de Fábregas) y la sociedad E. F. SA. La contestación de agravios de Grupo Inversor Argentino SA fue desglosada por tardía.

El Ministerio Público Fiscal intervino y solicitó la revocación del fallo apelado explicando sus propias razones. Por ello, la Cámara de Apelaciones dicta la resolución que trataremos de analizar.

III - Una cuestión terminológica necesaria: insolvencia, cesación de pagos y pérdida de capital

La doctrina, en general, emplea de manera indistinta las expresiones “insolvencia” y “cesación de pagos”[270]. Esto es un grave error. La insolvencia es sinónimo de pérdida de capital y es un fenómeno económico, mientras que la cesación de pagos es un fenómeno financiero que no necesariamente está asociado a los resultados económicos.

En los hechos, el capital social solo tiene entidad en el momento de la constitución de la sociedad. En ese preciso instante, se verifica una relación que no se repetirá, salvo por azar, y es

270 Nos ocupamos de este tema en Fushimi, Jorge F.: “Insolvencia, pérdida de capital, cesación de pagos y otras cuestiones vinculadas” - VIII Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República - Córdoba - 28 y 29/4/2016. Publicada en la revista de ponencias de la Jornada, págs. 5 a 14. Y posteriormente en Fushimi, Jorge F.: “La pérdida del capital social, insolvencia y operación acordeón a partir del anteproyecto de reforma a la ley general de sociedades” - XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario - Rosario - 4, 5 y 6/9/2019. Publicado en el Libro de Ponencias del Congreso (“Hacia un nuevo Derecho Societario”) -Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario - Ed. Advocatus - Córdoba - 2019 - T. III - págs. 1953/64

que el activo será matemáticamente igual al capital social, y el capital social será matemáticamente igual al patrimonio neto. A partir del inicio de las actividades económicas del ente, el capital continuará inalterable y los cambios que se producen en el activo y el pasivo no se reflejarán en él, sino en otras cuentas del patrimonio neto.

Es decir, a diferencia del capital que es una cifra estática e inalterable, que está blindada jurídicamente para dificultar tanto su aumento como su reducción, lo dinámico son las otras cuentas del patrimonio neto. En particular, la cuenta donde se reflejan los resultados (pérdidas o ganancias) del ejercicio y las acumuladas. Así, el capital social pierde su densidad ontológica y se convierte en una cifra que aritméticamente tiene existencia, pero no refleja nada. Lo que verdaderamente refleja la situación de la empresa es el patrimonio neto en pleno. Es decir, la diferencia resultante entre activo y pasivo.

Sin embargo, es la más importante referencia del patrimonio neto. Porque en ningún momento el patrimonio neto puede ser inferior al capital, sin que la sociedad deba adoptar alguna decisión al respecto. Si la cuenta de resultados acumulados (única cuenta dentro del patrimonio neto que admite cifras positivas y negativas) es negativa, y de un monto tal que resulte que el patrimonio neto sea menor que el capital, lo correcto es reducir el capital por pérdidas, aunque esta es una decisión social voluntaria.

Si las pérdidas insumen la totalidad de las reservas y la mitad del capital, estaremos frente a una causal de reducción obligatoria de capital.

Pero, en cualquier caso en el que el patrimonio neto sea menor que el capital, ya comenzó la pérdida del capital social.

La pérdida total se produce cuando las pérdidas o quebrantos acumulados (cifras negativas del patrimonio neto) igualan o superan a la suma de todas las cifras positivas del patrimonio neto (capital social, ajuste del capital, aportes irrevocables y reservas). También ello se refleja porque, al ser el patrimonio neto igual a cero, o negativo, el pasivo será igual o mayor que el activo.[271]

Cuando el capital está perdido, es decir, las pérdidas acumuladas son iguales o superiores a él (y las cuentas equiparables al capital) y las reservas, la constatación es muy simple porque, como indicamos, en el patrimonio neto se mostrará una cifra negativa y el activo será igual o menor que el pasivo. Esta hipótesis es la insolvencia. Cuando el pasivo iguala o supera al activo, estamos frente a la situación de insolvencia, que bien diferente es a la cesación de pagos, que es una situación financiera generalizada y permanente, pero según la cual el pasivo corriente es mayor que el activo corriente (capital de trabajo negativo), de tal manera que podemos tener cesación de pagos con o sin insolvencia. El propio U. S. Code of Bankruptcy así lo define[272]: "*El término 'insolvente' significa: (A) En relación con una entidad distinta de una sociedad de personas y de una municipalidad, la situación financiera en la cual la suma de las deudas de dicha entidad es mayor que todos sus activos, valorizados en forma justa.*

271 Lo explicamos en Fushimi, Jorge F.: "El reintegro de capital solo es posible como operación acordeón" - DSCE - Errepar - Nº 323 - octubre/2014 - págs. 1015 a 1034

272 En la versión original (partes pertinentes): Chapter 1: General Provisions; Section 101: Definitions: "The term 'insolvent' means - (A) with reference to an entity other than a partnership and a municipality, financial condition such that the sum of such entity's debts is greater than all of such entity's property, at a fair valuation … (B) with reference to a partnership, financial condition such that the sum of such partnership's debts is greater than the aggregate of, at a fair valuation - (i) all of such partnership's property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph (A)(i) of this paragraph; and (ii) the sum of the excess of the value of each general partner's nonpartnership property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph (A) of this paragraph, over such partner's nonpartnership debts"

… (B) Con referencia a una sociedad de personas, la situación financiera según la cual la suma de las deudas de esa sociedad de personas es mayor que el total de: (i) la totalidad de los bienes de esa sociedad de personas valorizados en forma justa … y (ii) la suma del excedente del valor de los bienes no societarios de cada uno de los socios solidarios…"[273]. Quizás equiparando los términos "cesación de pagos" e "insolvencia" (para nosotros, diferentes), Araya se manifiesta y explica en contra[274] y distingue entre "pérdida de capital" e "insolvencia", equiparando a esta última con cesación de pagos.

IV - La infracapitalización como causa de responsabilidad de los administradores sociales y de los socios controlantes (el primer agravio de la sindicatura)

IV - 1. Diferencias entre la responsabilidad del socio (controlante) y de los administradores

La sentencia que analizamos marca con claridad los diferentes alcances de la responsabilidad de los socios por la infracapitalización material, quienes -dice- deben responder no solo hasta el límite de los activos con los que debieron dotar al ente, sino que deben hacerlo por el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, respecto de la responsabilidad de los administradores. Para estos últimos, sostiene la sentencia, al haberse entablado la demanda por la sindicatura sobre la base de los artículos 59 y 274 de la ley 19550, es decir, como acción social de responsabilidad ejercida por el representante del concurso en los términos de los artículos 278 de la ley 19550 y 175 de la ley 24522, el daño indemnizable no está limitado al pasivo de la quiebra, sino que deben responder por todo el perjuicio sufrido por la sociedad y, si la indemnización fuese mayor que el pasivo social, existirá un remanente que deberá ser entregado al deudor, es decir, a la sociedad fallida. Sin embargo, agrega el vocal preopinante, dado que la sindicatura solo demandó hasta el monto insoluto del pasivo social, por aplicación del principio de congruencia, la sentencia no podrá ir más allá de lo demandado. Resalta el fallo que -en este caso- las personas humanas socios y controlantes de la fallida son -simultáneamente- sus administradores (*de jure o* de facto), pero -de haber sido personas diferentes, obviamente con patrimonios diferentes- la solución hubiera sido tratar la responsabilidad de cada uno de manera diferenciada.

IV - 2. Infracapitalización formal o nominal e infracapitalización material

El fallo que analizamos expresa que la infracapitalización formal es aquella que resulta insuficiente para la realización de la actividad social, pero se financia a través de préstamos que realizan los socios a la sociedad. Aclara que el principal problema de estos créditos en la quiebra se produce cuando tienen intención de participar pari passu con los demás acreedores, pero que ello puede ser resuelto en gran medida al tratar a los créditos de tales socios como préstamos sustitutivos de capital.

273 Dasso, Ariel G.: "Código de Quiebras de los Estados Unidos de América" - Ed. Erreius - Bs. As. - 2014 - pág. 27

274 Araya, Miguel C.: "Pérdida del capital social e insolvencia" - LL-2005-F, 1271: "A los fines de este estudio, ante todo corresponde distinguir la pérdida de capital, de la insolvencia, ya que no son conceptos idénticos. La pérdida de capital social se caracteriza por la disminución del patrimonio neto, precisamente en razón de las pérdidas de ejercicio, que cuando alcanzan cierta envergadura (art. 206, LSC) imponen su reducción y, si son totales, la disolución de la sociedad salvo medidas alternativas [art. 94, inc. 5), LSC] … En cambio, la insolvencia se caracteriza por un estado del patrimonio social, que se manifiesta por la imposibilidad de hacer frente, en forma regular, a las obligaciones exigibles (art. 1, LCQ) … La primera de ellas se manifiesta a partir de la aprobación de los estados contables y, en consecuencia, es una noción jurídico-contable, mientras la segunda es una noción económico-financiera … Si bien normalmente la pérdida de capital social precede a la insolvencia, ambos conceptos no son equivalentes y, en consecuencia, puede haber pérdida de capital sin insolvencia y viceversa"

Otra opción sería considerarlos como créditos subordinados, lo cual ofrece el proyecto de reformas a la LGS de los doctores Ragazzi, Manóvil, Rovira, Rivera, Calcaterra y Liendo Arce. Queremos decir con esto que, en el sistema legal privado, no han sido tratados los créditos subordinados más que de manera genérica y no han tenido -aún- más recepción que en la ley concursal, artículos 41 y 250 de la LCQ y artículos 1696 y 2575 del CCyCo. Esto es, solo se ha previsto la subordinación contractual, pero no hay casos de subordinación legal, como lo propone el proyecto referido del año 2019. En la legislación concursal española[275], la subordinación ha tenido expresa cabida, tal como se manifiesta en su exposición de motivos: "La subordinación por motivo de especiales relaciones personales con el concursado no solo se basa en las de parentesco o de convivencia de hecho, sino que, en caso de persona jurídica, se extiende a los socios con responsabilidad por las deudas sociales o con una participación significativa en el capital social, así como a los administradores de derecho o de hecho, a los liquidadores y a las sociedades del mismo grupo. En todo caso, la clasificación afecta también a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado si la adquisición se produce dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso".

En ambos casos, se estaría cambiando la naturaleza del desembolso efectuado por el socio e incluido en el pasivo, en un caso transmutando un crédito en aporte social (solución planteada en la sentencia) y, en el segundo, de crédito quirografario (o privilegiado como lo admite el propio fallo) a crédito subordinado (nuestra propuesta, siguiendo el modelo español).

Como sea, la cuestión no es de fácil resolución y así lo reconocen autores como Fernández Torres y Martínez Rosado[276] desde la doctrina española.

Por otra parte, explica que la infracapitalización material (que -dice- es la que interesa en el fallo en cuestión) se refiere a la situación que se da cuando el capital propio de la sociedad no es suficiente para satisfacer, de acuerdo con el tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o

275 La ley concursal del Reino de España prevé que son créditos subordinados [art. 92 inc. 5)]: 5. Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1 cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1 y 3 que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican. El art. 93, inc. 2), apartados 1, 2 y 3, definen como personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1. Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior. 2. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el art. 71 bis o la disposición adicional cuarta, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un convenio concursal y, aunque hayan asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo o convenio. Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscripto un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad, salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición. 3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que estos reúnan las mismas condiciones que en el número 1 de este apartado.

276 Fernández Torres, Isabel y Martínez Rosado, Javier en Alonso Ledesma, Carmen (Dir.) y Fernández Torres, Isabel (Coord.): "Derecho de Sociedades" - Cap. "Sociedades de capital (II): estructura de capital" - Ed. Atelier - Barcelona - 2014

propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros.

Nada tenemos que observar en relación con la distinción y los conceptos vertidos por la sentencia analizada.

Sin embargo, debemos preguntarnos algunas cosas y, en este orden de ideas, seguimos el estupendo trabajo de Otxoa-Errarte Goikoetxea[277]: ¿qué queremos decir, realmente, con infracapitalización? La profesora de la Universidad del País Vasco menciona al menos cinco conceptos diferentes de definición de la infracapitalización, dados por la doctrina española:

I. *Infracapitalización como desproporción entre el capital propio y el objeto social determinado en los estatutos*: este es el concepto que sostiene, por ejemplo, nuevamente la Inspección General de Justicia a partir de la resolución general 5/2020, que restablece la obligación de que -al momento de constituir la sociedad- deba existir una adecuada relación entre el capital social y el objeto social, derogando así la resolución general (IGJ) 8/2016 y restableciendo la vigencia de los artículos 66 y 67 de la resolución general (IGJ) 7/2005.

II. *Infracapitalización como desproporción entre el capital propio y el volumen/tipo de negocio*: hay una ligera diferencia respecto del punto anterior, que trabaja sobre el objeto social propio de la sociedad, mientras que aquí se alude a una relación respecto del volumen del negocio emprendido (a mayor volumen de negocios, mayor necesidad de capital propio) o al tipo genérico de negocios (es razonable imaginar que una empresa de transporte aéreo de pasajeros precisará de más capital que un kiosco polirrubro). Así, por ejemplo, lo conceptualiza Paz Ares[278] al expresar: "*La infracapitalización materia … responde a situaciones en las que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada*", aunque luego afirmará: "*En todos los supuestos de infracapitalización -material o nominal- se produce una desproporción entre capital escriturado y objeto social*".

III. *Infracapitalización como desproporción entre capital propio y capital ajeno*: esta medida surge de la medición de la relación existente entre capital propio (patrimonio neto) y capital ajeno (pasivo total). Al ratio que surge de dividir el pasivo por el patrimonio neto se le llama "ratio de endeudamiento total", siendo la fórmula:

$$\text{Endeudamiento total} = \frac{\text{Pasivo total (corriente + no corriente)}}{\text{Patrimonio neto}} \times 100$$

[El resultado debe leerse en %]

Se dice, habitualmente, que una relación adecuada debería ser menor que cien (es decir que al menos el patrimonio neto sea mayor que el pasivo), ya que ello implica que el activo cubre con creces al pasivo y también se afirma que una relación óptima sería de alrededor del 50%, ya que así el patrimonio neto rondaría al doble del pasivo total. Sin embargo, se señala que esta no es una buena forma de definir a la infracapitalización.

IV. *Infracapitalización como desproporción entre capital propio y riesgo empresarial*: en este

277 Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa: "La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad" - 2ª ed. - Ed. Aranzadi- Thomson Reuters - Cizur Menor (Navarra) - España - 2011 - pág. 140 y ss.

278 Paz-Ares Rodríguez, José C.: "Sobre la infracapitalización de las sociedades" en Anuario de Derecho Civil - vol. 36 - Nº 4 - 1983 - págs. 1587 a 1640

concepto de infracapitalización, se sostiene que hay infracapitalización cuando se cubre inadecuadamente el riesgo generado por el proyecto empresarial impulsado por la sociedad[279]. En esencia, una actividad empresarial riesgosa requiere una mayor dotación de capital. Entiéndase "actividad riesgosa" desde diversos ángulos, porque podría ser riesgo financiero (*hedge funds*, por ejemplo) o riesgo inherente a la actividad (centros médicos, centrales nucleares, compañías aseguradoras), entre otras opciones. El riesgo no necesariamente debe ser cubierto con capital propio, para eso también existen los contratos de seguros.

V. *Infracapitalización como necesidad de financiación e incapacidad para obtenerla en las condiciones de mercado*: siguiendo a Otxoa-Errarte Goicoetxea[280], tomamos su definición: *"Una sociedad está infracapitalizada, según esta propuesta, cuando el capital propio, visto su plan de financiación, no basta para las necesidades financieras que a medio y largo plazo, atendiendo a su tipo y magnitud, presenta la empresa societaria y cuando es imposible obtener de terceros los fondos adicionales necesarios*". Esta definición se topa con la idea de que la empresa deberá presentar un plan financiero plurianual para determinar las necesidades financieras y las posibilidades de su financiación por parte de terceros.

IV - 3. Infracapitalización y responsabilidad de los socios

El fallo bajo análisis explica con claridad que "*la infracapitalización material se refiere generalmente a la extensión de responsabilidad de la sociedad a los socios como expresión de la vulneración del deber general que tienen de mantener una capitalización adecuada, en el entendimiento de que, cuando no han capitalizado adecuadamente a la sociedad, no pueden alegar, frente a la reclamación de terceros, la exclusión de una responsabilidad personal. Es decir, la subcapitalización material alude a una responsabilidad por lesión del interés de aquellos que ven insatisfechos sus créditos a causa de la insuficiencia patrimonial derivada de no haber mantenido los socios una estructura de capital con entidad adecuada para soportar la actividad o inversión efectivamente realizada por el ente*". Se recepta así la tesis de que la correcta dotación de capital es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad. Desde los primeros análisis de la ley societaria, se ha admitido que el capital constituye "*una cantidad que indica el límite de responsabilidad que sumen los asociados y a través del cual se trata de garantizar a los acreedores, en cuanto ello sea posible, la existencia de un activo que responde a las necesidades del pasivo*"[281]. Halperín[282] nos informaba que Ballantine señalaba que "*se conforma a la función del capital: 1. establece y mantiene una base de responsabilidad financiera hacia los acreedores como una condición del privilegio de la responsabilidad limitada…*". Esta tesis ha sido siempre la base de la denominada "función de garantía" que cumple el capital social, en especial en aquellas sociedades en las que los socios limitan su responsabilidad. Puede corroborarse ello en el hecho de que las sociedades denominadas "de personas" prácticamente no tienen mayores referencias al capital social, salvo en aspectos puntuales, a diferencia de lo que ocurre con las SRL y las sociedades por acciones.

279 Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa: "La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su Sociedad" - 2ª ed. - Ed. Aranzadi- Thomson Reuters - Cizur Menor (Navarra) - España - 2011 - pág. 143

280 Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa: "La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su Sociedad" - 2ª ed. - Ed. Aranzadi- Thomson Reuters - Cizur Menor (Navarra) - España - 2011 - pág. 144

281 Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael M.; Ragazzi, Guillermo E. y Rovira, Alfredo L.: "Cuadernos de Derecho Societario" - T. II, 2ª parte: Sociedades por acciones - Ed. Abeledo Perrot - Bs. As. - 1976 - pág. 112

282 Halperín, Isaac: "Sociedades anónimas: análisis crítico del decreto-ley 19550" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1974 - pág. 196 - nota 10. Cita a Ballantine, Henry Winthrop: "On corporations" - Chicago - 1946 - 243

Desde un punto de vista económico, se podría afirmar que la sociedad externaliza el riesgo empresario y una parte de ese costo es asumido por la sociedad[283] a cambio de una suficiente dotación de capital social, que garantice la minimización de ese costo. Ahora, un criterio de racionalidad económica nos orienta a pensar que, dadas las ventajas que implica la externalización del riesgo, los socios y los administradores sociales se verán inclinados a minimizar el aporte social formativo del capital social, porque de esa manera maximizarían la utilidad del ente y la suya propia. Allí es donde interviene primero, el texto legal que garantice los principios de suficiencia mínima del capital (de allí que existan capitales mínimos fijados por ley), de intangibilidad y de debida formación; luego la autoridad de contralor, al momento de la constitución de la sociedad (si no se encontrara sometida a fiscalización estatal permanente) y a lo largo de toda su vida, si estuviese incluida en las disposiciones del artículo 244 de la LGS y, finalmente, los jueces cuando deben resolver conflictos societarios internos (si el ente estuviera *in bonis*) o en los procesos concursales. Las autoridades de contralor operativo conforme al objeto social también ejercen controles activos sobre la suficiencia del capital, entre los que citamos la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central de la República Argentina o la Superintendencia de Seguros de la Nación (y la Superintendencia de ART), aunque son facultades limitadas solo a aquellas sociedades que caen bajo su supervisión directa. La sentencia en el caso Interindumentaria SRL recepta esta teoría y expresa en tal sentido: "*En situación de quiebra social, la infracapitalización material puede justificar la promoción de las acciones de responsabilidad societaria o concursal*".

IV - 4. Los problemas que acarrea la infracapitalización

La Sala D de la CNCom. señala que, con la infracapitalización, se plantean dos problemas que analizaremos por separado:

IV - 4.1. Medición de la insolvencia: el primero de los problemas advertidos, en relación con otros actores societarios (no controlantes, ni administradores), señalado por el fallo analizado, es la fijación de los parámetros aplicables, dado que no existen claros y unívocos criterios económicos que indiquen cuál es el índice de capitalización adecuado o cuál debe ser el índice de solvencia mínimo que ha de requerir la estructura económica de una sociedad. Alguna vez hemos explicado que un test de insolvencia (*equity insolvency test*) es de compleja construcción y no permite la toma de decisiones en las denominadas "zonas grises" o "zona de insolvencia" (o de preinsolvencia)[284]. Agregábamos por aquel entonces que la cuestión del test de insolvencia para determinar la situación financiera del ente bajo análisis requiere algunos presupuestos rígidos fundamentales: 1. información económica financiera perfectamente confiable, accesible y transparente; 2. informes confiables de auditores; 3. perfecta formación en materia de análisis económico de los asesores de los inversores en las sociedades; 4. transparencia en las prácticas del gobierno corporativo; 5. confiable y profesional actuación del órgano de fiscalización o control.

Sin embargo, aun dando por sentados los condicionantes precedentes (comunes, por otra parte, a todo el sistema societario), algunos estudios empíricos han demostrado la inestabilidad de estas mediciones, tal el caso del trabajo publicado por catedráticos de la Universidad de Castilla La

283 Cfr. Sánchez Rius, Heliodoro: "El capital social. Presente y futuro" - Ed. Civitas - Thomson Reuters - Cizur Menor (Navarra) - 2012 - pág. 70

284 Fushimi, Jorge F.: "El capital social de las sociedades anónimas en el derecho comparado (crisis del capital. Modelos alternativos en el derecho comparado. Un análisis crítico con punto de partida en la legislación nacional)" - Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones - noviembre-diciembre/2011 - vol. 2011-B - págs. 821 a 850

Mancha[285], quienes demuestran, mediante las dificultades que derivan de la aplicación de modelos de predicción, el fracaso empresarial (test de insolvencia). Otro notable trabajo es "Termómetro de insolvencia de Kanitz"[286], el cual demuestra el complejo análisis que subyace sobre una formulación matemática relativamente simple que, si bien los autores prueban la sencillez de su aplicación, al mismo tiempo dejan expresa constancia de la necesidad de contar con suficiente y confiable información contable.

La realidad es que los métodos de medición del fracaso empresario (*insolvency test*) son sumamente complejos y requieren un gran flujo de información contable confiable, lo que de por sí es difícil de lograr en ciertos niveles societarios. Requieren además un sistema de transparencia de la información general de la sociedad, a lo que todas las empresas son reacias a brindar y, luego, cuando los entes entran en la zona de crisis, difícilmente puedan dar una medición exacta (de allí la referencia a los estudios citados más arriba), ya que es el punto donde diferentes tests suelen mostrar información contradictoria. El propio RMBCA[287], en la sección 6.40, relativiza la importancia de los tests de insolvencia y expresa que, solo cuando las circunstancias indiquen que la sociedad se enfrenta a dificultades o se encuentra en una posición incierta en relación con su liquidez, es posible que tenga que abordarse el tema del test. Por ello, no es que exista un único "test de insolvencia", sino que se debe aplicar una batería de indicadores y mediciones a fin de evitar los errores comunes en la zona de preinsolvencia, donde unos indicadores pueden determinar que aún no se incurrió en insolvencia y otros que sí.

En el caso analizado, la Cámara expresa que los apelados no solo no recurrieron las afirmaciones vertidas por el a quo, en el sentido de que la infracapitalización estaba "sobradamente acreditada" y que era "evidente", sino que tampoco refutaron los agravios de la sindicatura apelante que atribuía tal fenómeno a la fallida.

IV - 4.2. La negación del concepto de socio como "inversor": este es el segundo problema señalado por la CNCom., Sala D, que se explica de la siguiente manera: "*La negación del concepto de socio como 'inversor' que aporta el capital esencial dentro de un sistema de financiación empresarial, ya que en las sociedades de cuotas o capital, si el socio pierde su derecho a limitar la responsabilidad para responder al daño a terceros que causa la subcapitalización, el lógico efecto negativo es la pérdida de incentivos para invertir en tal tipo de sociedades*". Esto es verdad en los casos en los que las sociedades poseen un número relevante de socios, algunos de los cuales son meros aportantes de capital sin otra participación social que en la percepción de dividendos o en alguna reunión de socios o asamblea en la que se trate la cuestión. En general, en las sociedades de la República Argentina, el fenómeno no es frecuente: el sistema de constitución societaria por suscripción pública no ha tenido empleo, y las sociedades cotizadas solo ascienden a ciento uno (nuestra cuenta a abril de 2019), por lo que en ello fundamos la afirmación. No obstante, no se puede descartar la posibilidad y debe ser analizada por la Cámara, la que al respecto señaló que, tratándose de una sociedad cerrada, de solo dos socios, donde ambos están involucrados en la administración y gestión del ente, no es posible pensar que los mismos sean meros inversores: "*Por el contrario, la problemática no se plantea con igual proyección cuando se trata de la 'pequeña*

285 Manzaneque Lizano, Montserrat; Banegas Ochovo, Regino y Rojas Tercero, José A.: "Inestabilidad de los modelos de predicción del fracaso empresarial. Existencia de diferentes niveles de fracaso empresarial" - Universidad Pablo de Olavide - Sevilla - www.upo.es

286 Kassai, José R. y Kassai, Silvia: "Desvendando el termómetro de Kanitz" - Revista Técnica Administrativa del 15/9/2003 - vol. 3 - N° 1. "El trabajo gira alrededor de cómo está conformado el termómetro de insolvencia de Kanitz, utilizado para prever la insolvencia de las empresas", principalmente en Brasil

287 RMBCA: Revised Model Business Corporation Act - American Bar Association

sociedad' o de la llamada 'sociedad cerrada' en la que, a diferencia de las sociedades abiertas o grandes sociedades, los socios usualmente confunden su condición de tales con el ejercicio de cierta capacidad gestora, lo que lleva implicaciones que van más allá de la mera actitud pasiva típica del inversor". Hallamos razón a la sentencia analizada, toda vez que la atribución de responsabilidad a los socios inversores no incidirá de manera negativa restringiendo el acceso a la financiación por socios inversores.

IV - 5. La inoponibilidad de la personalidad jurídica como remedio

El voto fundante continúa expresando que "*no hay óbice en el especial caso de autos para desestimar la personalidad jurídica de la referida sociedad e imputar personal responsabilidad a Ernesto E. Fábregas y a Clara M. Soares Gache de Fábregas, en forma solidaria, por la no discutida infracapitalización de Interindumentaria SRL, de la que indudablemente fueron sus artífices en ejercicio de un innegable poder de gestión o de decisión respecto de la entidad*". En relación con la forma de afrontar la responsabilidad por la infracapitalización, la Cámara opta por el remedio de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que -siguiendo a Paz Ares y a Otxoa-Errarte Goikoetxea[288]- es el método escogido de atribución de responsabilidad tanto del sistema anglosajón como de la doctrina alemana anterior. Sin embargo, sostienen los referidos autores que existe una tendencia creciente a "*canalizar el control de la infracapitalización a través de la elaboración de fundamentos autónomos, totalmente al margen de la personalidad jurídica*"[289]. No es nuestra intención ingresar en este debate, sin embargo, valga decir que la sociedad que actúa infracapitalizada, a sabiendas de que lo está, y que termina ocasionando perjuicios a través de su quiebra, engasta en la hipótesis del último párrafo del artículo 54 de la LGS.

IV- 6. La maniobra generadora de la infracapitalización

Según surge de los hechos descriptos por el vocal preopinante, la fallida se desprendió de un inmueble (aparentemente valioso) sin que se produjera de manera evidente un ingreso de otro activo en canje (dinero, crédito). La cesión se hizo de Interindumentaria SRL a favor de E. F. SA y, posteriormente, esta lo hipotecó para garantizar obligaciones de la fallida, lo que la lleva a sostener que, con ello, el inmueble continuó cumpliendo con su función de garantía patrimonial, por lo que no existiría responsabilidad al respecto. Con acierto, el fallo analizado sostiene que ello no evita la infracapitalización, ya que -conforme a tales actos- como mucho el inmueble serviría de garantía a los acreedores garantizados con hipoteca, pero a ningún otro de la fallida, al haber salido de su patrimonio.

Desde un punto de vista económico contable, la salida de un inmueble no debería ser causa de descapitalización del vendedor, toda vez que el producido que ingresa compensa la baja y -eventualmente- esos fondos pueden ser utilizados para adquirir otro u otros activos, o para cancelar pasivos. En ninguno de los dos casos habría perjuicio. Sí, en cambio, hay perjuicio si no ingresa al activo una contrapartida equivalente. La lectura del fallo permite inferir que ello no ocurrió. Ello lleva a la Cámara a expresar: "*En suma, lo constatado en autos ha sido el desprendimiento de Interindumentaria SRL de sus activos más importantes con el efecto, según conclusión de primera instancia tampoco cuestionada en esta Alzada, de que el capital arriesgado por sus socios se tornó desproporcionadamente reducido considerando su objeto social y nivel de*

288 Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa: "La responsabilidad de los socios por la infracapitalización de su sociedad" - 2ª ed. - Ed. Aranzadi- Thomson Reuters - Cizur Menor (Navarra) - España - 2011 - pág. 246 y ss., quien examina con detenimiento las diversas teorías alemanas contemporáneas

289 Paz-Ares Rodríguez, José C.: "Sobre la infracapitalización de las sociedades" en Anuario de Derecho Civil - vol. 36 - Nº 4 - 1983 - pág. 1591

actividad". Por otro lado, no deja de ser significativo que la persona jurídica compradora acepte hipotecar su inmueble en beneficio de la vendedora. No al menos sin que exista una estrecha relación entre ambas sociedades.

V - El segundo agravio de la sindicatura

El cuidadoso análisis del primer agravio permite a la Cámara declarar "*de abstracto tratamiento el segundo agravio de la sindicatura demandante que, precisamente, se expresó para cuestionar el rechazo que la sentencia apelada hizo de la imputación levantada contra Ernesto E. Fábregas y Clara M. Soares Gache de Fábregas por ocultación de libros societarios, sobreendeudamiento, desaparición de activos, fabricación de créditos ficticios, etc., sea como administradores de iure, esto es, gerentes de Interindumentaria SRL desde el 19/3/1999 hasta la declaración de falencia, o bien como administradores de hecho en igual lapso*". Este agravio no fue de recepción, pero por su abstracción, atento a que la condena por infracapitalización de alguna manera deja sin sustento todos los demás reclamos efectuados por la sindicatura, al subsumir a todos los actos enumerados dentro de la responsabilidad general atribuida. Es decir, si son responsables por la infracapitalización societaria, carece de sentido y sería abstracto tratar otras causales adicionales de responsabilidad como administradores sociales, sea de facto, sea de jure.

VI - El tercer agravio

La sindicatura también demandó a los dos socios y administradores de la fallida como controlantes de las sociedades E. F. SA, La Artesana SA y Grupo Inversor Argentino SA, todas las cuales, junto a Interindumentaria SRL, constituyen -a juicio de la sindicatura- un grupo económico. El grupo "Fábregas". Similar argumento que en el caso anterior lleva a rechazar este agravio. En efecto, aun cuando se dieran las condiciones para la existencia de un grupo económico y los demandados por responsabilidad, carece de significado condenar a los controlantes de Interindumentaria SRL como tales y como controlantes de las demás sociedades que integran el grupo.

VII - El cuarto agravio: inoponibilidad de la personalidad jurídica de las demás sociedades integrantes del grupo

Así lo explica la sentencia analizada: "*La demanda incluyó, como última pretensión, la declaración de inoponibilidad de las personalidades jurídicas correspondientes a E. F. SA, La Artesana SA y Grupo Inversor Argentino SA a fin de que la titularidad de cierto inmueble (que sucesivamente fue adquirido por las citadas sociedades) se impute a Ernesto E. Fábregas y Clara M. Soares Gache de Fábregas*". La sindicatura explica que el inmueble referido más arriba pasó de la fallida a E. F. SA (esta sociedad integrada exclusivamente por las dos personas humanas demandadas en autos), luego de esta a La Artesana SA y de esta a Grupo Inversor Argentino, que fue la sociedad que luego garantizó con hipoteca constituida sobre el mismo inmueble obligaciones asumidas por Interindumentaria SRL.

Y, respecto de las dos últimas (La Artesana SA y Grupo Inversor Argentino), la sindicatura no ha podido probar que fueran integradas, controladas, administradas o representadas por las personas

humanas en cuestión, ni tampoco pudo acreditar la existencia de una dirección oculta por parte de estas. La Cámara reconoce las dificultades para acreditar la existencia de una dirección o conducción oculta, pero expresa que la prueba rendida ha sido insuficiente para acreditar la existencia del grupo. "*Por lo que toca al caso, la sindicatura demandante lejos ha estado de tener éxito en este aspecto. Solo ha invocado en su demanda elementos de juicio (únicos que esta sentencia puede tener en cuenta) largamente insuficientes para establecer la presencia de un control por parte de aquellos o, lo que es lo mismo, la presencia de la aludida dirección oculta, incluso si tales elementos se entendiesen suficientemente probados*".

Lo expresado lleva a que la Cámara rechace el agravio de la sindicatura en relación con La Artesana SA y Grupo Inversor Argentino SA, pero respecto a E. F. SA lo admite.

VIII - Conclusión

Consideramos que es un fallo relevante, puesto que recepta la posición largamente sostenida por Efraín Hugo Richard[290], en el sentido de que existe un deber societario de prevenir el daño a terceros y de capitalizar al ente cuando este ingresa en área de insolvencia. Tal vez no sea el primer fallo en la materia[291], pero sí es destacable la precisión con la que se trata el tema y se delimita la correcta aplicación de la causa de responsabilidad. No estamos refiriéndonos a las crisis empresarias que se desatan con motivos ajenos a la administración y los socios (como podría ser el caso de una empresa fuertemente endeudada en divisa extranjera por haber invertido en equipos y maquinaria, pero que administra internamente, o que padece una importante caída de ventas con motivo de la recesión general, o hipótesis similar[292]), sino a aquellos casos en los que los socios controlantes y los administradores (de jure o de facto) saben, conocen, entienden que la sociedad se encuentra infracapitalizada y aun así continúan actuando sin adoptar recaudos al respecto.

También sabemos que la adhesión a la tesis de la infracapitalización como factor de atribución de responsabilidad es discutida en la doctrina comercial y, en diversos eventos académicos, es fácil advertir las posiciones encontradas entre "concursalistas" y "societaristas". Un ejemplo de lo dicho en Dasso (Ariel Gustavo)[293], quien habla del "mito de la infracapitalización", y también en Dasso

290 Richard, Efraín H.: "La pérdida del capital social, el daño a los acreedores y la responsabilidad de administradores y socios a la luz del Código Civil y Comercial y la ley general de sociedades" en "Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación" - Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas - Bs. As. - 2016 - pág. 565: "Concurso y daño. El tema a seguir debatiendo se centra en: a) Que en el concurso de sociedades hay que tener en cuenta las normas de la ley específica que las regula. b) Que no puede trasladarse todo el daño que genera la crisis a los acreedores, imponiendo el esfuerzo compartido de socios junto a los acreedores.c) Que siempre es posible el concurso de una sociedad. d) Que frente a homologación de acuerdos violatorios de la ley societaria siempre caben acciones de responsabilidad a promover por los dañados privada y extraconcursalmente"

291 Solo a vuelo de pájaro, trabajan sobre la misma tesis: CNCiv. - Sala C - 30/8/2017: "Von Sanden de Klein, Rosa C. c/Angelino, Miguel Á. y otros s/ daños y perjuicios"; CNCom. - Sala F - 13/5/2014: "Víctor Carballude SRL s/quiebra. Incidente (de inoponibilidad de persona jurídica)"; CNCom. - Sala D - 4/2/2013: "Instituto Ítalo Argentino de Seguros Generales SA c/Giorgetti, Héctor Norberto y otros s/ordinario"; desde lo laboral: Cám. Civ. Com. y Lab. Rafaela - 30/5/2017: "Aicardi, Roberto c/Calleri Industrial y Comercial SRL s/cobro de pesos - laboral"; CNTrab. - Sala I - 29/6/2012: "Alais, Marcelo Jorge c/Unisys Sudamericana SRL y otros s/diferencias de salarios"

292 Con Efraín Hugo Richard tratamos un caso de insolvencia y cesación de pagos por caso fortuito en Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas. Análisis del caso empresario 'Yagisawa Shouten Co.'" - DSCE - Errepar - T. XXX - diciembre/2018

293 Dasso, Ariel G.: "El mito de la infracapitalización" - DSCE - T. XXVI - noviembre/2014: "La situación de insolvencia es tratada por la ley como una situación excepcional en la cual, por su propia esencia excepcional, las normas comunes ceden. Contrariamente a lo que está últimamente en boga, creo que el sistema (concursal) es excepcional hasta tal punto que todas las demás normas deben ceder ante la normativa concursal. No se trata de que el derecho sea un plexo normativo

(Ariel Ángel)[294], que también sostiene: "*A despecho de una fuerte tendencia que se advierte en la doctrina nacional en torno a ver en la infracapitalización material una causal de derogación de la responsabilidad limitada, la ausencia de criterios consensuados o seguros para establecer que la estructura financiera en un determinado momento resulte óptima y la carencia de regulación legal específica en el tratamiento del fenómeno, justificada precisamente por el aspecto operativo unánimemente reconocido en primer término, llevan a concluir en la inexistencia de una regla clara de responsabilidad por infracapitalización*". Creemos que ambas posiciones tienen razón, pero ello dependerá de la naturaleza del proceso concursal y de la empresa que se encuentre en cesación de pagos o en insolvencia. Para los casos de procesos concursales nacidos por factores exógenos no atribuibles al empresario, la tesis sustentada por Ariel Ángel y Ariel Gustavo Dasso es correcta. Pero en aquellos casos en los que el empresario ha obrado durante más de un ejercicio en situación de infracapitalización (sea insolvente o no, conforme a la terminología expresada más arriba) y a sabiendas externaliza el riesgo a los acreedores sociales.

A su vez, el fallo, sin decirlo, reivindica y pone en valor la función del capital social en su función de garantía, aun en contra de aquellas teorías que sostienen su innecesariedad o la futilidad de su concepto. Por caso, Reyes Villamizar[295] transcribe algunos de los comentarios oficiales al RMBCA: "*La doctrina ha sostenido tradicionalmente que la existencia de figuras tales como el 'valor nominal' y el 'capital social' solo contribuyen a aumentar, innecesariamente, la complejidad del sistema legal. De igual forma, tales nociones carecen de utilidad, en la medida que ya no cumplen el propósito para el que fueron concebidas, vale decir, la protección de los acreedores sociales … Por consiguiente, en la nueva ley tipo se reemplazaron estos conceptos por figuras más sencillas, que, a su vez, permiten ofrecer una mayor protección a los acreedores de las sociedades de capital*". En nuestro país, Le Pera[296] se expide en similares términos, cuando sostiene que la cuestión del capital social es una "temática arcaica" y que su protección solo genera "fastidios", manifestando que, "*removidos inútiles trámites y solemnidades, la sociedad por acciones podrá comenzar a ser utilizada en sectores significativos de la economía moderna en los que hoy resulta inservible*". Araya[297] también se hace eco de estas afirmaciones, aunque sin hacerlas suyas, cuando transcribe que, según opinión de juristas estadounidenses, *"el mayor argumento sostenible a favor de la tesis de que el capital social opera como protección de los acreedores es un argumento histórico, cultural*

que esté vigente en todo momento y que por lo tanto las consecuencias y los resultados de un proceso concursal estén condicionados al cumplimiento de la ley común, porque no lo es. Es exactamente al revés" (N. del A.: el inserto entre paréntesis nos pertenece)

294 Dasso, Ariel Á.: "El concurso preventivo y la suspensión del hecho disolutorio por pérdida del capital social o infracapitalización" - DSCE - Errepar - T. XXIX - octubre/2017: El autor agrega a lo transcripto: "El riesgo de error para la determinación de un sistema de responsabilidad de los socios por deudas contraídas en ocasión de infracapitalización originaria o sobreviniente resulta insuperable frente a la función atribuida a la responsabilidad limitada en los proyectos empresarios que arrojan valor actual neto positivo … La sanción de responsabilidad ilimitada operaría solo en casos que la doctrina conceptúa como escandalosos, manifiestos, violatorios de los acreedores extracontractuales o aun de los contractuales, solo en hipótesis en que un bloqueo de información justifique su ignorancia, en supuestos de magnitud tal que les impida evaluar los costes de transacción y en su caso adoptar conductas conducentes, en resguardo de sus créditos"

295 Reyes Villamizar, Francisco: "Derecho Societario en los Estados Unidos. Introducción comparada" - Ed. Legis - Bogotá - 2006 - pág. 240, cita parte de los comentarios oficiales formulados en relación a la RMCBA y transcribe expresamente: "La determinación relativa a la fijación del precio requiere de un proceso de deliberación honesto y justo por parte del ajunta directiva. Tal proceso no puede ser regulado bajo doctrinas arbitrarias, que solo servirían para entorpecer la dinámica de los negocios sociales".

296 Le Pera, Sergio: "Sobre la futilidad de la noción de capital social" - LL - T. 1986-B - pág. 972

297 Araya, Miguel C.: "El capital social" - DPyC - Sociedades - Ed. Rubinzal Culzoni - Sta. Fe - 2003 - pág. 213

y psicológico". Y que *"otros autores, en el mismo sentido, afirman que el concepto de valor nominal de las acciones está obsoleto*".

En el caso concreto, entendemos que la aplicación de la doctrina de responsabilidad por la cesación de pagos ha sido correctamente aplicada y es nuestro deseo que sirva de disuasión para aquellos pseudoempresarios que desean limitar su responsabilidad sin dotar a la sociedad del capital necesario para que este cumpla efectivamente su función de garantía.

EMPRESAS "B". NO SOLO POESÍA NI FILOSOFIA EMPRESARIAL

Carlos Roberto Antoni PIOSSEK
Ricardo Jose Tomas PAZ

Resumen: El presente trabajo encara una nueva forma de empresa denominada "Empresa B", tendiente al desarrollo industrial libre de contaminación al medio ambiente. Asimismo, este tipo de empresa no se encuentra inserta en normativas legales vigentes, pero a nuestros días su tratamiento a despertado interés, existiendo proyectos en el Congreso de la Nación.
Palabras claves: Empresas B – Nuevo modelo empresarial – Nuevo tipo de protección del medio ambiente.

Abstract: The present work faces a new form of company called "Company B", aimed at industrial development free of contamination to the environment. Also, this type of company is not inserted in current legal regulations, but to this day its treatment has aroused interest, there are projects in the National Congress.
Key words: Company B – New business model – New type of environmental protection.

a.-Giro en los objetivos de la empresa.

"La poesía es más filosófica que la historia", sostiene Aristóteles en su Poética. La historia narra lo sucedido, la poesía, por el contrario, revela lo universal, y lo universal es tarea de la filosofía.

Jorge Luis Borges en el poema *"Reflejos"* exponía *"Dios ha creado las noches/ De los sueños y las formas del espejo/ Para que el hombre sienta que es reflejo/ Y vanidad. Por eso nos alarman los espejos*".

Los reflejos que provocan las alteraciones en el medio ambiente, a consecuencia de la devastación provocada por el hombre en forma individual y por las empresas en general, hicieron que miremos el espejo y nos alarmemos tanto de la depredación como del futuro.

Nos ha demostrado científicamente que la recesión de la actividad industrial como producto del Covid 19 (pandemia a nivel mundial), dio como resultado el cierre del agujero ozono, la solidificación de los polos y zonas heladas, la aparición de especies que sé que creían extinguidas, no revelo como una bofetada el daño que provoca la contaminación y el avance desmedido de la especie humana en detrimento de flora y fauna del planeta.

En consecuencia el tema ecológico es una cuestión donde se cruzan conflictivamente, el siglo XX y XXI, no siendo novísima sino que data de varias décadas, a punto tal que el Papa Juan XXIII en su encíclica "PACEN IN TERRIS" expresaba que la soberanía ha de reconocer una función internacional, del mismo modo que la propiedad privada reconoce una función social; la idea romana según la cual el derecho de propiedad implica la facultad de usar, abusar y destruir, el objeto sobre el cual se aplica, pudo ser válida mientras los recurso del planeta tierra parecían inagotables, pero no así a

nuestros días, cuando rápidamente se extinguen especies, se polucionan ríos, se muere un mar, o se salinizan enormes territorios.

Los avances sin control responden, en su gran mayoría, a la desidia e incapacidad de los Estados y Organizaciones Mundiales, para poner límites a las empresas y a toda su organización multifacética que no para de destruir el medio ambiente, a los fines de mayor venta apoyada en el consumo que implica el capitalismo, a menor costo, del que obtendría una Empresa B, por lo tanto, la competencia entre estas empresas es desleal.

Claro está que las empresas, particularmente las multinacionales, administradas por humanos que no cuentan con cabezas visibles ni con domicilios fijos o fácilmente identificados, son constituidas para obtener ganancias y repartirlas entre sus integrantes (socios-accionistas u otros) no incumbiéndoles los cambios o las alteraciones a las que hicimos referencia en párrafos precedentes; tampoco les interesa plenamente la responsabilidad de sus actos originando una *"estructura patológica en la búsqueda de rentabilidad"*[298].

Atendiendo estas razones, desde poco más de una década, un grupo de empresas las que día a día conforman un número mayor en el mundo, vienen teniendo como hito no solo evitar violar derechos fundamentales sino asistir a que estos se cumplan conforme a las leyes vigentes, y de allí evitar impactos nocivos de distinto tipo con mirada a un futuro.

Este nuevo tipo de organización empresarial se las identifica como "EMPRESAS B" (B-Corpus), cuyo origen se localiza en pequeños emprendimientos y, actualmente, captadas por grandes explotaciones empresariales de todo el mundo. Para Raúl Aníbal Echeverry[299], este nuevo modelo empresarial busca obtener un tipo de desarrollo no tan solo de capital y obtención de ganancias, sino un mix con lo social, por lo cual a través de regulaciones legales, se busca la propagación y no la asfixia del bienestar social de las comunidades.

b.- ¿Que son las Empresas B?

Luchar contra la contaminación, y favor del equilibrio ecológico, es difícil, aun existiendo la voluntad política de hacerlo, toda vez que las medidas que se deben tomar para eliminar la contaminación industrial y otras, generalmente van grávidas de un carácter recesivo o represivo. Ante esta realizada las denominadas Empresas B con valentía se constituyen en protagonistas al buscar disminuir la contaminación o evitar catástrofes mayores, exponiendo a una competencia desleal del resto de las empresas que implican menores costos de producción.

Estas empresas tienden a utilizar las fuerzas del mercado para dar repuestas a los problemas sociales o ambientales de las comunidades en las que se encuentran insertas. Se caracterizan por perseguir la misión de generar utilidades razonables para sus inversionistas y crear, mediante su actividad principal, beneficios sociales, provocando un impacto social y ambiental positivo.

También se las denomina empresas triple impacto (económico- social – ambiental) con propósito, responsabilidad y transparencia, siendo su originarte "B Lab, compañía fundada en el año 2006 por Jay Coen Gilbert, de los Estados Unidos (B-Corpus). Esa decir, busca combinar el negocio

298 Bakan, J., The Corporation: The pathological Pursit of Profit and Power, New York – Free Press, 2004.
299 Ier. Congreso Internacional de Derecho Económico y Empresarial, Nuevas formas de actividad empresarial-80 años del IADC, UBA, 21 y 22 de octubre de 2019.

con aportes sociales y el cuidado del medio ambiente en el ámbito que actúa o despliega sus movimientos[300].

c.- Apostillas.

No se trata de un tipo societario nuevo incorporado por el Código Civil y Comercial de la Nación ni por leyes especiales tal como aconteció con la S.A.S. Se trata de cualquier empresa que haya incorporado esta función a sus estatutos y que hubieren obtenido la certificación Bcorp otorgada por B Lab, fundación que creó el concepto "B" y que es quién certifica a nivel global.

En nuestro país no se encuentra legislada la Empresa B, siendo el único antecedente el que registra el anteproyecto elaborado por la comunidad jurídica del sistema B Argentina, cual fuere presentado a la Cámara de Diputados en el transcurso del año 2016. En dicha presentación se propone: 1) Establecer la figura jurídica de la sociedad beneficio e intereses colectivos (Bic) e incorporar, a fin de lucro tradicional de las empresas, las finalidades sociales y ambientales; b) Exigir la elaboración de un informe anual sobre el cumplimiento de los propósitos sociales y ambientales auto impuestos y que esta sean públicas y auditadas por profesional matriculado; c) Una sociedad Bic no dejara de ser una de tipo comercial u otra figura jurídica, perdiendo su condición de Bic en caso de incurrir en incumplimiento de los propósitos fijados.

Se diferencian de las normas ISO toda vez que estas solo certifican la estandarización de un proceso especifico no así de un conjunto de procesos como lo es toda la operación de una empresa. La Empresa B combina el negocio con aportes sociales y el cuidado del hábitat en el ámbito que se desarrolla.

Hasta el año 2018 en la República Argentina se certificaron sesenta y cinco (65) empresas B[301] y en el mundo, aproximadamente dos mil quinientas ochenta (2580), en treinta (30) países, según lo expuesto por Javier Pajares[302].

Entre otras empresas B que se destacan en nuestro país localizamos a Empendia como la primera en verificar; Grincaft (La matanza, Bs.As.), fabricante de muebles y estructuras de cartón corrugado reciclado; Natura, empresa dedicada a la elaboración de cosméticos y Lulea, radicada en Mar del Plata y Mendoza que produce indumentaria para yoga. También localizamos pequeñas organizaciones diseminadas por todo el territorio argentino que llevan adelante diseños originales a partir de residuos extraídos de vaciaderos de basura o Cooperativas de Trabajo que reciclan cartón, chapa, cobre, madera, sistema de computación obsoletos o materiales no degradables (Mendoza, Córdoba, Patagonia, Bs. As., que ya obtuvieron la correspondiente certificación).

Varias ONG de Argentina están abocadas a la promoción de este tipo de empresas B, en parques industriales y en industrias que contaminan las cuencas de agua potable; zonas forestales, boscosas o áridas.

Para Raúl Aníbal Echeberry[303], si bien este tipo de empresas B, por ahora, no cuentan con una fácil definición no normativa legal, poseen un gran futuro en el mundo por sus claros objetivos en cuanto a la defensa de la vida y el ecosistema.

300 Rocha, Laura, Empresas B: Un nuevo concepto, 16/05/ 15, Diario La Nación, República Argentina.
301 Clarín. - Economía, www, clarín.com.
302 Pajares, Javier (Profesor Español invitado), Ier Congreso Internacional.
303 Conferencia Ier Congreso Internacional Economico y Empresarial Bs. As. octubre 2019.

d. Ante sobras y luces, necesaria toma de razón de los cambios.

Ante las sombras aparecieron algunas luces pues, después de haber transcurrido décadas de lo anticipado por Jorge Luis Borges *"El Jardín de los Senderos"*, el Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, a partir del año 2019, tomo conciencia que debe abandonar la caverna de la que hacía mención Platón, para encarar un diagnostico respecto a las nuevas ocupaciones y a las desapariciones de otras, tales como el papel soporte para ciertas aéreas, entre muchas otras que alteran el medioambiente y en igual sentido hacer foco en los beneficios que aparejan las empresas B.

El mencionado organismo de la Nación confecciono un Manual de Ocupaciones Argentinas que indaga las habilidades que las personas deberían desarrollar, para acceder a los empleos del futuro. Este estudio, servirá además para elaborar estadísticas respecto al empleo por ocupación y sobre los cambios constantes en los mercados laborales a partir de la incorporación de nuevas tecnologías, y educación social a los fines del consumo de tales productos.

Tal como lo venimos adelantando, determinadas ocupaciones están condenadas a desaparecer, otras se mantienen con cierta agonía, surgiendo otras nuevas y hasta impensadas, aconteciendo idéntica situación con empresas tradicionales que impactan nocivamente en el planeta. Estos análisis también fueron encarados por sectores privados *"tales la discusión que llevan adelante tres grupos de expertos de la Comisión del Futuro en el Senado de la Nación"*.

Por otra parte, "El Ministerio de la Producción y Trabajo, se encuentra abocado a elaborar estudios cuantitativos para obtener una estimación del empleo verde en el país y aportar conocimientos para contribuir en el debate sobre los efectos que tiene la política ambiental respecto al empleo y la transición a una economía verde"[304].

Igualmente, Universidades emplazadas a lo largo del país, juntamente con el Conicet, aportan espacios de extensión, capacidad técnica y recursos. Por caminos contrarios transitan los sindicados y la misma C.G.T. toda vez que no toman razón de la importancia de la capacitación y educación de los trabajadores o de la obligación de prepararlos para los abruptos cambios que sufre el empleo; igualmente estas últimas organizaciones tampoco hacen hincapié en imponer a las empresas contaminantes una orientación hacia el tipo de empresas B.

Los desafíos del presente y del futuro no es pensar que la industria como una actividad aislada de la producción considerada en su totalidad, es quedarse en el mundo de las apariencias sino lograr el aumento de la productividad por intermedio de la investigación; el desarrollo para producir bienes y servicios competitivos en los mercados globales; adoptando tecnología y desactivando los sistemas protectores para empresas o industrias deficitarias y contaminantes pues, en definitiva, son utilizados por los empresarios para sus propios beneficios y no en post de la modernización de las empresas, ni la protección de sus trabajadores tanto como ser humano y medio ambiente. Por lo tanto, modificar las condiciones de trabajo adaptándola a los nuevos cambios que transporta la globalización de los mercados mundiales, y activar las Empresas B, a partir de un aumento en los aranceles de industrias contaminantes a los fines de dar competitividad a las industrias con orientación al cuidado del medio ambiente.

Es decir, la empresa, los empresarios y el propio Estado deben, conjuntamente y no de forma aislada, tomar razón de la situación imperante en el mundo globalizado, es decir que el conjunto

304 Lanzan un manual oficial con pautas para acceder a los empleos del futuro, La Gaceta- Economía y Finanzas, 28 de Julio de 2019, pag. 9.

debe, educar al consumidor y orientarlo a la elección de productos provenientes de Empresas B, al empresario mediante la coerción motivar la trasformación de industrias nocivas en organización empresariales de tipo de cuyo tratamiento encaramos en el presente

Lo que se debe tomar conciencia es establecer pautas para controlar las sombras y no dejarse encandilar por las luces de los avances tecnológicos, el consumismo a menor costo de producción, pero a consecuencia de mayor contaminación.

ESQUEMA CAUTELAR SOCIETARIO

Juan Sebastián FORCINITI

Resumen: El presente trabajo, tiene por objeto exhibir el esquema cautelar societario previsto en la L.G.S.: 19.550, mediante el abordaje de tres medidas preventivas: la suspensión de los derechos del socio, la intervención judicial en sus múltiples formas y, finalmente, la suspensión de las decisiones asamblearias.
Se propone el análisis de los requisitos necesarios para su otorgamiento, así como el tratamiento legislativo y jurisprudencial de cada una de las medidas aludidas, con el fin de lograr una comprensión acabada de los institutos para cualquier operador jurídico.
Palabras clave: medida cautelar – sociedades comerciales.

Abstract: The purpose of this work is to expose the corporate precautionary scheme provided for in the LGS: 19,550, by addressing three preventive measures: the suspension of the member's rights, judicial intervention in its multiple forms and, finally, the suspension of the assembly decisions.
The analysis of the necessary requirements for its granting is proposed, as well as the legislative and jurisprudential treatment of each one of the aforementioned measures, in order to link a complete understanding of the institutes for any legal operator.
Key words: precautionary measure - commercial companies.

I. Introducción.

El proceso cautelar es aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.[305]

De ello se desprende entonces, que el objeto de la medida cautelar, es garantizar el cumplimiento de una eventual sentencia favorable que se dicte en la causa.[306]

En materia estrictamente societaria, la denominada Ley General de Sociedades nro. 19.550, contiene un esquema cautelar propio, tendiente a regular el conflicto interno entre socios.

Se destacan así, una serie de medidas preventivas contenidas en dicho cuerpo normativo, a saber: suspensión provisoria de los derechos del socio (art. 91), intervención judicial (art. 113 y ss.) y suspensión preventiva de la ejecución de las resoluciones asamblearias (art. 252).

Previo a ingresar en el análisis de cada una de estas herramientas, resulta prioritario entender que ante el pretendido dictado de una medida cautelar estrictamente societaria, cualquier decisión que se adopte, deberá tender necesariamente a evitar la causación de perjuicios que pongan en peligro al ente[307]. Es decir, el juzgador deberá atender al interés social al momento de resolver la viabilidad o no de la medida peticionada.

305 Conf. Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 14° ed., 1998, p. 773 y ss.
306 Conf. CNCom., Sala E, en autos "Andrés Héctor Alfredo c/ Camero, Juan s/ ejecutivo" de fecha 19.09.1990.
307 En sentido similar, CNCom., Sala D, en autos "Borrachas Vipal S.A. y otros c/ Fate S.A.I.C.I. y otros s/ ordinario s/ incidente art. 250", de fecha 25.06.2015.

Por otro lado, es dable señalar que las medidas indicadas, deben cumplir necesariamente con los recaudos exigidos para la procedencia de toda cautelar (en orden a la acreditación de la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela), con más los requerimientos específicamente contenidos en la norma societaria.

Finalmente, dada la naturaleza accesoria de los procesos objeto de estudio, podremos advertir la existencia de diversas acciones principales, dentro de las cuales deberán peticionarse las medidas preventivas[308].

Dicho ello, en el presente trabajo, abordaré las medidas preventivas señaladas, en relación directa con su finalidad, requisitos normativos específicos y tratamiento jurisprudencial.

II. Suspensión provisoria de los derechos del socio (Ley 19550:91).

1. Previsión normativa y requisitos.

La Ley General de Sociedades, prevé una acción de exclusión que importa la eliminación del socio de la sociedad, sin o contra su voluntad, por haberse transformado en un elemento perturbador de la buena marcha del ente, atento a privilegiar la ley la conservación de la empresa y el interés social por sobre el particular del socio excluido.[309]

Sin ahondar en las características propias de la acción social mencionada, en lo que aquí interesa, durante su tramitación, puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.

Así, la L.G.S: 91, habilita esta posibilidad respecto de un socio sobre el que podría operar una justa causa de exclusión, a los efectos de permitir la continuidad operativa de la sociedad.

Es así como, para su otorgamiento – dado que en definitiva se trata de una medida cautelar- debe prestarse una contracautela suficiente y acreditarse apriorísticamente la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora[310].

Asimismo, y debido a su inclusión en la ley societaria, como medida específica, también se exige al peticionario que acredite, adicionalmente, cual es el peligro que se sigue para el ente de que el socio continúe ejerciendo sus derechos como tal durante la tramitación del proceso tendiente a obtener su exclusión[311].

2. Ámbito de aplicación.

A fin de delimitar el ámbito de aplicación de esta herramienta cautelar, cabe referir que la norma societaria prevé la posibilidad de proceder de tal modo, únicamente, para las denominadas sociedades de personas, y en su caso, en las sociedades de responsabilidad limitada en las que cualquier socio puede ser excluido del ente si mediare justa causa, más no existe tal previsión para

308 Sin perjuicio de que el análisis propio de los procesos principales, dentro de los cuales podrían solicitarse y concederse las medidas cautelares de carácter societario, no resulta objeto del presente trabajo, es dable poner de resalto que aquellas podrían implementarse en el marco de los siguientes tramites: acción de exclusión del socio; acción de remoción de los administradores sociales; y acción de impugnación de las decisiones asamblearias.

309 Conf. Zunino, J., Disolución y liquidación, t. I., Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 93, (citado por Balbín Sebastián, Ley General de Sociedades, revisada, ordenada y comentada, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, p. 85).

310 Conf. Muguillo, Roberto, Conflictos Societarios, Buenos Aires, 2009, p. 148, (citado por la Excma. CNCom., Sala D, en autos "Empresa de Proyectos Management y Gerencia S.R.L. c/Turdo Miguel Esteban s/ ordinario s/ incidente de apelación", de fecha 10.11.2016).

311 Conf. CNCom., Sala D, en autos "Altasur S.R.L c/ Avila Martin Miguel s/ medida precautoria", de fecha 25.08.2016.

las sociedades anónimas.[312]

3. Casuística.

Si bien resulta difícil delimitar supuestos específicos, los tribunales comerciales han concedido esta medida en aquellos casos en los que la conducta del socio cuestionado se encuentra apoyada en constancias de un juicio en el que este fue procesado al ser considerado prima facie responsable del delito de defraudación.[313]

Ello halla su justificación, en que el procesamiento en sede penal constituye un elemento que robustece la apariencia en el derecho, exigida para el dictado de la medida cautelar en estudio.

Se agregan también, por sólo nombrar algunas hipótesis, los siguientes casos: (i) cuando se ha acreditado —en un contexto de dos sociedades dedicadas a idéntica actividad (publicaban revistas sobre economía y finanzas)— que el socio reprochado, además de ser socio de una de ellas, era presidente de la restante ; (ii) la cónyuge del socio de una S.R.L titular de un establecimiento educativo (primario y secundario) fundó otro, en la misma ciudad, en carácter de socia de otra sociedad, compitiendo en la misma área del mercado; (iii) un socio, cuyo concurso era indispensable para formar la mayoría, se rehusaba —arbitraria, abusiva y sistemáticamente— a votar una decisión de aumentar el capital social que resultaba fundamental para la subsistencia de la compañía.[314]

4. Modalidades.

En este punto, cabe mencionar que las modalidades y gravedad con que puede ser concedida la medida preventiva, también podría variar con relación al caso en particular presentado.

Así, la cautelar —que, de suyo, alcanza todos los derechos políticos y económicos derivados del status socii— puede circunscribirse solo a algunos (v. gr., suspender solo el derecho de voto si la inconducta imputada discurre por una obstrucción u oposición irrazonable a votar determinado acuerdo social indispensable para la subsistencia de la compañía)[315].

5. Duración.

La jurisprudencia ha sostenido que la suspensión de los derechos del socio decretada en los términos de la L.G.S.: 91, no se encuentra alcanzada por el plazo de extinción de las medidas preventivas al que refiere el art. 207 del código de rito, que quedaría limitado a las herramientas cautelares contempladas en dicho ordenamiento.[316]

III. Intervención judicial (Ley 19550:113 y ss.).

1. Previsión normativa y requisitos.

La intervención judicial importa la irrupción por un tercero en la faz interna de la sociedad y en cuya administración habrá de participar según las facultades que le conceda la sentencia, y las

312 Conf. CNCom., Sala B, en autos "Bingo Caballito S.A. c/ Isabella Pascual s/ medida precautoria" de fecha 19.03.10.
313 Conf. CNCom., Sala C, en autos "Líneas Delta Argentino S.R.L. c/ Bagattin Américo Atilio s/ medida precautoria" de fecha 26.08.2019.
314 Conf. Moro, Emilio F., "Suspensión provisional del derecho de socio", publicado en La LEY 30/06/2016, 1; LA LEY 2016-D, 833; Cita Online: AR/DOC/1919/2016.
315 Conf. Moro, Emilio F., "Suspensión provisional del derecho de socio", op. Cit.
316 Conf. CNCom., Sala C, en autos "Líneas Delta Argentino S.R.L. c/ Bagattin Américo Atilio s/ medida precautoria" de fecha 26.08.2019.

circunstancias que habilitaran la petición. [317]

La Ley General de Sociedades, prevé esta medida para el supuesto en el que el o los administradores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad (art. 113).

A su vez, regula de forma pormenorizada los requisitos necesarios para su procedencia.

Así, el artículo 114, establece una serie de recaudos dentro de los cuales se destacan: acreditación de la condición de socio, existencia de peligro y su gravedad, el agotamiento de los recursos sociales y la promoción de la acción de remoción.

Señálese que los extremos contenidos en el artículo antes citado resultan congruentes con aquellos que son exigidos para cualquier medida cautelar.

En efecto, el requisito referido a la acreditación de la condición de socio importa probar la verosimilitud en el derecho de quien peticiona la medida.

Asimismo, deberá demostrar el peligro potencial que generarían los actos u omisiones por parte de él o los administradores cuestionados.

A ello, se agregan otros recaudos, tales como el agotamiento de la vía interna de la sociedad y la promoción de una acción principal de remoción de administradores.

En relación con el primero de estos requisitos, el agotamiento de la vía interna de la sociedad, la intervención judicial -en cualquiera de las formas previstas por la ley 19.550- es un instituto rodeado de características singulares, erigiéndose como medida cautelar societaria de excepción, a la cual puede recurrirse una vez que se hayan agotado todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones u omisiones.

De allí que impere un criterio restrictivo en la materia, habida cuenta que cuestiones suscitadas de resultas pretendidas irregularidades, deben ser sometidas a la decisión previa de los órganos naturales, conforme lo previsto por la ley y los estatutos. La intervención judicial no puede justificar una intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad, a fin de no provocar un daño que se quiere evitar. [318]

En segundo lugar, la exigencia de la promoción de la correspondiente acción de remoción de los administradores, de la cual esta medida cautelar resulta accesoria, por lo que la iniciación de aquel proceso resulta requisito ineludible para pedir la correspondiente intervención.[319]

2. Criterio de apreciación.

La norma citada, establece como imposición, un criterio de apreciación restrictivo en la materia (art. 114 in fine) a fin de evaluar la procedencia en el dictado de la medida.

Así, debe apreciarse con criterio restrictivo y debe ser avalada por graves y objetivas motivaciones, sustentada por elementos de juicio que no dejen lugar a dudas razonables sobre su

317 Conf. Macagno, A., "Atipicidad procesal de la intervención judicial de sociedades", Lexis Nexis, n°003/010825, p. 23, (citado por Balbín Sebastián, en su "Ley General de Sociedades, revisada, ordenada y comentada", Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2018, pág. 101).

318 Conf. CNCom, Sala B, en autos "González Franco, Ana c/ González Taboada y Cia. S.R.L. s/ sum. s/ incidente de medida cautelar" de fecha 25.08.1992; en autos "Isabella Pascual c/ Frymond S.A. y otros/ incidente de apelación 250" de fecha 03.10.06; y en autos "Vázquez José c/ García CARLOS S/ incidente de apelación" de fecha 09.12.1987.

319 Conf. CNCom., Sala B, en autos "Belltramelli, Mauricio c/Fadhecor S.R.L." de fecha 09.03.1983.

procedencia.[320]

Por supuesto que el criterio restrictivo señalado, tendrá mayor o menor amplitud en relación a la modalidad que asuma la medida a dictar, tal como se vera en el punto siguiente.

3. Modalidades.

En cuanto a la profundidad de la medida, el articulo 115 prevé diferentes modalidades o clases de intervención, que podrían consistir en el mero veedor, coadministrador o administrador.

La determinación de una u otra figura, dependerá de las circunstancias del caso en relación con la gravedad de las conductas denunciadas, siguiendo el principio de apreciación restrictiva previsto en la LGS: 114.

Es importante destacar, que el interventor, no será representante de ninguna de las partes en el proceso; se trata de una auxiliar del juez que en representación de este ejerce la administración del ente, de acuerdo con las directivas que le imparta el magistrado en tal sentido.[321]

En cuanto a la misión de cada una de estas figuras, podríamos resumirla de la siguiente forma: el veedor, representa el menor grado de intervención posible, en tanto no asume funciones de índole administrativa en la sociedad, sino que ejerce funciones de vigilancia y de elaboración de informes para que el juez pueda evaluar el conflicto ventilado ante él; el coadministrador, implica un grado mayor de intervención, dado que se encuentra facultado para actuar de forma conjunta con los administradores sociales; finalmente, el administrador judicial, representa el mayor grado de intervención posible, desplazando a las autoridades naturales del ente societario.

La práctica demuestra que la designación de estas figuras suele darse de forma progresiva, en la medida en que el magistrado toma contacto en mayor profundidad con el conflicto societario.

4. Contracautela.

El grado de intervención resuelto por el magistrado, impacta directamente en la contracautela exigida por el artículo 116 de la ley 19.550.

Así, resulta lógico que a mayor intervención se exija una mayor garantía, en tanto el potencial daño para la sociedad se torna mayor.

5. Casuística.

Nuestros tribunales han admitido la procedencia de la intervención judicial ante la existencia de querellas entre los socios: la condena dictada en sede penal contra los administradores; la discrepancia entre los socios titulares de cada grupo del 50% del capital social sobre la forma de administrar la empresa; la ausencia o desinterés de los administradores en la administración del ente; la práctica de subfacturación por parte de quienes tienen a su cargo la gestión de los negocios sociales; la confección de estados contables falsos; la retención por el grupo de control de las acciones de determinados accionistas, a los fines de frustrar sus derechos; la asunción de hecho de la administración por parte de un director, desplazando a los restantes; la realización por parte del directorio de operaciones a precio vil; el no acatamiento de los directores a las decisiones asamblearias; la irregular desaparición de los libros y el atraso consecuente de la contabilidad; el

320 Conf. CNCom., Sala C, en autos “Ornaplast S.A.I.C. c/ Julio Gutiérrez”, de fecha 19.03.1971.
321 Conf. Balbín Sebastián, op. Cit., p. 103.

funcionamiento paralelo de dos directores integrados por grupos enfrentados entre ellos, etc.[322]

IV. Suspensión preventiva de la ejecución de las resoluciones asamblearias (Ley 19550: 252.).

1. Previsión normativa y requisitos.

En su artículo 252, la Ley General de Sociedades, prevé la posibilidad de que el juez suspenda, a pedido de parte, si existieren motivos graves y no mediare perjuicio para terceros, la ejecución de la resolución impugnada, previa garantía suficiente para responder a los daños que dicha medida pudiera causar a la sociedad.

Se advierte nuevamente, que el articulo contiene los recaudos exigidos para el dictado de toda medida cautelar, en orden a la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, y con relación a la contracautela.

A su vez, la medida se encuentra prevista en el marco de la acción principal de impugnación de decisiones asamblearias contenida en el artículo 251 del mismo cuerpo normativo.

Véase que el propio artículo 252, alude a esta acción como requisito de procedencia, al referir a la "resolución impugnada".

Señálese que, en principio, las decisiones adoptadas en asamblea son obligatorias y gozan del efecto de ejecutoriedad inmediata, aunque se haya deducido impugnación judicial, a menos que el juez haya dispuesto suspensión preventiva en los términos de la LGS: 252.[323]

De allí la importancia del procedimiento cautelar en estudio.

Cabe poner de resalto, que la facultad que el ordenamiento societario confiere al juez para decidir la suspensión de los acuerdos sociales impugnados persigue una doble finalidad de protección: 1) conjurar el eventual perjuicio individual y 2) evitar la consumación de actos lesivos del interés social. Esto es, aparecen concernidas dos orbitas de intereses tuteladas legalmente: el particular del socio y el de la sociedad.[324]

A su vez, aquellos "motivos graves", deben evaluarse teniendo en cuenta no solo el eventual perjuicio que podría ocasionar a terceros, sino primordialmente el que comporta para el interés societario, el cual predomina sobre el particular del accionista impugnante.[325]

V. Colofón.

La ley societaria confiere a los socios diferentes remedios preventivos, con el fin de resguardar, durante la tramitación de un proceso principal, el patrimonio societario, en la medida en que se haya acreditado adecuadamente la verisimilitud en el derecho y el peligro en la demora con énfasis

322 Consultar jurisprudencia citada en Man – Pardini, Ley de Sociedades Comerciales. T.1, pág. 257 (citado por Nissen Ricardo, Curso de derecho societario, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2015, pág. 341).

323 Conf. CNCom., Sala C, en autos "Gómez c/Confitería Los Leones s/ordinario s/incidente de desafectación (LL 1990-C-425)", de fecha 15.12.1989.

324 Conf. CNCom., Sala F, en autos "Winograd, Loenardo Amadeo c/Sartor S.A. s/ ordinario" de fecha 17.12.2015; y en autos. "Grimaldi, Cristian Fabian c/ Gran Café Tortoni S.R.L. y otros s/ ordinario s/incidente de apelacion artículo 250" de 14.06.2018; Sala E, en autos "Kahl, Amelia Lucia c/ Degas S.A. s/ sumario" de fecha 12.05.2016.

325 Conf. CNCom., Sala B, en autos "Gosman, Hugo c/ Los Arrayanes S.A." de fecha 23.09.1986; Sala F, en autos "Chemea Marcos s/ sucesión ab intestato y otro c/ Boeing S.A.I.C.E.I. s/ medida precautoria s/ incidente art. 250", de fecha 16.04.2019.

en la afectación del ente.

Así, podrían obtener por vía cautelar, la suspensión de los derechos del socio, la intervención en la faz administrativa por parte de un tercero externo, y también la suspensión preventiva de las decisiones del órgano de gobierno.

En este punto, si bien no se encuentra previsto expresamente para la totalidad de las herramientas enunciadas, los operadores jurídicos debemos extremar el criterio de apreciación al momento de analizar tanto su solicitud (en el caso en que fuésemos abogados litigantes) como su otorgamiento (para el supuesto en que desempeñemos cargos en la administración de justicia), considerando los daños que una medida mal otorgada podría ocasionar a la propia sociedad.

Afortunadamente, y tal como fuese expuesto en el presente trabajo, la jurisprudencia en la materia, resulta sumamente rica, a fin de ejemplificar los supuestos escenarios de procedencia, debido a la gran cantidad de conflictos societarios que se suscitan en nuestro país, lo cual constituye una gran herramienta para fundamentar tanto el posible otorgamiento como rechazo de cualquiera de estas medidas preventivas.

EL DERECHO DE RECESO EN LA S.A.S. CUANDO NO FUE REGULADO POR LOS SOCIOS

Hernán CARA

Resumen: Se analiza que sucede con el derecho de receso cuando no fue previsto en una Sociedad por Acciones Simplificadas.
Palabras claves: S.A.S. - Derecho de Receso - Ausencia de Regulación

Abstract: The article analyses how the shareholder's appraisal right works when it has not been included in the by-laws of a corporation.
Key Words: S.A.S. - Shareholder's Appraisal Right - Lack of Regulation

Introducción

Sabida es la discusión sobre la existencia del orden público societario, y como consecuencia, los debates generados sobre si determinados derechos que emergen de nuestra legislación societaria, pueden ser dejados de lado o no, aun por los propios socios. Esta diferencia de criterios, se vio acrecentada con la entrada en vigencia de la Ley 27.349, la cual a partir de su art. 33 prevé un nuevo tipo societario, la S.A.S.; cuyas notas más características, son su versatilidad y el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de sus socios.

A raíz de ello y en el caso concreto cabe preguntase, ¿qué sucede con el derecho de receso en una S.A.S. si no está previsto en su estatuto? ¿Ha de poder ejercerse o no? De poder hacerlo, ¿habría que remitirse al art. 160 LGS o al art. 245 LGS? ¿Qué consecuencias supondría uno y otro caso?

Si el derecho de receso no está previsto en el estatuto de la S.A.S., ¿se podrá ejercer igualmente?

Si bien en primera medida, este interrogante podría tenerse por respondido de manera afirmativa, con el art. 33 de la Ley 27.349, cuando dice “Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”, tal punto no es pacífico. Ello así, atento a existir calificada Doctrina que entiende que es inaplicable la parte general de la LGS al régimen de la S.A.S., especialmente en la determinación de los derechos de los socios entre sí[326], agregando, que solo gozaran de validez y vigencia, aquellos derechos que estén expresamente establecidos en el instrumento constitutivo[327].

326 Esta postura es sostenida por prestigiosos autores, como, por ejemplo, BALONAS, Daniel E., "Sociedad por Acciones Simplificada y el orden público societario", Libro de ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019, t. II, p. 959; ROMANO, Alberto A., "Las SAS, la autonomía de la voluntad, y el funcionamiento de las sociedades en general", en Libro de ponencias..., ob. cit., p. 987; SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, "Autonomía de la voluntad y normas imperativas en la sociedad por acciones simplificada", en Libro de ponencias..., ob. cit., p. 1005; VILLANUEVA, Julia, "La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario", LA LEY del 11/12/2018; LA LEY 2018-F, 890; cita online: AR/DOC/2430/2018; MANÓVIL, Rafael M., "Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades", LA LEY del 29/05/2019; LA LEY 2019-C, 823; cita online: AR/DOC/718/2019; MESSINA, Gabriel - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, "Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada", LA LEY del 13/06/2018; LA LEY 2018-C, 938; cita online: AR/DOC/1158/2018.

327 DUPRAT, Diego A.J., “Derecho de los socios en el marco de la S.A.S.”, LA LEY, Cita Online: AR/DOC/3442/2019.

De esta manera, entiende tal sector de la doctrina, que el derecho de receso tendría que ser previsto en el estatuto de la S.A.S. para poder ejercerse, y que, ante la omisión de su tratamiento, no podría aplicarse por remisión supletoria el ordenamiento de la LGS.

Algunos fundamentos, sobre los que se puede arribar a esta solución son: A) el art. 1 de la LGS, dispone que regula "los tipos previstos en esta ley"; y no en otra ley, como sería el caso de la S.A.S. cuyo articulado se encuentra en la Ley 27.349. B) si bien la ley 27.349 reenvía en más de una oportunidad a la LGS para su aplicación supletoria, no significa que siempre y bajo cualquier contexto, habrá que aplicarse de manera imperativa la regulación de la LGS a la S.A.S. C) la LGS sólo resultará aplicable en forma supletoria cuando se concilia con la Ley 27.349[328]. D) toda norma que proteja exclusivamente al socio puede ser "inmolada en el altar de la libertad contractual", por lo que, en caso de omisión estatutaria, podrán aplicarse de manera supletoria las reglas de la LGS, cuando estas protejan a terceros, pero no así a las que refieren a los intereses privados de los socios.[329]

Ahora bien, sin intención alguna de entrar a discutir sobre la existencia – o no - de orden público en materia societaria, y -en su caso- en qué artículos se encuentra el mismo, (o incluso si eventualmente el derecho de receso sería uno de ellos), ¿parece loable que por no estar previsto el derecho de receso en el estatuto, el socio que quiera ejercerlo, no pueda?

Resultaría más razonable, sostener por el contrario que el derecho de receso pueda ser prohibido por los socios en el instrumento constitutivo o en el estatuto[330], que impedir el ejercicio del mismo, por no encontrarse previsto.

Pero, el supuesto bajo análisis sería diferente, atento que estaríamos en presencia de una prohibición expresa del derecho de receso.

A nuestro entender, interpretar que no se podría aplicar el derecho de receso, por no estar pactado, no es acertado, atento a que: A) si bien no estaría previsto el derecho de receso, tampoco estaría prohibido. B) si bien el art. 1 de la LGS, expone que se regulan los tipos previstos en ella, es el art. 33 de la Ley 27.349 la que remite a la LGS, para que esta sea aplicada supletoriamente en todo aquello que se concilie. C) No hay motivo alguno por el cual el derecho de receso y la Ley 27.349, no se concilien, lo que genera como consecuencia, que si se pueda aplicar de manera supletoria este derecho (previsto en la LGS). D) Una cuestión, es debatir sobre si el derecho de receso puede ser prohibido o no por los socios de la S.A.S., y otra muy diferente, es afirmar su no aplicación por no estar dispuesto así en el estatuto.

Por las razones expuestas, encontramos arbitrario el hecho de impedir ejercer el derecho de receso a un socio cuando este no haya sido previsto, no acudiéndose a la aplicación subsidiaria de la LGS. Pues en el caso en concreto: los socios nada habrían regulado sobre el tema (derecho de receso); la Ley 27.349 no se expide sobre ello e incluso remite a la LGS (art. 33 L. 27.349) de manera supletoria; y no existe contradicción ni conflicto alguno entre el derecho de receso regulado en la LGS y el articulado de la Ley 27.349. ¿Por qué argüir que lo correcto es el no ejercicio de este

328 DUPRAT, Diego A.J., "Derecho de los socios en el marco de la S.A.S.", LA LEY, Cita Online: AR/DOC/3442/2019.
329 FAVIER DUBOIS, Eduardo M.; SPAGNOLO, Lucía, NACE UNA ESTRELLA. LA "SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA" CON LIBERTAD ESTATUTARIA, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), Mayo 2018.
330 BALBIN, Sebastián, EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO SOCIETARIO A PARTIR DE LA SAS, LA LEY, Cita Online: AR/DOC/4053/2019.

derecho, desconociendo las razones expuestas? No parece práctico, ni sólido en sus razones[331].

De ejercerse el derecho de receso por remisión a la LGS, ¿habría que atenerse a lo dispuesto por art. 160 LGS o al art. 245 LGS? ¿Qué consecuencias supondría uno y otro caso?

Responder a la pregunta de este epígrafe tampoco resulta sencillo en una primera instancia, por la naturaleza jurídica híbrida que posee la S.A.S. como tipo societario. Es que si bien por un lado el art. 40 de la Ley 27.349 prevé que su capital se divida en acciones (lo que es propio de las Sociedades Anónimas), el art. 49 del mismo ordenamiento, dispone que la organización interna de los órganos sociales se regirá supletoriamente por las normas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada[332].

Es por esta razón, que en cuanto a derecho de receso refiere, se generan dudas en aplicar supletoriamente uno u otro régimen; es decir, el art. 160 LGS previsto para las S.R.L., o el art. 245 LGS para las S.A. Sin embargo, advirtiendo que el derecho de receso surge a raíz de determinadas decisiones que emanan de los órganos sociales y repercute sobre los mismos, lo correcto es de estar supletoriamente en el caso de las S.A.S., al articulado de la S.R.L. y los motivos previstos en el art. 160 para ejercerlo, esto es: "La transformación, la fusión, la escisión, la prórroga, la reconducción, la transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, otorga a éstos derecho de receso conforme a lo dispuesto por el artículo 245". En otras palabras, en este caso, el criterio de aplicación ha de guiarse por el funcionamiento, composición y características de los órganos sociales, y no, por como se divide su capital.

Lo que implica dos consecuencias a tener en cuenta en materia de S.A.S. cuando no está regulado el derecho de receso en su estatuto: una primera, en relación a la amplitud excepcional en las causales que habilitan al ejercicio de este derecho, lo que difiere en las sociedades anónimas, en donde las causas que habilitan el receso están previstas de manera puntual y taxativa (a más de aquellas que pudieran ser previstas en el estatuto)[333]. Esto último así en referencia a las S.R.L., atento al art. 160 LGS cuando reza "…y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, otorga a éstos derecho de receso conforme a lo dispuesto por el artículo 245"[334], amplía y flexibiliza las causales, más allá de las primeras siete

331 VILLANUEVA, Julia, Acerca de la improcedencia de aplicar a la S.A.S. las normas imperativas de la ley 19550, Congreso Derecho Societario 2019, Ciudad de Rosario. "…la ley de SAS regula poco y nada en materia de derecho de los socios, omisión que, cabe entender, fue cubierta por el legislador del modo visto: otorgando a los contrayentes la posibilidad de llenar ese vacío legal mediante las previsiones que establecieran en el contrato y, en su defecto, mediante la supletoriedad que tratamos, pues, según nos parece, esas regulaciones de la LGS – esto es, las que se ocupan de los derechos del accionista de modo imperativo- se "concilian" con la Ley de SAS".

332 MARZORATI, Osvaldo J., La sociedad anónima simplificada. ¿será una realidad?, la ley, Cita Online: AR/DOC/3617/2016, 01/12/2016.

333 DASSO, Ariel Ángel., El receso y la exclusión del socio – reflexiones en torno a un Leading Case: "Sar Sar c/ Hemodiálisis S.R.L.".

334 Sobre esta expresión transcripta, Sánchez Herrero, agrega "… si bien engloba dos supuestos, cuenta con una íntima relación entre ellos. Es decir, tanto en lo que hace a las obligaciones sociales como en lo que refiere a la responsabilidad, siempre deber ser leído en relación al socio que vota en contra. De modo que las causales que habilitan el derecho de receso son la aprobación de un acuerdo que incremente las obligaciones sociales de los socios que votaron en contra y todo acuerdo que incremente la responsabilidad de los socios que votaron en contra. Así, la causal de receso se produce siempre en relación al incremento de una obligación o de la responsabilidad del socio, y no por posibles operaciones que afecten directamente a la sociedad (sea realizadas por los administradores, sea aprobadas por los socios)". SANCHEZ HERRERO, Pedro., El derecho de receso en la sociedad de responsabilidad limitada, la ley, Cita Online: AR/DOC/976/2014, abril 2014.

descriptas por este mismo artículo.

Y una segunda consecuencia a considerar, en relación al comportamiento que los socios han de observar en las reuniones sociales para poder ejercerlo. Ello así, dado que el legislador sólo ha concedido legitimación activa al socio que votó en contra, y no a los que estuvieron ausentes[335] (lo que difiere de lo establecido en el art. 245 LGS para los socios de una sociedad anónima; en donde puede ejercer el derecho de receso tanto los que votaron en contra, como los ausentes). Si bien hay autores[336] que sostienen el derecho por parte de los socios ausentes a poder ejercerlo, tal afirmación implicaría forzar a más de reinterpretar, lo que la norma manda de manera clara e inconfundible[337].

Conclusión

Entendemos que el derecho de receso ha de ejercerse por remisión subsidiaria a la LGS ante la omisión de su tratamiento en la S.A.S., y que cabría aplicar así, el articulado específico de la S.R.L. No obstante ello, y a los fines de sortear algunos escollos que conllevan la aplicación del articulado de la S.R.L., tales como las causales que lo habilitan (no taxativas en la S.R.L.) y quienes pueden ejercerlo (socios que hayan votado en contra únicamente), es recomendable que los socios pacten y regulen de antemano este derecho, de la manera más precisa posible. Logrando evitar así, sorpresas a futuro.

Pues, no será un detalle menor, que la flexibilidad que conlleva el art. 160 LGS, en cuanto a las causales que motivan el derecho de receso, se apliquen a la S.A.S.; como así tampoco, que los socios ausentes en las reuniones sociales que otorguen con sus decisiones el eventual derecho de receder, no lo puedan ejercer.

335 ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades ..., Tomo III, cit., p. 239; VERÓN, Alberto V., Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, anotada y concordada, 2º edición actualizada y ampliada, Tomo 2, Bs. As., Astrea, 2007, p. 272.

336 ZUNINO, Jorge O., Disolución y liquidación, Tomo 1, cit., p. 230.

337 Para Nissen, se trata de un error de redacción "No entendemos la exclusión legal pues el socio ausente, no siempre deja de concurrir al acto asambleario por desinterés ni indiferencia, en tanto puede suceder que le haya resultado imposible hacerlo. Creemos sinceramente que se trata de un problema de redacción del artículo y no una exclusión deliberada, pero confirma desde ya la anarquía legislativa que rodea al derecho de receso, que es legislado diferentemente para los supuestos de transformación, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones". NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada, Tomo 2, cit., p. 396.

CESACIÓN DE PAGOS Y LA LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO (PENSAMIENTOS PARA LA CRISIS POSCUARENTENA)

Jorge F. FUSHIMI - Efraín H. RICHARD

Publicado en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) BOLETÍN XXXII Julio 2020 Cita digital: EOLDC101765A

Resumen: Liminar ensayo, ante la pandemia económica, sobre aspectos en torno a la liquidación de un fideicomiso, conforme a la expresión del tercer párrafo del artículo 1687, que establece que, "a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente".
Palabras claves: Confinamiento – Cesación de pagos - Fideicomiso.

Abstract: Limit trial, in the face of the economic pandemic, on aspects surrounding the liquidation of a trust, in accordance with the expression of the third paragraph of article 1687, which establishes that, "in the absence of other resources provided by the trustor or the beneficiary according to contractual provisions, its liquidation proceeds, which is in charge of the competent judge".
Key words: Confinement - Cessation of payments - Trust.

I - PROEMIO

Nos unimos nuevamente ante lo impredecible de la crisis económico-financiera desatada, que a la par de dejar en descubierto una marginalidad social ahora inocultable entraña un peligro cierto para un alto porcentaje de actividades empresariales.

Ante la preocupación de comercialistas de vivir una crisis de presentaciones judiciales que atascaran el sistema, similar a la que se vaticinaba para los servicios sanitarios, aconsejamos un escudo protector y la indirecta imposición de renegociar de buena fe todas las relaciones jurídicas afectadas, al estilo de lo previsto en el artículo 1011 del CCyCo.[338] Y la idea cuajó, fue receptada en algún grupo de trabajo e integró la recomendación emitida el 5/5/2020 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México).

Pero inmediatamente, ante la "crisis ya avizorada", nos surgió la diferente terminología usada para referirse a ellas y alguna actividad marginal también afectada, cual puede ser el cumplimiento de la relación de fideicomiso. Por eso, el objetivo será hablar de "crisis", en el caso de relaciones de organización que, como las sociedades y los fideicomisos, generan un patrimonio independiente. Y así como existe libertad para generar esos patrimonios independientes, no puede pensarse que de ello puede resultar daño, pues salvo que sea imprevisible deberemos pensar en responsabilidad.

Bajo esa idea rectora, de "libertad bajo responsabilidad", elaboramos inicialmente este ensayo como una propuesta a debatir en el seno del grupo virtual de WhatsApp (El Arca) creado por Daniel Truffat. El jurista convocó generosamente a un gran grupo de académicos especialistas en diversas áreas del derecho mercantil, en particular societario y concursal, con la idea de realizar aportes

338 Planteamos esta posición, en Richard, Efraín H. y Fushimi, Jorge F.: "Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia de COVID-19" - Diario LL - 8/5/2020, 2. Bs. As

jurídicos de base académica y científica y elevarlo a los poderes del Estado como propuestas desinteresadas, sin banderías políticas ni sesgos ideológicos (esto fue una regla esencial), para que puedan utilizarse aquellas herramientas que los poderes políticos consideren adecuadas a la crisis que -sin dudas- atravesará no solo la República Argentina, sino toda Latinoamérica, América y el mundo todo. La dimensión de la crisis que sobrevendrá no tiene parangón alguno y ameritará una serie de respuestas que no necesariamente provendrán de las finanzas del Estado, sino que requerirán esfuerzos multidisciplinarios. La convocatoria al grupo fue desinteresada, y más desinteresada aún fue la participación de todos los involucrados, acercando trabajos, escritos, ponencias, artículos y propuestas y críticas, que se debatieron y debaten, a través de varias reuniones virtuales. Allí habíamos sometido inicialmente la primera propuesta sobre "renegociación" de las relaciones alteradas por lacrisis.

II - LA CRISIS ESPERABLE

Mientras redactábamos este artículo, el 21/5/2020, Estados Unidos reporta un total de 39 millones de desocupados, y la Comunidad Europea anuncia que algunos cálculos estiman una pérdida de 61 millones de puestos de trabajo para toda la región. Por su parte, Estados Unidos emitió títulos de deuda por 3 billones de dólares; Francia y Alemania proponen ayudas a los países de la Comunidad Europea por 500 mil millones de euros, monto que también dispuso el Banco Central Europeo. El FMI, por su parte, anunció la disponibilidad de 1 billón de dólares en ayudas. La caída del PBI de Latinoamérica y el Caribe es estimada por la CEPAL[339] en -5,3%, con lo que esta será la más grande caída de la historia. En otra parte del mundo, China, motor de la economía mundial, por primera vez en 30 años, no tiene proyecciones de crecimiento para el ciclo anual. En medio de todo este negro panorama en el que no abundamos por exceder los límites del trabajo, en Argentina, según el INDEC, en marzo de 2020, la actividad cayó un 11,5% interanual. Con ello tenemos una economía en una grave recesión que lleva más de dos años continuados, un virtual default internacional, una de las presiones impositivas más altas del mundo, y emisión de dinero e inflación (a niveles excesivamente altos).

Este panorama, negro y al mismo con impredictibilidad, nos mueve a pensar diferente, porque somos conscientes de que la crisis económico-financiera global es inevitable, pero debemos reflexionar en cómo limitar sus daños y en cómo prevenir la crisis que ella implicará también en los tribunales de todo el país, con un -casi seguro- notable incremento de las causas litigiosas motivadas por los incumplimientos, las moras y las cesaciones de pago.

En este contexto, aunque no exclusivamente, pensamos este trabajo con proyección a todas las actividades económicas en crisis.

III -INTRODUCCIÓN

En ese contexto, se nos ocurrió un liminar ensayo, ante la pandemia económica y algunos disensos, expresarnos sobre algunos aspectos en torno a la liquidación de un fideicomiso no financiero, conforme la expresión del tercer párrafo del artículo 1687 del CCyCo.: "*La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones … contraídas en la ejecución del fideicomiso*" -del primer párr.-, genera que, "*a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez*

339 www.cepal.org/es

competente".

Esta situación es equiparada normalmente a cesación de pagos o insolvencia para intentar lograr un trámite concursal preventivo, no necesariamente liquidatorio.

No entraremos en el tema de fondo, aunque nos haremos muchas preguntas, sino en la significación de estados patrimoniales. Nos hemos pronunciado reiteradamente en cuanto a que los administradores y socios deben actuar preventivamente ante la crisis, ante su mera avizoración. Las soluciones se encuentran en las previsiones de la ley general de sociedades -LGS-, CCyCo. y de la ley de concursos 24522 -LCQ-.

Esta última permite, ante la mera manifestación de los administradores societarios que la persona jurídica está en "cesación de pagos, cualquiera sea su causa", abrir su concurso preventivo -sin necesidad de acreditarla-, logrando frenar la acción de sus acreedores, en forma similar a lo que se presentaba en la imaginería infantil para "Alí Babá y los 40 ladrones": al grito de "Ábrete Sésamo" movían una piedra de la montaña, que se cerraba a sus espaldas dejando atónitos e inermes a sus perseguidores -acreedores-.

Al mismo tiempo suele jugarse con la locución "insolvencia". La cesación de pagos no es equivalente a insolvencia, aunque algunas legislaciones usen esas distintas terminologías[340] como "Ábrete Sésamo". Esa diferencia aparece, por ejemplo, entre la legislación concursal argentina y uruguaya.

IV - DESARROLLO SOBRE TERMINOLOGÍA

En la República Argentina, concursalmente, no se distinguía entre cesación de pagos e insolvencia desde el punto de vista doctrinal. Creemos que debemos hacerlo. También alejándonos de conceptos como infracapitalización o infrapatrimonialización, formal y material, y pérdida del capital social como paralelo de patrimonio insuficiente para satisfacer las deudas sociales.

Desde hace algún tiempo señalamos que en la preconcursalidad debemos poner el acento ya no en la infracapitalización -sin abandonar esa teoría, ni su influencia disuasoria de conductas-, zona gris, sino en una línea roja indubitable: la causal de disolución por pérdida parcial o total del capital social -como insuficiencia patrimonial para satisfacer los derechos de terceros- y sus consecuencias en el sistema societario y concursal. Debemos apuntar que la ley de emergencia del 23/12/2019 suspendió por un año esa causal de disolución, repitiendo lo acaecido en el año 2002[341].

Se ha trabajado sobre la infracapitalización como un elemento decisivo para determinar la responsabilidad de administradores (y de socios de control)[342], discutiéndose, en torno a ello, cuánto de capital propio y cuánto obtenido de financiación es lo más adecuado, o si el capital fundacional debía ser suficiente para la explotación del objeto de la sociedad -empresa-, y si ello

340 Junyent Bas, Francisco: "Alrededor de la concursalidad. A propósito de los nuevos lineamientos que se avizoran en el derecho concursal" en "Concursos y quiebras ley 24522" - Ed. Advocatus - Cba. - 2013 - pág. 9

341 Richard, Efraín H.: "Derecho societario: autonomía de la voluntad y normas imperativas. Las crisis. Y una apostilla sobre la ley de emergencia" - LL - 20/1/2020 y elDial.com - 3/2/2020 con anexo del año 2002

342 Richard, Efraín H.: "Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros" - Revista del Código Civil y Comercial", mensuario de LL - primera sección "En debate", tema específico "Personas jurídicas" desde la perspectiva del nuevo CCyCo., codirector Pablo Heredia - Bs. As. -Año IV - N° 4 - mayo/2018 - págs. 67 a 107

debía ser controlado o determinado por el funcionario de control o por los administradores[343]. Entendemos que ello corresponde originariamente a los socios constituyentes y luego a los administradores por su responsabilidad ex ante, o sea, por sus deberes de diligencia, para evitar que se genere una responsabilidad resarcitoria ex post. Esto lo puso de relieve el erudito voto de Pablo Heredia en el caso "Interindumentaria SRL", donde ante la infracapitalización material puso el déficit concursal en cabeza de sus socios, sin recurrir al recurso de la "inoponibilidad de la personalidad jurídica", que -en otros casos- ha sido la vía para imputar esa responsabilidad a los controlantes[344].

Se trata a la postre de la función de operatividad del patrimonio social por una parte y el deber de no dañar a los terceros acreedores (contractuales o involuntarios) por la otra.

Sobre ello se remarca que "*la presencia en la ley uruguaya del instituto de la infracapitalización como presunción absoluta de culpabilidad del concurso consagra finalmente la necesidad de que los operadores económicos cuenten con recursos suficientes para desarrollar su actividad. La decisión del legislador -que comienza a plasmarse en sentencias- nos parece positiva, en cuanto contribuye a prevenir la insolvencia y el traspaso indebido de riesgos a los acreedores, así como a evitar abusos y mecanismos perversos que debilitan el crédito, el tráfico comercial y la economía en general*"[345].

En relación con la insolvencia, lo que adquiere relevancia es la función de garantía del capital social -como lo señala Heredia en el fallo referido-.

Desde su especialidad en sindicatura concursal, la profesora argentina Celina Mena[346], con una visión contable-económica, señala en relación con la "cesación de pagos" y la "insolvencia": "*En definitiva la jurisprudencia y la doctrina no advierten una diferencia entre ambos conceptos y los usan indistintamente, sin embargo, a nuestro entender, existe una diferencia importante, adquiriendo un grado mayor de gravedad la insolvencia. El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando, además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto…*", o sea, si se hubiera producido la pérdida total del capital social, el activo no es suficiente para satisfacer el pasivo. Obviamente el último aspecto destacado por la distinguida profesional describe una causal de disolución: pérdida del capital social[347], o sea, incapacidad patrimonial de pagar las deudas.

343 Criterio de la IGJ, que corresponde al criterio doctrinario de su actual Inspector el jurista Ricardo Nissen y con el que discrepamos cordialmente por ser un tema que hace a la responsabilidad de los socios, como puede verse del voto de Pablo Heredia en el caso "Interindumentaria SRL"

344 El dictamen fiscal de la Prof. Gabriela Boquin y el fallo del 4/2/2020 con el erudito voto del Prof. Pablo Heredia puede verse en la revista electrónica "Estudios de Derecho Empresario" - N° 20 - 2020 - UNC

345 Chalas Sanz, Laura L.: "La infracapitalización como presunción de culpabilidad del concurso en la ley uruguaya" - Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones - N° 253 - marzo-abril/2012 - pág. 531 y ss. Indicando que el numeral 2 del art. 193 de la ley concursal uruguaya establece la siguiente presunción absoluta: "Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de acreedores los fondos o los bienes propios del deudor hubieran sido manifiestamente insuficientes o inadecuados para el ejercicio de la actividad o actividades a las que se hubiera dedicado". Sobre sanciones a socios y administradores por infracapitalización, puede verse Junyent Bas, Francisco y Chiavassa, Eduardo N.: "La infracapitalización societaria y las alternativas sancionatorias a socios y administradores" Libro de ponencias de las Jornadas Internacionales de Derecho Económico Empresarial en Homenaje al Dr. Héctor Alegría - Bs. As. - 2011 - pág. 30

346 Mena, Celina M.: "Cesación de pagos versus insolvencia" en "Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffía" - Ed. Lerner - Cba. - 2008 - Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y "La empresa en crisis" - Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores: E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos R. Antoni Piossek y Ramón Vicente Nicastro

347 Richard, Efraín H.: "La empresa: su organización y crisis" - RDCO - Nº 253 - marzo-abril/2012 - pág. 407

Casadío Martínez, con doble perspectiva profesional, refiere a esa cuestión: "*Postulando que no cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquella constituye el fundamento para la declaración de quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiendo por tal un pasivo superior al activo*…"[348]. Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social -insolvencia- y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Hemos explicado[349] que "*la doctrina, en general, emplea de manera indistinta, las expresiones 'insolvencia' y 'cesación de pagos'. Esto es un grave error. La insolvencia es sinónimo de pérdida de capital y es un fenómeno económico, mientras que la cesación de pagos es un fenómeno financiero que no necesariamente está asociado a los resultados económicos*". Y hemos referido que la definición de insolvencia también encuentra su definición en el U.S. Code of Banckruptcy, que así la define: *"El término 'insolvente' significa: (A) En relación con una entidad distinta de una sociedad persona y de una municipalidad, la situación financiera en la cual la suma de las deudas de dicha entidad es mayor que todos sus activos, valorizados en forma justa*

… (B) Con referencia a una sociedad de personas, la situación financiera según la cual la suma de las deudas de esa sociedad de personas es mayor que el total de: (i) la totalidad de los bienes de esa sociedad de personas valorizados en forma justa … y (ii) la suma del excedente del valor de los bienes no societarios de cada uno de los socios solidarios…".[350]

Cotejando los trabajos de Siegbert Rippe[351] y de Miguel C. Araya, es claro que no es fácil definir o converger en la idea de insolvencia: "*No resulta necesariamente claro e indubitable el sentido de la palabra 'insolvencia' en la normativa hasta aquí considerada*" -la ley concursal uruguaya-, particularmente por su definición en el Diccionario, pero ante la "pérdida total del capital social", pese a que podría darse que la sociedad cumple con los pagos actuales, es claro que su patrimonio activo en ese momento determinado no es solvente para atender o afrontar la totalidad del pasivo. Por ello podría indicarse la situación como de "insolvencia", convencionalmente, para distinguirla de la "cesación de pagos", que puede derivar simplemente de que el activo ordinario es menor al pasivo ordinario.

Nos inclinamos por las interpretaciones contables en torno a no perder el sentido de las

348 Casadío Martínez, Claudio A.: "Informes del síndico concursal" - Ed. Astrea - Bs. As. - 2011 - págs. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia citada a la CNCom. - Sala B - 24/3/1981, LL - 1981-C-615

349 Fushimi, Jorge F.: "Insolvencia, pérdida de capital, cesación de pagos y otras cuestiones vinculadas" - VIII Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro de la República - Córdoba - 28 y 29/4/2016. Publicada en la revista de ponencias de la Jornada, págs. 5 a 14. Y posteriormente en Fushimi, Jorge F.: "La pérdida del capital social, insolvencia y operación acordeón a partir del anteproyecto de reforma a la ley general de sociedades" - XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - Libro de Ponencias del Congreso ("Hacia un nuevo derecho societario") - Ed. Advocatus - Cba. - 2019 - T. III - págs. 1953/64

350 En la versión original (partes pertinentes): Chapter 1: General Provisions; Section 101: Definitions: "The term 'insolvent' means— (A) with reference to an entity other than a partnership and a municipality, financial condition such that the sum of such entity's debts is greater than all of such entity's property, at a fair valuation … (B) with reference to a partnership, financial condition such that the sum of such partnership's debts is greater than the aggregate of, at a fair valuation— (i) all of such partnership's property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph (A)(i) of this paragraph; and (ii) the sum of the excess of the value of each general partner's nonpartnership property, exclusive of property"

351 Rippe, Sigbert: "Aproximación crítica al presupuesto objetivo del estado de insolvencia y de sus manifestaciones y efectos en la normativa concursal" en Anuario de Derecho Comercial - N° 14 - Ed. Fundación de Cultura Universitaria - Montevideo - marzo/2012 - pág. 9 y ss., que nos fuera obsequiado por su Director Ricardo Olivera García en ocasión de nuestra disertación en Montevideo en la Semana Académica - 23/11/2012, en que nos referimos a la preconcursalidad en análisis de las legislaciones societaria y concursal uruguaya y latinoamericana, dejando trabajo para su publicación

previsiones societarias en el ámbito concursal no para la apertura del concurso, sino para determinar responsabilidades y compatibilidades. Teniendo siempre en claro que se trata de un problema meramente terminológico, debemos convenir que las dos situaciones patrimonialmente distinguibles son en las sociedades: 1. el patrimonio activo inferior al patrimonio pasivo, o sea, patrimonio neto neutro o negativo que exterioriza la pérdida del capital y reservas, y 2. el activo corriente inferior al pasivo corriente, que exterioriza una imposibilidad transitoria de pago con medios normales. A lo primero cataloguémoslo a los fines de un pensamiento doctrinal como "insolvencia" y a lo segundo como "cesación de pagos".

Habiendo advertido sobre la terminología de las leyes argentinas y uruguayas, cesación de pagos e insolvencia como presupuesto objetivo para abrir un proceso concursal, corresponde lógicamente el análisis de las normas societarias que imponen conductas y responsabilidades a administradores y socios, y que trascienden del ámbito societario al concursal.

Las expresiones anticipadas introducen en el tema central la existencia de un derecho societario para paliar las crisis económico- financieras-patrimoniales. Y ahora nos preguntamos: ¿también deberemos pensar en un derecho de crisis del fideicomiso?

En este estado, destacamos la posición del jurista uruguayo Camilo Martínez Blanco[352], que acota el tema: "*En el derecho concursal, siempre ha sido de sus temas más controversiales el presupuesto objetivo habilitante para la puesta en funcionamiento del concurso*", y así lo reafirma la profesora española Juana Pulgar Esquerra[353] en su profundo análisis del tema que nos ocupa. Por lo pronto, en nuestro derecho mercantil, más precisamente en materia de quiebras, siempre había sido la "cesación de pagos" su presupuesto objetivo, concepto tomado del Código francés de 1807, que equiparó su noción a la del incumplimiento de obligaciones… Históricamente, el primer significado de "cesación de pagos" fue el que emerge de su propio sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir, por lo que cual cesación de pagos e incumplimiento eran términos que no se diferenciaban desde el punto de vista de su significación jurídica en orden a provocar la falencia.

Esas denominadas teorías materialistas sustentadas por los clásicos (Vivante, Bolaffio) identificaban cesación de pagos con incumplimiento, pero se fue evolucionado hacia estudios más avanzados. Primero, comenzó la doctrina italiana a sostener que no debía declararse en falencia al sujeto que simplemente había incumplido. Son las *teorías intermedias* las que sostienen que no hay cesación de pago sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos importan cesación de pagos. El presupuesto objetivo de la apertura concursal debería retrotraerse a los prolegómenos o estadios anteriores del estado de cesación de pagos, etapa a la cual se llamó "estado de crisis", "estado de preinsolvencia", "estado de dificultades económicas o financieras de carácter general". De ahí que el estado de insolvencia, condición para la apertura concursal, se puede definir en lenguaje técnico como la impotencia para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente). La mayoría de los autores españoles admiten el "desbalance" o sobreendeudamiento como un "*desequilibrio patrimonial -pasivo superior al activo- que puede verse solventado a través de la financiación externa, evitando así el concurso, dado que se viabilizan los pagos*"[354]. Por ello abogan por "*un concepto de insolvencia de fondo o patrimonial, abandonando o dejando fuera del*

352 Manual de Derecho Concursal - 2ª ed. revisada, actual. y ampl. - Ed. Fundación de Cultura Universitaria - Montevideo - 2012 - pág. 150 y ss.

353 Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal - Directores: García Villaverde, Rafael; Alonso Ureba, Alberto; Pulgar Ezquerra, Juana - Dilex SL - Madrid - 2003

354 Fernández de la Gándara, Luis: "Comentarios a la ley concursal" - Ed. Marcial Pons - Colección Garrigués - Madrid - 2004

concurso las situaciones coyunturales de iliquidez". Reiteramos que para nosotros es importante el "desbalance" como síntoma, aun cuando para otras legislaciones (la española, sobre todo) no alcanza. Pero, además, si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo), por lo que las dificultades son graves … importa mucho el llamado *desequilibrio aritmético* o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo, pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer la garantía común de los acreedores. Puede haber insolvencia incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que este concentra los compromisos de pagos en el corto plazo. De ahí la importancia de introducir el tema de la "insolvencia negocial". La profesora española Marta Prats Marquina[355] habla con muy buen criterio de la "insolvencia negocial", entendiendo por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la "insolvencia patrimonial", ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata.

Parece fundamental la reflexión conclusiva expresada en tanto que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica -informe Winter[356], tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: que "soportar las pérdidas" es a cargo de los socios, y las normas -¿imperativas?- congruentes que integran la legislación específica se enderezan a ello, como lo sostendremos en este ensayo.

Así como existe una tendencia doctrinal que sostiene la necesidad de enfocar el sobreendeudamiento de las personas humanas, particularmente empleados y jubilados, es fundamental determinar que, por lo menos en nuestro país, se hace necesario identificar normas que regulan las crisis societarias y que particularmente tienden a que socios y administradores resuelvan esas cuestiones sin dañar a los terceros.

V - CESACION DE PAGOS, INSOLVENCIA

Las expresiones jurídicas "cesación de pagos" e "insolvencia" tienen alguna otra apreciación desde lo contable y lo jurídico.

Para avizorar la cesación de pagos, se impone que las sociedades en sus balances anuales refieran los activos corrientes y los pasivos corrientes que se generaran en el año en curso. Si los activos corrientes no son suficientes para atender los pasivos corrientes, los administradores deberán buscar recursos para que la sociedad no caiga en cesación de pagos. Capitalización, préstamos. O presentarse en concurso preventivo, para lo que no hay un plazo concreto al igual que

355 Prats Marquina, Marta: "Insolvencia y crisis económico: su reflejo en el derecho concursal" - R. G. D. - Madrid - 1998
356 Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas

en otros países.[357]

A su vez, el mismo balance puede indicar al margen que el activo corriente sea suficiente para atender el pasivo corriente, que el patrimonio activo de la sociedad es inferior al patrimonio pasivo, lo que indicaría -salvo errores de valuación- que a la postre la sociedad no podrá atender todo el pasivo y estará en insolvencia.

Pero no desanimemos a los socios, quizá la sociedad puede ser viable si tiene medios para generar disponibilidades que vayan satisfaciendo las obligaciones exigibles en años futuros y superarse la insolvencia. A su vez, teniendo un patrimonio activo muy alto, la sociedad puede caer en cesación de pagos por ser sus activos de difícil realización y estar vinculados necesariamente a la consecución del objeto social.

VI - CAUSALES DE DISOLUCIÓN QUE NO IMPLICAN LIQUIDACIÓN

Estos últimos temas son afrontados por la ley societaria preventivamente, generando causales de disolución, que no imponen la liquidación como en otros países, pero sí agravan la responsabilidad de administradores y socios de control. La imperatividad y preeminencia de normas genera las soluciones. El artículo 96 de la LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y, por consiguiente, responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios podrán disponer que la sociedad se concurse -generando una regulación procedimental, que otorga tiempos y espacios para decidir-, pero sin autorizar a generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa[358]. Deben optar[359], pues, para no incurrir en una antijuridicidad y, de existir daño, deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p. ej., la capitalización, e incluso concursarse, pero sin alterar las opciones imperativas de esa norma.[360]

357 Gerbaudo, Germán E.: "La prevención de la insolvencia, los deberes de los administradores societarios en la evitación del daño y su responsabilidad concursal ante la falta de una oportuna presentación en concurso"- Doctrina Societaria y Concursal - Ed. Errepar - N° 387 - febrero/2020 - Bs. As. - pág. 93

358 Muiño, Orlando M.: "En torno a la indisponibilidad de la disolución por pérdida del capital social" - Crisis y Derecho - T. 1: "Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresaria" - Ed. Fespresa - Cba. - 2015 - pág. 124: "El segundo aspecto (disolución ipso jure) puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96, LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social 'si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento'. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine, LGS) … Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCyCo., implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social". Ricardo Olivera García en ap. III: "El orden público en la ley de sociedades comerciales" de su libro "Estudios de Derecho Societario" - Ed. Rubinzal Culzoni - Santa Fe - 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino a partir de discernir: ¿cómo se determina cuando una norma es de orden público?

359 Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la "Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico". En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96, LGS

360 La Corte constitucional colombiana, en sentencia T-597, definió de la siguiente manera estos conceptos: "Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir, las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas".

La cuestión se desata por la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación que podría derivar en quiebra. Los aspectos patrimoniales no siempre tienen exteriorización clara, como ya hemos anticipado. Estamos intentando distinguir[361] entre "cesación de pagos" e "insolvencia" para reflexionar sobre la responsabilidad de administradores y socios de control ante su avizoración, apareciendo contradicciones entre expresiones legales y realidad, pues a veces los activos están inmovilizados y hay patrimonio suficiente, pero no flujos de caja para atender el pasivo exigible. En otros casos, hay suficiente flujo de caja, pero un patrimonio inexistente, y así múltiples expresiones de la funcionalidad de un patrimonio. Pero esas exteriorizaciones imponen normas de resguardo que, sin imponer conductas, generan un cambio de responsabilidad acorde con la disposición legal de que los socios asumen el riesgo y las pérdidas, si el negocio se frustra. Las situaciones que hemos descripto no necesariamente llevan a la sociedad a una liquidación o a una situación concursal[362]. Por ello coincidimos con las expresiones de realidad que señala Olivera García[363] en similar sentido.

La ley concursal, ante el mero estado de cesación de pagos, permite anticiparse a las causales de disolución y evitar la situación de insolvencia que genera una zona de responsabilidad para administradores y socios de control, conforme la previsión del artículo 99 de la LGS, integrable por el artículo 150 del CCyCo. con la determinación del artículo 167 in fine, CCyCo.

VII - PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL

Se suele equiparar insolvencia con la causal de pérdida del capital social en un balance y, salvo

361 "Art. 94, LGS - Disolución: causas. La sociedad se disuelve: … 5. Por pérdida del capital social … Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración, de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos". "Las crisis de las sociedades y como abordarlas" - Ed. Fespresa - Cba. - agosto/2010 - págs.183, 185, 393, 427, 461, 465, 581

362 La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad, ni genera su novación. El art. 167, CCyCo. in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99, LGS y, si ha existido un fraude a la ley societaria, esa resolución no altera su juridicidad, conforme criterio de la CSJN en el caso "Provincia de Chubut c/Centrales Térmicas Patagónicas SA", donde apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general … se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo del 12/7/2001). Se impone así la problemática soslayada en los procesos concursales de sociedades: la interacción del derecho societario y el concursal. Visión práctica y sociológica que nos ha hecho pensar con el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en "El contraderecho", o sea, en las costumbres contra legem que se desenvuelven en esos procesos para transferir en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. "El abuso y el fraude" - VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - Tucumán - septiembre/2012 - T. 1 pág. 367

363 Olivera García, Ricardo: "La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal" en "Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la ley de concursos y reorganización empresarial" - Directores: Alejandro Miller, Alicia Ferrer, Zamira Ayul - pág. 31 y ss., realiza una relativización muy importante sobre estos aspectos, los que indirectamente comentamos de seguido. Nosotros también divagamos sobre ello, en aspectos responsabilizatorios más que patrimoniales en la misma obra colectiva "Diez años no es nada, pero en derecho concursal es mucho… Concurso de persona jurídica: la función de garantía del patrimonio" - T. II - págs. 1367 a 1444

supuestos como los que hemos dejando de resalto, así debe entenderse[364]. Por eso la ley de emergencia económica del 23/12/2019 suspendió por un año esa causal, ante la situación de crisis generalizada que ahora aparece expandida por la inactividad comunitaria.

Por eso pasa a tener relevancia en similar aspecto patrimonial la causal del artículo 94, inciso 4), de la LGS de "*imposibilidad sobreviniente de … la consecución del objeto*", y ello debe atarse inescindiblemente a un juicio de valor sobre la "viabilidad económica" de la sociedad que realiza ese "objeto", que impone la nueva redacción del artículo 100 de la LGS. Aquella norma original de la ley 19550, en su versión del año 72, fue asumida para todas las personas jurídicas en el artículo 163 del CCyCo. con una concepción diferente, pues no distingue causales de disolución de etapa de liquidación de la LGS, usando directamente la imposición de "se disuelve" por esa imposibilidad sobreviniente en el inciso c). Imposibilidad sobreviniente que puede tener múltiples razones, pero que nosotros la estamos encarando en este momento de imposibilidad de carácter patrimonial financiero. A su vez, el artículo 163 del CCyCo. agrega como apartado I "*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*".

En este punto, las expresiones adquieren cierta aparente coincidencia con la causal de liquidación del fideicomiso.

El centro de la cuestión, el valor tutelable, es "la conservación de la empresa viable", remarcable nuevamente hoy en medio de la pandemia sanitaria y patrimonial general por la Directiva Europea 2019/1023 del 20 de junio del año pasado.

VIII - LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO: UNA DIGRESIÓN PREVIA SOBRE SU CONCURSALIDAD PREVENTIVA

Aunque no es el objeto de este ensayo, no podemos soslayar ese tema, antes de ingresar al aspecto que nos convoca: la necesaria judicialización de la liquidación de un fideicomiso.

Aparece como previa la cuestión de la posibilidad de que se abra un concurso preventivo o que se permita la homologación judicial de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial como una solución a la liquidación por insuficiencia del patrimonio fideicomitido. Recuérdese la posibilidad de concursar preventivamente a una sociedad ya en liquidación, conforme artículo 5 de la LCQ, solución que hemos ponderado.

Una parte de la doctrina lo niega[365]. El fundamento de la negativa está dado por: a) la falta de personalidad jurídica del fideicomiso; b) la no inclusión del fideicomiso entre los sujetos concursables y c) el fracaso del concurso y el incumplimiento del acuerdo preventivo tienen como consecuencia la declaración de quiebra, vía esta expresamente vedada para la liquidación del

364 Tratamos el tema de infracapitalización e insolvencia en Fushimi, Jorge F.: "La responsabilidad de los administradores en la quiebra por infracapitalización de la fallida" - comentario al fallo "Interindumentaria SRL (s/quiebra) c/Fábregas, Ernesto Emilio y otros s/ordinario" - CNCom. - Sala D - 4/2/2020 - DSCE - N° 390 - mayo/2020

365 Por ejemplo: Arduino, Augusto H. L.: "Liquidación del fideicomiso" - RCCyC - octubre/2019 - 181; David, Marcelo A.: "Liquidación de patrimonios fideicomitidos en el Código Civil y Comercial" - RDCO - 27 - 1705 (quien no admite el concurso preventivo, pero sí el acuerdo preventivo extrajudicial, aunque -entendemos- habrá de ser sin homologación judicial). Kiper, Claudio M. y Lisoprawski, Silvio V.: "La insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el proyecto de Código Civil y Comercial" - SJA - 16/7/2014 - 29; JA - 2014-III: "El régimen proyectado continúa sin prohibir expresamente la vía del concurso preventivo, que una doctrina aislada considera viable en el sistema actual. Entendemos que la interpretación mayoritaria de la doctrina y los precedentes se impondrán en el sentido de que tampoco será viable en el nuevo régimen". Lisoprawski, Silvio V.: "Concurso preventivo del patrimonio fiduciario" - Diario LL - 19/10/2015 - 1; LL-2015-E, 1205

fideicomiso.

Otra parte de la doctrina, acepta la concursabilidad, tal el caso de Junyent Bas y Giménez[366], entre otros autores[367]. Nos explicamos: a) La personalidad o falta de personalidad, o el carácter meramente contractual del fideicomiso, no es óbice para la procedencia del concurso preventivo[368]. Si consideramos que el patrimonio del fallecido y los bienes existentes en el país por personas residentes en el extranjero son pasibles del concurso, concluimos que la personalidad jurídica no es un requisito de concursabilidad[369]. b) La no inclusión en el artículo 2 tampoco es requisito para la concursabilidad. Ni siquiera la exclusión es verdaderamente excluyente, tal lo que ocurre con las asociaciones mutuales que, pese a estar expresamente excluidas, la propia ley 20321 en su artículo 37 las incluye. c) El que no pueda declararse la quiebra, tampoco obstaría al concurso del fideicomiso, a condición de que ante el fracaso del concurso o su incumplimiento no se declare su quiebra, sino su liquidación judicial.

Quizá lo más preocupante es la posibilidad de imponer por una incidental mayoría las soluciones a los demás "acreedores" del patrimonio fideicomitido.

IX - SOBRE LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO VERSUS PLAN DE LIQUIDACIÓN PRIVADO

Llegamos a nuestro propósito: la liquidación judicial del fideicomiso. La expresión normativa, que repetimos, del artículo 1687 del CCyCo.: "*La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones … contraídas en la ejecución del fideicomiso*" -del primer párrafo- genera que, "*a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que está a cargo del juez competente*", ¿es equiparable a las locuciones o casos que hemos planteado? Algún parecido tiene, salvo disposiciones en la constitución del fideicomiso. Pero más que a una cesación de pagos deberíamos vincularlos a la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo o a la insolvencia[370], o a las previsiones del artículo 163 del CCyCo.

366 Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I.: "La insuficiencia del patrimonio fideicomitido" - RDCO - 296, 643: "Por nuestra parte, creemos con total convicción que el patrimonio fiduciario como tal es concursable y apelable y, ante la frustración de dichos procesos, procederá la liquidación, tal como lo establece el código. Esta solución que propiciamos consideramos que en muchos casos podrá ser más favorable al interés de todos los sujetos intervinientes en el contrato, como para los acreedores, pues admitirá 'recomponer la situación patrimonial' para continuar con el giro empresario"

367 Entre los que podemos encontrar a Larrondo, Evangelina y Wetzel, Fernando: "La aplicación de las normas concursales al fideicomiso" - RDCO - 282, 3; Molina Sandoval, Carlos M.: "La registración del fideicomiso" - Diario LL - 28/3/2016, 1; LL - 2016-B, 905: "El fideicomiso no quiebra, pero no importa necesariamente que no pueda presentarse en concurso preventivo, bajo la sanción de que su incumplimiento (o algunos de los supuestos que originen la quiebra indirecta) no dé lugar a una quiebra sino a una liquidación judicial en los términos del mencionado dispositivo". Molina Sandoval, Carlos A.: "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código" - Diario LL - 8/7/2015, 1; LL-2015-D, 1212

368 En similar sentido parece inclinarse Truffat, Daniel E.: "El concurso preventivo del fideicomiso insolvente, el golem y la sabiduría del rey Canuto" - Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE) - mayo/2020 - Bs. As.

369 El 4/3/2020, en la sesión inaugural del año académico 2020, en el Instituto de Derecho Comercial de la UNL -instituto del departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho UNC y del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-, sobre la temática del fideicomiso, uno de nosotros sostuvo las semejanzas del fideicomiso con una persona jurídica al ostentar un patrimonio, nombre y domicilio, representación orgánica e identificación tributaria -CUIT-, y de cómo en nuestro país es una decisión del legislador personificar o no (Richard), en la disertación de José Fernando Márquez, posterior, este coincidió con esa semejanza

370 En sentido contrario: Junyent Bas, Francisco y Giménez, Sofía I.: ob. cit., quienes sostienen: "Así, la 'insuficiencia' nominada la norma del CCyCo. resulta el mismo concepto que la cesación de pagos de la ley concursal". Al respecto, discrepa Reggiardo, Roberto S.: "El fideicomiso en el proyecto de Código Civil y Comercial" - DCCyE - octubre/2012 - 239; Sumario: capítulos 30 y 31, al sostener: "El último párrafo de la norma proyectada conserva la criticada disposición de la

Quizá los bienes aparentemente insuficientes podrían generar rentas para satisfacer las obligaciones a no muy largo plazo, o la colaboración de los que se perjudicarían con una liquidación de los bienes podría solucionar el problema, aunque no estuviere previsto inicialmente.

Estamos frente a una frustración del negocio. No es la imposibilidad absoluta de llevar adelante el fideicomiso, sino la insuficiencia de bienes para atender las obligaciones.

En el primer caso, parecería aceptada la liquidación privada, aunque quizá sea judicializada por controversias.

Y, para el caso de insuficiencia para atender las obligaciones "contraídas en la ejecución", parece conveniente referirse a la actuación del fiduciario y de su plan de negocios para pensar en las vías de liquidación.

Se hace necesario hacer una aclaración previa sobre la rendición de cuentas: el artículo 1675 del CCyCo. pone en cabeza del fiduciario la obligación de rendir cuentas con una periodicidad no mayor a un año, obviamente en los supuestos que ameriten dicho plazo. Esta obligación no puede ser dispensada contractualmente (art. 1676, CCyCo.), asumiendo así la obligación, el carácter de norma imperativa de orden público. Esa rendición de cuentas, conforme al artículo 859 del CCyCo., debe ser realizada:

a) de modo descriptivo y documentado; b) incluyendo las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión (¿memoria de la gestión?); c) debidamente documentada y d) concordar con los libros que lleve quien las rinda.

El reenvío de normas determina que el fiduciario está obligado a llevar libros (o registros contables) conforme a derecho, lo cual se condice de manera plena con la disposición del artículo 320 del CCyCo., que prevé que están obligadas a llevar registraciones contables todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

Dados los requisitos de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, y a que el contrato debe inscribirse en el Registro Público (cfr. art. 1669, CCyCo.) y si, como explicamos, está obligado a llevar registros contables a los fines de la rendición de cuentas, la misma no podrá realizarse si no es a través de la presentación de estados

LF de mantener la insuficiencia patrimonial del fideicomiso fuera del régimen falencial ordinario. Incluso deja abierta alguna duda sobre la posible asimilación de los conceptos de insuficiencia patrimonial con estado de cesación de pagos, definición esta suficientemente establecida en Argentina y por la cual hubiera sido conveniente optar expresamente". Lisoprawski, Silvio V.: "El fideicomiso y los legitimados para peticionar la liquidación judicial del patrimonio fiduciario 'insuficiente'. Requisitos y características" - Diario LL - 26/9/2018, 1; LL - 2018-E, 894: "La petición del fiduciario deber ser examinada a través de la acreditación de los hechos reveladores de la 'insuficiencia' del patrimonio fideicomitido para afrontar con medios regulares de pago las obligaciones que se generaron para cumplir con la finalidad del contrato, es decir, un verdadero estado de insolvencia. Caracterizado, recordando un concepto de Provinciali, que las obligaciones se cumplen de acuerdo con lo que es de regla en el tráfico comercial. Así, podría haber regularidad en los pagos, pero provenientes de medios irregulares o ruinosos que disimulan una situación de 'crisis terminal', deteriorando aún más el patrimonio fiduciario"

contables[371], conforme a la regla del artículo 326 del CCyCo.[372], lo que implica que por lo menos en ese momento debe advertir la crisis de la gestión encomendada.

Coherente con ese principio, la reciente directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20/6/2019, en su considerando 22, remarca: "*Cuanto antes pueda detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente o, en el caso de una empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación. Debe facilitarse información clara, actualizada, concisa y fácil de utilizar sobre los procedimientos de reestructuración preventiva, así como sobre una o más herramientas de alerta temprana, con el fin de incentivar a aquellos deudores que empiezan a sufrir dificultades financieras a que tomen medidas a tiempo. Las herramientas de alerta temprana que adoptan la forma de mecanismos de alerta que indican cuándo el deudor no ha efectuado determinados tipos de pago podrían activarse, por ejemplo, debido a un impago de impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social*".

Existiendo contabilidad, registros contables y estados contables, la rendición de cuentas no solo se debería limitar a brindar información de lo pasado, sino también a hacer una razonable estimación de las perspectivas futuras en lo inmediato, lo cual no solo implica informar de hechos acaecidos, sino trazar planes de acción y hacerlos conocer a los interesados (fiduciantes, beneficiario y fideicomisario), y tomar consciencia el fiduciario de las posibles dificultades.

Por ello, la pregunta es si la norma conlleva a una obligación ineludible, una imperatividad para el fiduciario, y si este no podría haber intentado generar -como sostenemos para las sociedades- un plan de liquidación privado que pudiera ser aceptado por todos los interesados[373].

371 Papa, Rodolfo G.: "El tratamiento contable del fideicomiso en el Código Civil y Comercial de la Nación. Una aproximación para abogados y contadores" - Doctrina Societaria y Concursal Errepar (DSCE) - T. XXVII - enero/2016: "Ahora bien, esta obligación de rendir cuentas a cargo del fiduciario, que replica el CCyCo. como principio general, debería materializarse a través de la confección de los estados contables del fideicomiso, siguiendo los lineamientos del informe (CPCECABA) 28/1997, y deberá necesariamente adecuarse a la normativa que sobre el particular también ha incorporado la nueva codificación unificada en lo referido al tratamiento de la contabilidad y los estados contables. De acuerdo con lo previsto por el art. 1675, CCyCo., el fiduciario, a través de la elaboración de los estados contables del fideicomiso, en su posicionamiento como administrador de un patrimonio fideicomitido, cumplirá con su obligación de rendir cuentas a través de la observancia de una serie de deberes contables"

372 Un razonamiento similar hicimos para las sociedades de la Sección IV en Fushimi, Jorge F.: "La contabilidad y la rendición de cuentas en las sociedades no constituidas regularmente o simples" - XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso de Derecho Societario y de la Empresa - publicado en el Libro del Congreso: "El Derecho Societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado" - Ed. Advocatus - Cba. - 2016 - T. II - pág. 1171

373 En igual sentido que nosotros, razona Lisoprawski, ob. cit.: "…Si bien este último artículo aparenta imponer el remedio judicial de la liquidación '...a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales...' (art. 1687), pensamos que esa vía no es excluyente de otras. El contrato de fideicomiso puede prever otros medios o facultades del fiduciario para superar el estado de 'insuficiencia'. No solo resulta de la inteligencia de la propia figura, montada sobre una base contractual, sino que expresamente se lo autoriza el art. 1704, CCyCo.: 'Facultades. El titular del dominio fiduciario tiene las facultades del dueño perfecto, en tanto los actos jurídicos que realiza se ajusten al fin del fideicomiso y a las disposiciones contractuales pactadas'. Sería contradictorio, además de disfuncional, que el art. 1687 imponga una limitación tan estrecha acerca del origen de los recursos para salir de una situación patológica de carácter terminal, que evidencia tal vez el mayor fracaso del negocio fiduciario, mientras otra (el citado art. 1704) le reconoce al fiduciario facultades basadas en las estipulaciones del contrato y la finalidad del fideicomiso que encabeza. Esas otras vías para salir del estado de 'insuficiencia' deben tender inequívocamente a sanear el patrimonio en crisis, no ser irregulares, no agravar la insuficiencia disimulándola, ni menos ser ruinosas, porque de lo contrario iría contra el art. 1674. El art. 1704 citado debe jugar armónica y coherentemente con la pauta de actuación impuesta en aquel artículo, que marca la conducta profesional debida por el fiduciario y su responsabilidad agravada"

El CCyCo. no se cierra a esta opción: el propio artículo 1687 prevé que "*la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a esas obligaciones no da lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación*…". De tal manera, es admisible que el fiduciario, buen y diligente hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él, plantee -con límite en los compromisos que pudieran asumir los fiduciantes y beneficiarios- un plan de negocios que tome como plataforma la contabilidad que sostenemos más arriba, que está obligado a llevar, y que bajo ese plan presente una modalidad de liquidación satisfactoria para los intereses de todos.

En esa forma de liquidación, hasta quizá resulte compatible con la modalidad prevista por fiduciante y beneficiarios para proveer recursos, y también con el interés de los acreedores en el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

La directiva (UE) 2019/1023 prevé en su considerando 24 que *el marco de reestructuración debe estar a disposición de los deudores*, entre ellos, las entidades jurídicas y, si así lo dispone la normativa nacional, también las personas físicas y los grupos de empresas, para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano, cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales. *El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial*. Entendemos que nada obsta a que la misma regla pueda aplicarse a un patrimonio de afectación específica que es administrado por un leal y diligente buen hombre de negocios.

Aparece nuevamente la idea de "renegociación" impuesta para los contratos de larga duración en el artículo 1011 del CCyCo., y que venimos sugiriendo que se adopte como escudo obligatorio por una norma legal que, generando un escudo, evite una saturación de la judicialización, dando un marco temporario suficiente para "renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos", lo que sin duda evitaría consecuencias insospechadas, y es integrable conforme los artículos 2, 8 y 10 del CCyCo.

Y esa renegociación no debería excluir al fideicomiso, o sea, permitir al fiduciario negociar con acreedores, fiduciante y beneficiarios.

Claro que el Gobierno debería actuar muy rápido, antes de que finalice este extraordinario receso judicial, quizá siguiendo las recomendaciones que formalizó el 5 de mayo el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), generando un escudo protector para la continuidad ordenada de los negocios, tratando de evitar concursalidad y liquidaciones cuando hay un pronóstico de viabilidad de la actividad empresarial.

No es tarea fácil frente a la impredictibilidad de los efectos de la crisis, pero hay que intentarla.

X - MÁS PREGUNTAS Y DUDAS

Un disparador de este trabajo fueron dos sesiones del Seminario Anual del Instituto de Derecho

Comercial del día miércoles 22/4/2020 sobre el tema "Liquidación judicial del fideicomiso" por los profesores Sergio Ruiz, Eduardo Chiavassa y Marcelo Villoldo; decidiendo postergar la conclusión de este ensayo hasta oír, dentro del mismo Seminario Anual, el día 29/5/2020, la disertación sobre Régimen de Liquidación de Patrimonios Fiduciarios por la profesora doctora Silvana María Chiapero, también emitida por vía electrónica, atento a las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Luego de oír estas exposiciones, claras y medulosas, se dispararon nuevas dudas respecto de este complejo instituto, con numerosas zonas grises. Planteamos algunas:

¿Quién insta la liquidación judicial del fideicomiso? ¿Solo el fiduciario? ¿No puede ser ejecutado? La jurisprudencia de Córdoba ha dado respuesta a esta inquietud. En el caso "Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Liquidación Judicial (mutuales - cías. de seguro)"[374] del 25/4/2018, se admitió que un tercero que había recibido cheques de pago diferido que fueron rechazados solicite la liquidación judicial del fideicomiso, estableciéndose además que el proceso abreviado era inadecuado para el proceso liquidatorio del fideicomiso. Ya, con anterioridad, la justicia de primera instancia, en fallo firme, se había pronunciado de manera tal que no cerraba la puerta a que un tercero pudiera solicitar la liquidación judicial del fideicomiso, en el caso "Fideicomiso Montevideo I o Touluse I s/liquidación judicial (mutuales - cías. de seguro)"[375], al expresarse que "*el fiduciario es el principal legitimado para demandar la liquidación del patrimonio del fideicomiso, en tanto es el responsable de su administración*". Evidentemente, la expresión "principal legitimado" no cierra la puerta para que otros legitimados también puedan hacerlo.

La siguiente duda parte de una situación de analogía con las sociedades: así como las causales de disolución de una sociedad no implican la liquidación, y la liquidación no implica que sea judicial. ¿Similar situación no se da en el fideicomiso?

Nos afirmamos en lo anticipado reiterando una explicación que sostenemos hace tiempo y que parece confundir a la doctrina: la constatación de una causal de disolución no implica la liquidación, solo altera la responsabilidad de los administradores y socios de control si se genera daño. Si alguna duda existía sobre este tópico, el artículo 100 de la LGS, introducido por ley 26994, debió despejarlas. Por otra parte, la liquidación extrajudicial, ordenada, transparente, con rendición de cuentas y en un marco de negociación de buena fe, cuando los bienes fueran insuficientes, haría menos oneroso al proceso liquidatorio. No debe soslayarse el costo judicial como óbice insuperable para la obtención de los mejores resultados en un proceso liquidatorio. Claro está que para ello no debe haber un acreedor o legitimado pasivo insatisfecho con esa solución que requiriera la apertura de la liquidación judicial, aunque de ello deriven más perjuicios.

¿No puede el fiduciario hacer una renegociación de buena fe con los acreedores, el fiduciante y los beneficiarios? Ya nos hemos anticipado por la respuesta afirmativa. Desde el mismo momento en que el artículo 1687 del CCyCo. autoriza -como medida sustitutiva de la liquidación judicial- que

374 "Fideicomiso Inmobiliario Panorámico. Liquidación judicial (mutuales - cías. de seguro)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª Nominación de Córdoba - 25/4/2018 - RCCyC - 2018 (octubre), 162

375 "Fideicomiso Montevideo I o Touluse I s/liquidación judicial (mutuales - cías. de seguro)" - Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 33ª Nominación de Córdoba - 10/7/2017 - RCCyC 2017 (agosto), 15: "El fiduciario es el principal legitimado para demandar la liquidación del patrimonio del fideicomiso, en tanto es el responsable de su administración". "Habiéndose comprobado la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución del emprendimiento inmobiliario objeto del contrato de fideicomiso y la situación de impotencia patrimonial de aquel, se impone la liquidación del patrimonio fideicomitido de acuerdo con lo establecido en el art. 1628, CCyCo. y con base en las normas de concursos y quiebras en lo que sea pertinente, con control judicial, para garantizar la debida protección de los derechos de acreedores y beneficiarios y demás sujetos eventualmente involucrados en el proceso"

el fiduciario requiera otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, no hallamos obstáculos legales para que todos los involucrados en el fideicomiso puedan entablar una renegociación de buena fe, y que esta pueda llegar a buen fin, evitando la liquidación o aceptando una liquidación privada. Esta situación podría encuadrarse dentro de la previsión del artículo 1710 del CCyCo. de prevenir daño o más daño.

Hay dos supuestos de conflicto: con la fiducia cumplida, pero con deuda pendiente y en cumplimiento de la fiducia y además deuda pendiente. Pero la renegociación podría ser fructífera en ambos supuestos. ¿Debería ser homologada judicialmente? No lo creemos por el valor de la autonomía privada en la contratación y, en tal sentido, la Recomendación I del IIDC. El riesgo resultaría de la omisión de algún perjudicado que, en tal caso, podría entablar una acción de responsabilidad contra los que estime le han generado el perjuicio, incluso la inoponibilidad.

Incluso la deuda podría ser impositiva o previsional, y el fiduciario, con la conformidad del beneficiario o el fideicomisario, podría acogerse a un plan a largo tiempo, dar por cumplida la fiducia y que el beneficiario, fideicomisario o incluso el fiduciante, o todos, la asuman.

Como se verá, hay más dudas que certezas, pero nos gusta arriesgarnos en torno a situaciones polémicas, basados en una

interpretación sistémica, conforme las previsiones del artículo 2 del CCyCo. Por otra parte, siempre sostenemos que en la disidencia se construye el sistema jurídico, pues no puede pretenderse que el legislador norme cuidadosamente todo lo que la actividad empresarial genera.

Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – Sede México

Este Instituto nació en Barranquilla –Colombia- por iniciativa de Jesús Sanguino Sanchez que convocó a un numeroso grupo de juristas de varias nacioaes. Su germen fueron las conversaciones del mismo con varios asistentes al II Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia en La Cumbre. Asistieron a Barranquilla los cordobeses María del Carmen Bima, Verónica Martínez, Efraín Hugo Richard, Horacio Roitman y Sergio Ruiz.

Desde su fundación el Instituto ha realizado continuos congresos anuales, algunos en Argentina, a los que se suman Congresos de los Capítulos nacionalaes. El argentino se encuentra presidido por la Prof. Lidia Vaiser. Parte de la historia puede verse en el libro *Perspectivas del Derecho de la Insolvencia* de Richard, editado por la Academia en 2012, que puede consultarse en su página web y la del Instituto.

La pandemia sanitaria, el aislamiento y la crisis empresarial generada, llevo a las Autoridades del IIDC y a su Comité Académico a desarrollar por primera vez Recomendaciones que hemos recogido en esta Sección de Estudios de Derecho Empresario.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL

COLABORACIONES Y RECOMENDACIONES PARA UN DERECHO GLOBAL DE CRISIS

1.- Los Hechos.

El mundo sufre una pandemia que pone en riesgo a la salud humana. El mejor remedio -en realidad el único- para su control es el aislamiento social. Este aislamiento trae como consecuencia inmediata e insoslayable la parálisis de la actividad económica. Los expertos señalan a nivel mundial la irrupción del coronavirus COVID-19 constituye un 'cisne negro', entendido como un evento de muy baja probabilidad con un impacto muy elevado.

Para 2020 la actividad económica enfrenta efectos contractivos como consecuencia del shock originado por la emergencia sanitaria.

Tengamos en cuenta que las cuarentenas, muy necesarias para contener la pandemia, paralizan alrededor del 50% de las actividades económicas. Se registran cierres parciales o totales de plantas de producción; cortes en la provisión de servicios y en las cadenas de suministro; contracción del consumo; reducción drástica de los viajes de negocio y turismo, así como el cierre de servicios de esparcimiento, colegios y universidades. Los sectores productivos más golpeados, y que por lo tanto más debemos proteger, serán las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes), que representan a más del 99% del tejido empresarial en América Latina y generan alrededor del 30% del PIB, según expresa Juan Carlos Elorza Director de Análisis y Evaluación Técnica Sector Privado en CAF – Banco de Desarrollo de América Latina al periódico uruguayo ElPaís 6 de abril 2020.

Idéntico panorama enfrentan las economías desarrolladas de Europa y USA.

En este contexto, se han sancionado normas, algunas transitorias y otras definitivas, tratando de dotar a la crisis económica derivada de la pandemia de los instrumentos que atenúen, corrijan o permitan superar la situación. Del mismo modo, se han propuesto normas aún no sancionadas.

A título de ejemplo, y para poder analizar lo que ya es derecho positivo, mencionamos algunas normas aprobadas: España: Real Decreto 8 de 2020 y Resolución 4070 publicada en BOE 26 de Marzo de 2020; Francia, Ley sobre cesación de pagos del 12/3/20; Colombia: Decreto 560/20 del 15/4/20; Chile: Ley Fogape 2020 del 15/4/20

2.- La propuesta

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, se permite aconsejar el dictado de normas mínimas, sin perjuicio de otras de carácter patrimonial, financiero, tributario, concursal o societario que cada país considere conveniente promulgar ante sus particulares realidades.

La pandemia sanitaria y los aislamientos han generado situaciones inéditas, sin precedentes, que nos han llevado a intentar un marco mínimo de sugerencias, tratando de evitar mayores daños y el atascamiento de trámites judiciales o administrativos.

Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los **emprendimientos viables**, privilegiando las **soluciones privadas**, la **recomposición de buena fe de las relaciones alteradas** y evitando quela crisis sea invocada innecesariamente.

2.1.- Normas generales anti crisis.

1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores.

2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados.

3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias.

4. Se analizará la conveniencia de crear Fondos o Fideicomisos de Garantía Bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos Fondos o Fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar.

5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés.

6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual sólo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria.

2.2.- Para personas físicas sin actividad empresarial.

Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo.

Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses.

2.3.- Sociedades.

2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y **deberán renegociar privadamente** sus relaciones:

1. Con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la

negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conforme el rubro.

3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestosadeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las renegociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC´s.

2.3.3. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos

2.4. Normas concursales.

Se recomienda, congruente con el marco de la **renegociación obligatoria**, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

1.- Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

2.- Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

3.- Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.

4.- Generar mecanismos legales –transitorios o definitivos- para lograr el acceso al crédito de las empresas de se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

5.- No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de Buena Fe.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL

RENEGOCIACION DE LOS ACUERDOS CONFIRMADOS

I) Aclaración previa

Las leyes de los distintos países utilizan terminología disímil para referirse a los mismos hechos, actos jurídicos o institutos, de modo tal que a fin de evitar tener que mencionar un mismo término, en sus diversas acepciones, dejamos explicado como aplicaremos los que se relacionan con este trabajo;

a) *Procedimientos concursales*. Lo usamos para referirnos indistintamente a los acuerdos privados extrajudiciales, a los acuerdos privados judicializables (confirmables), a los acuerdos abreviados o acelerados y a los concursos reorganizativos.

b) *Acuerdo*. Esta expresión refiere al resultado de la negociación entre el deudor y los acreedores, que también se lo denomina convenio, plan de reorganización, entre otros términos.

c) *Confirmación.* Este término alude a la decisión judicial de darle aprobación al acuerdo y a los efectos que del mismo se derivan. Se lo suele denominar también como, homologación, ratificación.

d) *Administración concursal.* Este término alude a los auxiliares del órgano jurisdiccional que suele ser identificado como síndico, liquidador (si se trata de un proceso liquidativo), mediadores u otros términos, pero que refieren a profesionales con especialización en la materia, que colaboran como técnicos en el desarrollo del proceso.

e) *Tribunal*. Refiere al órgano con jurisdicción concursal, sea judicial o administrativo.

II) Introducción

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, a través de sus autoridades, ha decidido generar un documento para ser difundido en la comunidad académica, en el cual se ponga de manifiesto las posibilidades que ofrece el derecho concursal para atender los conflictos de insolvencia que se han generado a partir de la emergencia sanitaria, producida por el virus COVID 19.

Esta crisis, en su aspecto económico-financiero, puede impactar sobre sujetos concursados, que, habiendo logrado la confirmación de un acuerdo alcanzado con sus acreedores, se encuentren en la etapa de cumplimiento. La crisis podrá afectar a estos deudores de modo tal que sobrevenga la imposibilidad de cumplir los compromisos asumidos en el acuerdo, pero más aún, también podrían

encontrarse en serias dificultades para cumplir las obligaciones del giro ordinario, o sea, obligaciones posconcursales.

Dentro de este contexto, el trabajo se dirige a desarrollar las distintas alternativas que se presentan para que, mediante el dictado de leyes de emergencia, este deudor pueda abrir una nueva ronda de negociaciones con los acreedores insatisfechos, a fin de modificar los términos y las obligaciones que resultan del acuerdo confirmado[376].

El estudio del derecho comparado muestra que las leyes concursales de los distintos países tienen semejanzas y diferencias en mayor o menor medida, y que, en lo que refiere a la renegociación de un acuerdo confirmado, existen distintas perspectivas. Algunas leyes lo admiten sin más, teniendo el instituto de la renegociación incorporado a la ley de concursos[377]; otras leyes, también lo tienen incorporado a la norma concursal, pero la posibilidad aparece como una situación excepcional o restrictiva[378]; en otros casos, la posibilidad ha sido receptada en estos días producto de crisis y dentro del contexto de leyes transitorias de emergencia[379]; por último, otros países no lo tienen contemplado ni en las leyes de concurso ni todavía en la legislación que se están dando para enfrentar esta emergencia[380].

Este trabajo tiene como objetivo poner de manifiesto las alternativas que enfrentará el legislador de cualquier país, que analice incorporar a su sistema concursal, -definitivo o transitorio- el instituto de la renegociación del acuerdo confirmado, el que deberá ser tomado como una guía de temas, poniendo a la vista las diversas opciones que pueden considerarse.

Igualmente, el trabajo incluye consideraciones sobre la presencia de normas que prohíben a un deudor que ha cumplido íntegramente con el acuerdo, a que vuelva a concursarse hasta pasado un determinado lapso de tiempo.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, considera que, en esta emergencia, la renegociación de los acuerdos en etapa de cumplimiento es una herramienta necesaria para facilitar la continuación de la actividad. Con respecto a la posibilidad de incluir en la negociación a los acreedores posconcursales, con mayores reservas y recomendaciones, igualmente considera que para esta emergencia puede ser necesario incluirlos.

III) Fundamentos para legislar sobre la renegociación del acuerdo

Las principales razones en las que se fundamenta el dictado de normas que regulen la posibilidad de la renegociación de un acuerdo confirmado, son las siguientes:

a. *Conservación de las empresas.* La conservación de la empresa, la que ahora más que nunca, implica la protección del trabajo, de los ingresos de una parte muy importante de la población, de la actividad económica, del empresario, de la paz social y con ello, la protección del

376 La referencia a un "acuerdo confirmado", se indica porque varias normas contemplan la posibilidad de modificar mediante nueva negociación, los términos de un acuerdo que aún no ha sido confirmado, aun cuando ya hubiera sido aprobado por los acreedores
377 Ej. Colombia, Chile, Ecuador
378 Ej. EEUU, Francia
379 Ej. España, Italia
380 Uruguay, Argentina, Brasil

interés general[381]. La renegociación del acuerdo puede implicar la viabilidad de la empresa y por ende su permanencia en el mercado[382].

b. *El derecho de los acreedores.* Se trata de darle a los acreedores la posibilidad de expresarse sobre lo que consideran mejor a sus intereses, se refiera tanto a los acreedores concursales, como a los posconcursales. La imposibilidad de renegociar implicaría en estos casos, que el proceso se transformara en liquidativo sin que los acreedores hayan sido escuchados, ni expedirse sobre si esta vía es la que prefieren como camino para el recupero de sus créditos, e incluso, tampoco contempla lo relacionado con la continuidad de la actividad comercial que a esa fecha pueden estar desarrollando con el deudor y que se agotarían en el proceso liquidativo.

c. *Los derechos del deudor.* La pandemia y su consecuencia - el cierre de comercios e industrias y confinamiento social- es, inequívocamente un factor exógeno a la crisis de la actividad económica. Si la ley no contempla la posibilidad de que el deudor vuelva a negociar con sus acreedores, la norma no permite tomar en consideración que la actual situación del deudor puede ser totalmente ajena a su gestión, e impide el análisis de la viabilidad o sustentabilidad de la empresa a posteriori de la renegociación y de suyo, a la liquidación y/o a la pérdida de su patrimonio, sin darle opciones.

d. *Prohibición a nuevo concurso.* Cuando la norma prohíbe que un deudor que ha cumplido totalmente el acuerdo, no pueda volver a concursarse durante un lapso de tiempo posterior a la resolución de cumplimiento del acuerdo[383], en realidad no solo restringe y limita al deudor, sino también les ocurre a los acreedores posconcursales, a los cuales no se los escucha sobre lo que consideran mejor a sus intereses[384].-

e. Es deseable que la ley suministre las herramientas que permita a los acreedores y al Tribunal, valorar el estado real de situación del deudor, las causas que lo produjeron, la posibilidad de que sean revertidas o superadas, en razón de la trascendencia de los intereses a tutelar.

f. En términos generales hay acuerdo que estas normas deberían tener un carácter transitorio, abarcando la emergencia sanitaria, más un lapso de tiempo que se extienda a posteriori del cese de la misma. Probado el procedimiento de modificación del acuerdo en aquellos países que no lo tienen legislado, y si la práctica demuestra que el instituto es eficiente, se recomendaría incorporarlo definitivamente a las normas concursales.

IV) Temas y Consideraciones

1. ***Posibilidad de nuevo concurso o acuerdo privado.***

- Varios países tienen regulada la posibilidad de que el deudor, estando en la etapa de

381 La Directiva n° 2019/1023 de 20 junio 2019 de la U.E. (Consejo y del Parlamento Europeo) ratifica una vez más y muy marcadamente, que para la Unión es una prioridad absoluta propugnar la conservación de las empresas. En mismo sentido Se expide la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Primera, Segunda y Tercera Parte UNCITRAL-CNUDMI

382 UNCITRAL-CNUDMI, Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Segunda Parte, "Modificación del plan después de la aprobación por los acreedores y Recomendaciones, Aprobación de las modificaciones

383 Tal el último párrafo del art. 59 de la Ley de Concursos y quiebras 24522 de Argentina. Se encuentran previsiones al respecto en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Primera, Segunda y Tercera de UNCITRAL-CNUDMI

384 Costa Rica admite el Concurso del concurso. Código de Comercio. El art. 742, admite que cuando se ha tramitado un proceso de reorganización con intervención judicial o un concordato preventivo, se podrá promover un nuevo proceso si acontecimientos no imputables al empresario o a sus representantes han llevado a la empresa a afrontar una nueva situación económica y financiera crítica.

cumplimiento del acuerdo, pueda proponer la renegociación del mismo con los acreedores que aún se encuentra con obligaciones pendientes, o sea, insatisfechos. En este orden mencionamos a Colombia[385], Chile[386], EEUU[387], Francia[388], México[389], Ecuador[390], Italia (para casos de sobreendeudamiento)[391], entre otros.

- Varios países han incorporado esta posibilidad en función de la emergencia producida por el COVID 19, con vigencia durante el lapso de tiempo que la misma se extienda, o sea, una norma provisional. Podemos citar, a España[392], Italia[393].

- Varios países lo están analizando y se encuentran presentados proyectos de ley al Congreso, para establecer la posibilidad.[394]

2. *A que deudores les serán aplicables estas previsiones*

- Debe considerarse si estas recomendaciones son aplicables solamente a los concursos de empresas (de cualquier dimensión) y/o a concursos de personas físicas con ingresos regulares, consumidores, profesionales, micro-emprendimientos, otros).

- El derecho comparado muestra regulaciones que permiten la modificación del acuerdo, tanto para procedimientos concursales de empresas, como también, de deudores personas naturales, profesionales y pequeños emprendimientos.

3. *Disposiciones de las leyes concursales que impidan al deudor volver a* intentar una nueva solución concursal, hasta pasado un lapso de tiempo desde la fecha de cumplimiento del convenio o acuerdo anterior

- Debe analizarse sobre la conveniencia o las dificultades que le ocasiona a un deudor que habiendo cumplido totalmente un acuerdo, la ley lo inhibe, o sea, le niega la posibilidad de volver a solicitar la apertura de un nuevo proceso concursal, hasta un determinado lapso de tiempo desde que se ha acreditado el cumplimiento.[395]

- La lectura de las leyes del derecho comparado examinadas, muestran que esta norma inhibitoria o prohibitiva, es de rara aplicación.

4. *Posibilidad de renegociar un acuerdo que ha sido homologado o* confirmado en etapa de cumplimiento.

- La crisis económica generada por la pandemia, puede poner a un deudor que está

385 Colombia, Ley 550/99 art. 35; Ley 1116/07 art. 45 y 46 (Audiencia de incumplimiento)
386 Chile, ley 20720 art. 83 (Modificación del Acuerdo)
387 EEUU Ley de Quiebras. Secc. 1127 (b), 1229 y 1329
388 Francia. Código de Comercio L. 626-26 y L. 626-31
389 México. Art. 166 bis. Si bien lo reguló en esta oportunidad de la pandemia, lo incorporó a la Ley de Concursos Mercantiles
390 Ecuador, Ley de Concurso Preventivo de 1997 (LCP), para la modificación del acuerdo, conforme al art. 37, requiere la presentación del deudor en forma conjunta con acreedores que representen no menos del 50% de los créditos no cancelados. Igualmente, la Ley de Emprendimiento e Innovación -LOEI- (2020), en el art. 55 inc. 3°
391 Italia, Ley 3/2012. Procedimientos por sobreendeudamientos. Art. 13, parr. 4° ter. Este país lo tenía previsto en el Código de Crisis corporativo e insolvencia (art. 58), cuyas vigencias se postergo en la emergencia, hasta el 1° de septiembre de 2021
392 España. RDL 16 de 28.4.20, art. 8 y 10
393 Italia D.L. 23 de 8.4.20, art. 9
394 Argentina, Brasil
395 Argentina. Ley 24522, art. 59 último párrafo, con una "inhibición" para volver a pedir la formación de un concurso, por el plazo de un año contado desde la fecha de la resolución del tribunal que ha cumplido el acuerdo.

tramitando la etapa de cumplimiento de un convenio, ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones de éste, pero también, frente a severas dificultades para cumplir las obligaciones generadas con posterioridad a la presentación, o sea, obligaciones posconcursales.

- Esto implica que, durante la emergencia, debe analizarse sobre la conveniencia del dictado de normas que admitan al deudor renegociar el acuerdo con los acreedores concursales, e incluso, incluir a los posconcursales.

- La renegociación de un acuerdo homologado o confirmado en etapa de ejecución debe tramitarse ante el mismo Tribunal que entendió con anterioridad.

a) Posibilidad de renegociar solo con los acreedores incluidos en el acuerdo.

Todas las normas que hemos citado supra, admiten esta posibilidad. Algunas lo admiten no solo para el concurso de empresas o corporativo, sino también para los pequeños concursos, y frente el sobreendeudamiento de consumidores.

La cuestión que se plantea es si la negociación la deberá hacer con los acreedores originarios o si se debe atender al crédito. En algunas legislaciones es libre la posibilidad de cesión de los créditos derivados de convenios concursales, en cuyo caso debería tenerse en cuenta el crédito y su titular al momento de la renegociación.

b) Posibilidad de renegociar con todos los acreedores que existan a esa fecha (concursales y posconcursales).

- Esta posibilidad se está previendo, con limitaciones o restricciones, en algunas normas de emergencia y, por ende, de carácter provisorio. A sus fines lo prevé Italia (D.L. n° 23 art. 9) España RDL n°16 art. 8 y 10), y un proyecto de reformas de Brasil[396].

- A juicio de algunos juristas, la inclusión de los acreedores posconcursales en la renegociación de un acuerdo, pone en peligro la financiación de los acuerdos que se promuevan en el futuro. Estos acreedores ofrecen dinero o crédito frescos al concursado en el momento en que más lo necesita. Incluirlos en un acuerdo de refinanciación en un pie de igualdad con los acreedores concursales supondría un enorme desestímulo al otorgamiento de crédito, excepto que la ley reconozca preferencias- privilegios para estos acreedores.

c) El procedimiento a aplicar para la etapa de renegociación será uno único para ambos supuestos, o debería diferenciarse cuando comprenda también a acreedores posconcursales.

- En caso de que la ley admita la renegociación, debe analizarse si la alternativa se desarrollaría por un único procedimiento para ambos supuestos, o si estos debieran diferenciarse, en razón de la diferencia que representa el ingreso conjunto acreedores concursales y posconcursales.

- Las normas utilizadas para este trabajo no muestran que apliquen un procedimiento distinto, no obstante podría considerarse que cuando se trata solo de renegociar con los acreedores concursales, el procedimiento podría ser simple y abreviado, con determinación del pasivo insatisfecho, dictamen del síndico o los controladores, una audiencia entre el deudor y sus acreedores y resolver conforme a su resultado[397], no obstante ello, algunas normas reenvían al

396 Brasil. Se encuentra presentado al Congreso, un proyecto de Reformas que incluye esta posibilidad, en su Capítulo II, Modificaciones provisionales, art. 12.
397 Tal el régimen de Colombia en el art. 46.

procedimiento utilizado para aprobar el acuerdo.[398]

- Deben analizarse y dar respuesta a los siguientes interrogantes:

a) Cuando la ley nada se dice, ¿se requieren las mismas mayorías de pasivo?

b) Acordada la modificación, ¿se impone a los acreedores disidentes o ausentes?

c) ¿Es modificable todo el contenido del convenio?, si la respuesta fuera negativa, ¿debería determinarse una lista (taxativa o no) de los tópicos a modificar?

d) En los casos en que pudieran existir acreedores ya satisfechos, ¿reviven para ellos la parte del crédito insatisfecha si la modificación mejora las condiciones previamente acordadas?

e) ¿Los votos deben computarse, sobre el pasivo actual insatisfecho y o sobre los pasivos originarios?

- Predomina la idea de que el peso de la renegociación no caiga exclusivamente sobre los acreedores, esencialmente, pensando que, en las actuales circunstancias, la renegociación será a la baja.

- Si la norma permite incorporar a los acreedores posteriores, las situaciones a resolver serían más complejas y deberá considerarse la necesidad de regular un procedimiento específico, como sería volver a permitir al deudor que recurra a algunos de los institutos concursales que la propia ley tiene ya previstos, tales como acuerdos privados extrajudiciales, concursos acelerados o abreviados o directamente los concursos preventivos-reorganizativos[399].

- Hay opiniones que sostienen que debería ser un procedimiento regulado minuciosamente, en atención que nos encontramos frente a una hipótesis de modificación en la composición del pasivo. Debe tenerse presente igualmente que se estaría modificando un acuerdo en fase de ejecución, por lo cual habría que determinar si es requisito de renegociación que el convenio está incumplido o simplemente la declaración del concursado que no podrá seguirlo cumpliendo.

- Debido a que la nueva ronda de negociaciones se realizaría con la preexistencia de un acuerdo, en la que existen acreedores que están esperando por sus créditos desde la apertura del concurso, deberá analizarse la conveniencia de regular un procedimiento concursal acelerado o abreviado[400].

d) Establecer si debe regularse mediante un procedimiento de renegociación con pocas previsiones o si la regulación debe ser detallista.

- Deberá considerar el legislador, si la norma en cuestión establezca solamente la posibilidad de modificar el acuerdo y deje al Tribunal y a las partes que generen las pautas para abrir y tramitar esta renegociación, o si, por el contrario, la norma deberá establecer un procedimiento detallado que permita a la vez, que el acuerdo pueda ser alcanzado por mayorías, sea confirmable y oponible a todos los de la clase incluida.

- Como quedara expresado supra, algunos juristas entienden que debería regularse

398 Tal lo establecido en el régimen de emergencia Español (art. 8), "la propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación; Chile, art. 83., Ecuador Art. 37.

399 EL proyecto de reforma de Brasil, el deudor deberá presentar un nuevo plan y someterlo al procedimiento previsto en la ley 11.101.

400 México, en el art. 166 bis de la Ley de Concursos Mercantiles, pareciera aplicar una suerte de procedimiento abreviado o acelerado, con un pre-acuerdo con una determinada proporción de acreedores.

minuciosamente y contemplando todos los aspectos, incluidas las mayorías exigibles y los efectos del nuevo acuerdo alcanzado. La regulación de las mayorías resulta esencial, en atención a que la exigencia de mayorías excesivas puede llevar al fracaso del instrumento y a su no empleo por los concursados y acreedores. Este problema ha sido expuesto principalmente por los juristas españoles cuya norma impide en los hechos arribar a convenios, y en tal orden, algunos proyectos de leyes de esta emergencia, muestran la tendencia a atenuar el régimen de mayorías.

e) Establecer si la norma que admite la renegociación, debe también contemplar la posibilidad de que ésta pueda ser pedida por los acreedores, para mejorar el acuerdo en caso de que las circunstancias del deudor hubieran cambiado favorablemente.

- Durante la etapa de cumplimiento de un acuerdo, pueden haberse modificado las condiciones económicas del deudor, en el sentido de haber mejorado, y en este contexto la norma puede establecer la posibilidad que el pedido de modificación de los acuerdos sea solicitado por los acreedores.[401] Sin perjuicio de los pactos de "mejor fortuna" que el acuerdo pudiera tener, en los casos en que éste no se encuentra incluido, se podría permitir que los acreedores pudieran pedir una revisión del acuerdo al alza. Algunos doctrinarios sostienen que los acreedores podrían pedir revisión del acuerdo, cuando, por ejemplo, la sociedad concursada se dispone a repartir utilidades entre sus socios o accionistas.

f) Establecer si la norma debe contemplar la posibilidad que la renegociación sea con alguna clase o categoría de los acreedores insatisfechos y en su caso, que ocurre con los que no han ingresado a la renegociación.

- Puede darse una situación en la cual el deudor que se encuentra en conflictos para cumplir un acuerdo, solo le sea necesario negociar con alguna clase o categoría de sus acreedores, por ejemplo, los financieros o determinados proveedores o prestadores de licencias, servicios, etc.

- Frente a estos supuestos, se debe analizar si la ley puede autorizar que la renegociación sea parcial y permitiendo que el deudor siga cumpliendo las obligaciones emergentes del acuerdo, con respecto del resto de los acreedores, o sea, los no incluidos.

En este supuesto, donde el deudor deba cumplir con los acreedores no incluidos, se deben analizar las siguientes alternativas:

i) Que el deudor solo pueda comenzar a cumplirles, luego de que los acreedores incluidos hayan acordado las nuevas condiciones con el deudor y el Tribunal haya confirmado el acuerdo.

ii) Que el deudor solo pueda pagar a los acreedores no incluidos en la renegociación, con el producido del giro de su actividad y sin involucrar la realización de bienes del activo.

iii) Que el deudor pueda pagar a los acreedores no incluidos en la renegociación, con bienes no necesarios para el giro operativo y en éste caso, puede exigirse que el Tribunal otorgue o no autorización previa.

g) Diferenciar si la renegociación implica modificaciones sustanciales o solo postergación de los plazos de pago.

- En las leyes de emergencia que se están dictando, aparece una diferenciación en el tratamiento de la renegociación, si la misma implica una propuesta de reforma sustancial del acuerdo o si solo implica una postergación de los plazos de pago o de cumplimiento de las

401 EEUU Sec. 1229, 1329

obligaciones[402].

- Debe considerarse que, en el primer caso, si se trata de una nueva negociación con modificación sustancial del acuerdo o que incluya también a los acreedores posconcursales, debería abrirse necesariamente una consulta y audiencia a los acreedores alcanzados.

- Si se tratara de un establecer un plazo máximo de prorroga[403] o podría delegar en el Tribunal, ante situaciones excepcionales, que previa acreditación de la misma por el deudor (certificación o dictamen postergación de los plazos de pago, sin quitas ni alteraciones de importancia, la ley pueden de contador), éste determine un plazo para la prorroga que no podrá exceder las previsiones que la ley le autorice.

5. *Acreditación de la viabilidad de la actividad*

- Una parte importante de las legislaciones del siglo XXI[404], exige que el plan de reorganización o reestructuración que presente el deudor, o que prepare la administración concursal para ser presentados a la aprobación de los acreedores, acredite la capacidad de que la empresa, como consecuencia del mismo, se transforme en sustentable a futuro, o sea, una "empresa viable".

- Debe considerarse si la acreditación de viabilidad, es una exigencia aplicable en esta emergencia (COVID 19) o si la misma debe omitirse ante la incertidumbre futura (desenvolvimiento futuro de la empresa, normalización de la actividad, del cuadro financiero o de liquidez y de la rentabilidad esperable).

- En general, los juristas entienden que una noción tan compleja como la de viabilidad, debería ser dejada de lado en las actuales circunstancias, por su difícil determinación al caso concreto; acreditación de viabilidad y emergencia, no serían compatibles.

6. *Considerar si la apertura de la renegociación debería tener efectos* suspensivos respecto de la agresión al patrimonio, en su caso, cuales, límites, paraguas, blindajes, financiamiento y demás.

- El legislador deberá contemplar la situación en la cual queda colocado el deudor que solicita un pedido de renegociación de un acuerdo en etapa de cumplimiento.

- En tal orden, expedirse sobre si la iniciación formal (extrajudicial o judicial) de una renegociación, evitaría que se inicie un proceso liquidativo a pedido de acreedor.

- Igualmente, si a dicha presentación le conferirá efecto suspensivo sobre las ejecuciones y algunas cautelares, tales subastas y secuestros, embargos de fondos líquidos y otros similares.

- En caso de que la ley concursal o la ley de emergencia admitieran que el deudor incluyera en la negociación de su pasivo a ambos acreedores, concursales y posconcursales, el procedimiento que el legislador establezca igualmente debe prever la tutela a la agresión al patrimonio durante un lapso de tiempo.

402 Italia, D.L. 23 /2020

403 Italia, art. 9 del D.L: 23/2020

404 Muy receptada en el derecho concursal Europeo del siglo XXI y que se ha ido difundiendo también en el derecho de latinoamericano.

- Asimismo, deberá analizarse la posibilidad de establecer un blindaje para los actos jurídicos que se den vinculados con la aprobación del acuerdo, en relación con las eventuales acciones futuras de ineficacia, rescisorias o revocatorias, estableciendo las exigencias y resguardos bajo los cuales el blindaje tendrá eficacia.

- También podría considerarse dentro del marco de la emergencia, la posibilidad de conceder privilegios o preferencias futuras para quienes aporten financiamiento a la empresa o del deudor.

***7. En la renegociación, como deben considerarse los créditos de los* acreedores anteriores o sea los del concurso, actualizados, traerlos a valor presente.**

- Considerando que la mayor parte de las legislaciones establece que el acuerdo produce efecto "novatorio" respecto de las obligaciones que han sido objeto de reconocimiento en el proceso concursal, es necesario que el legislador prevea como serán traídos a valor presente los crédito insatisfechos concursales y en su caso, si devengaran intereses, desde cuándo deben computarse los mismos (desde la presentación, desde el incumplimiento, desde la fecha prevista para cada pago), si están incluidos o no en las cuotas del acuerdo, o que otra modalidad de readecuación equitativa para dichos créditos deberá aplicarse.

- Si el acuerdo tuviera reconocido intereses para el pago de las cuotas, deberá considerarse si este será el interés a aplicarse para ajustar dichos créditos al momento de esta renegociación, o en su caso, si corresponde aplicar otro interés que pudiera ser más justo o equitativo.

8. *Que tratamiento darles a los créditos de los acreedores* posconcursales, en caso de que la de renegociación incluya ambas clases de créditos.

- Se sostiene que los acreedores posconcursales son los que han permitido o facilitado que el deudor concursado pueda seguir operando y con ello, la posibilidad de que cumpla el acuerdo, habiendo asumido el riesgo de estar comerciando con un deudor concursado. Debido a ello, varias normas tienen establecido que en caso de que el proceso se convierta en liquidativo, estos créditos deben ser reconocidos con alguna preferencia frente a los créditos concursales. Como puede pensarse, esta es una situación de muy posible ocurrencia frente a la crisis actual y, por tanto, el legislador deberá considerar que tratamiento darles a estos créditos posconcursales en caso de que se admita una negociación los incluya.

- Algunas leyes les dan el tratamiento preferente de los créditos contra la masa (ej., gastos de conservación y justicia)[405].

- Otra posibilidad es reconocerles algún rango de privilegio, seguramente por detrás de los acreedores laborales o participando hasta un cierto porcentaje con los mismos.

- En que rango se colocan a los créditos fiscales con relación a estos acreedores posconcursales. Se podría distinguir entre créditos fiscales concursales, de lo que fueran créditos fiscales posconcursales.

405 El RDL 16/20 de España, en su art. 8 cuando se trata de un "convenio" en la renegociación del acuerdo, establece que "en ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio originario" y tanto los créditos posconcursales que ya tenían la preferencia de créditos contra la masa, como los que no la tenían, no deben ser afectados.

- Otro interrogante que debe allanarse, es que tratamiento tendrán los créditos que tienen reconocidos privilegios en el concurso y que aún no han sido satisfechos. Las normas concursales consultadas, establecen que los privilegios permanecen y deben respetarse.

9. *Cuál sería la situación de los garantes del deudor (fiadores, codeudores,* etc.), sean garantes anteriores a la presentación en concurso y/o garantes del acuerdo.

- Otros de los temas que debe ser considerado en relación con la renegociación de un acuerdo en etapa de cumplimiento, es la situación de los garantes del deudor (fiadores, codeudores solidarios, principal pagador), sea tanto los anteriores a la presentación, como de los que se hubieran constituido como garantes del acuerdo.

- En principio serían muy pocas las leyes que, cuando se alcanza un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, les reconozcan a los garantes del deudor -anteriores a la presentación-, que se beneficien con los términos del acuerdo. De modo tal que los garantes siguen respondiendo por el total de la deuda garantizada, sin los beneficios resultantes del acuerdo. Por lo tanto, respecto de ellos no se produjo novación y los mismos siguen respondiendo, aún en la renegociación, por la deuda en plenitud, o sea, íntegramente.

- Respecto de los garantes del acuerdo, las modificaciones del mismo, si resultaran ser más gravosas, no podrían serles exigidas, excepto que las hubiera aceptado. No obstante, y salvo previsión en el acuerdo donde se constituyeron en garantes o por liberación posterior que le concedan los acreedores en la renegociación, los garantes del concurso tampoco podrían favorecerse por las mejoras que el mismo contenga.

Si la negociación incluye a los acreedores posconcursales, los garantes tanto anteriores al concurso, como los del concurso, no responden frente a estas acreencias, excepto que las hayan aceptado como condición impuesta por los acreedores para alcanzar el nuevo acuerdo.

10. *Incluir en las disposiciones legales la creación y actuación de órganos del control y auditoria de cumplimiento del acuerdo renegociado.*

En aquellas legislaciones que no contienen normas sobre “Comité de Acreedores”, debería analizarse su inclusión.

-La norma debería determinar las condiciones para la integración de dicho órgano y las competencias de éste en orden al contralor y auditoria asignados.

-Debería dotarse a dicho comité de la facultad de solicitar al Tribunal las medidas que estime del caso, así como la de modificar el convenio al alza o a la baja.

-Debería asignarse al comité la facultad de realizar prepagos de las cuotas del convenio y la situación de los flujos de caja lo permiten, acortando los plazos de cumplimiento.

Consejo Académico del IIDC

Mayo 2020

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL

FINANCIACIÓN "PRIVADA" PARA EMPRESAS EN CRISIS

Siguiendo en el camino trazado por las recomendaciones anteriores (Documento 1 y 2), el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, a través de sus autoridades, ha decidido generar un Documento para ser difundido en la comunidad académica, en el cual se ponga de manifiesto las posibilidades que ofrece el derecho de la crisis para atender las dificultades económico-financieras o la insolvencia de las personas físicas o jurídicas, producto de la emergencia sanitaria producida por el virus COVID 19, y en este caso se ha decidido abordar lo relativo al financiamiento pre y posconcursal de los deudores alcanzados por la crisis.

El objeto de éste documento, es analizar la posibilidad de que el deudor acceda a financiarse para lograr mantener el giro o la actividad en la búsqueda de alcanzar el saneamiento y la viabilidad a futuro, mediante las herramientas que le provee el ordenamiento jurídico.

I) Introducción

Los sujetos alcanzados por una crisis económico-financiera que pretendan continuar con el giro de su actividad, normalmente necesitan recomponer su estado financiero, de modo tal que al financiamiento y la recomposición del crédito se los considera como un "financiamiento de rescate" en orden a permitir la superación de la crisis. En muchos casos, no es suficiente -por ejemplo- con que los proveedores, los prestadores de servicios, o la continuación de algunos contratos, atiendan determinados requerimientos del deudor, siendo muy común que la crisis financiera haya licuado o evanecido el capital de trabajo, componente éste indispensable en la dinámica de la actividad empresarial. El acceso a los recursos líquidos (dinero nuevo o fresh money) se transforma en un elemento vital para el deudor en continuidad[1], pues son estos recursos los que le van a permitir atender los pagos corrientes, tales como los servicios[2], sueldos y remuneraciones, prestaciones profesionales, algunos insumos críticos, y también para poder financiar la comercialización de sus productos (bienes o servicios), sin lo cual, la empresa no compite en el mercado.

Desde ya hace muchos años, el derecho concursal -hoy referido indistintamente como derecho

1 Sea que la continuidad sea llevada adelante por el deudor (deudor en posesión) o por los funcionarios del proceso (síndicos, administrador del concurso, conciliadores, etc).

2 Ej. Energía eléctrica, gas, teléfonos, informática, comunicación virtual, etc.

de la crisis[3]- de todos los países viene postulando la necesidad de otorgarle protección a las empresas en dificultades, atendiendo a la importancia que las mismas representan en cada comunidad, a tal extremo, que su tutela se ha configurado como uno de los principios capitales del derecho concursal: "principio de conservación de la empresa". El camino del rescate a la empresa en crisis, hoy se intenta tanto desde instrumentos contractuales, herramientas extrajudiciales, como de procedimientos judiciales.

Igualmente, hasta no hace mucho tiempo se hablaba de "financiamiento pos concursal" con lo cual se aludía claramente al financiamiento de un deudor con un proceso concursal abierto, lo que comprendía dos etapas; desde la resolución de apertura del proceso hasta la confirmación del acuerdo, y una segunda, que comenzaba cuando el acuerdo que era confirmado, y de allí en adelante[4]. Ahora se regula la financiación en la etapa de las tratativas extrajudiciales y aún antes de que el deudor esté técnicamente en insolvencia (preinsolvencia) y también en el lapso de tiempo que media entre la presentación (voluntaria o necesaria) y la resolución de apertura, lo que muestra la amplitud del espectro actualmente alcanzado para el financiamiento de las crisis empresariales. Esta amplitud, ha acompañado la evolución del principio de conservación de las empresas.

El financiamiento puede ser requerido por el deudor en posesión que continúa con la administración de la empresa (DIP o deudor no desapoderado), o por los funcionarios del proceso cuanto los mismos continuación de la actividad del establecimiento.

En algunos casos la financiación puede ser inclusive, para facilitar la continuación de la actividad o el mejor valor de realización de la empresa dentro de los procesos liquidativos y también ser requeridas por el funcionario (liquidador).[5]

En relación con el financiamiento de las empresas en crisis, advertimos que deberá existir un necesario equilibrio entre la tutela del crédito concursal y la conservación de la empresa. No se pone en dudas que ésta última, para poder permanecer en el mercado en procura de su recuperación, necesita del financiamiento; la mayor posibilidad de recomponerse y transformarse en una empresa viable, se asocia con el acceso al financiamiento, con lo cual anticipamos que la asistencia financiera debería llegar en los estadios preliminares, o sea, antes de que se consolide la insolvencia o cesación de pagos. Ahora bien, el financiamiento debería traducirse en una mejora para los acreedores, la que se puede materializar en la viabilidad de la empresa y con ello en la capacidad de pago del pasivo anterior, o en un incremento del valor de la misma o de sus activos.

Vemos que los Organismos Internacionales destacan como de gran prioridad, que las leyes que se dictan para atender las crisis, generen herramientas jurídicas eficientes para facilitar la recuperación de las empresas afectadas y en tal orden, emiten Consideraciones y Recomendaciones que se expiden sobre el acceso al financiamiento de las empresas, al que consideran como una

3 El concepto sería entonces abarcativo de los institutos preconcursales extrajudiciales y los concursos judicializados.

4 La financiación estaba -normalmente- incorporada al acuerdo acreditando como se iba a sostener y con qué recursos, el plan de reorganización.

5 N.U.- CNUDMI, Guía Legislativa Segunda Parte, Recomendación n°63, pág. 142. "El régimen de la insolvencia debería dar facilidades e incentivos al representante de la insolvencia para que obtuviera crédito tras la apertura del procedimiento si el representante lo estimase necesario para mantener en marcha la empresa del deudor o garantizar su supervivencia o para preservar o incrementar el valor de la masa. El régimen de la insolvencia podrá requerir la autorización previa del tribunal o de los acreedores para la concesión de crédito tras la apertura". En mismo sentido, Código de Quiebras de EEUU, Secc. 363, 364 y otras.

necesidad imperiosa para la sobrevivencia de las empresas y su continuidad operativa. Por ello, recomiendan que las leyes permiten o faciliten el acceso al financiamiento desde la oportunidad más temprana que sea posible, en tal caso, desde que el deudor convoca a sus acreedores para negociar un acuerdo tendiente a superar sus dificultades, incluyendo a la etapa preconcursal (extrajudicial), y posteriormente, también para la tramitación de acuerdos abreviados, acelerados, o judicializados confirmables, esto, sin descuidar el derecho de los acreedores. En tal orden se habla de "financiamiento provisional", y de "nueva financiación"[6].

La pandemia COVID 19 ha producido una eclosión, un verdadero "tsunami", en la economía de los pueblos, a quienes más, a quienes menos, pero en su mayoría han sido alcanzados por los efectos que están produciendo el aislamiento social sanitario y el cese de la actividad.

El objeto de este documento es aportar ideas para el dictado de leyes de emergencia que permitan a los deudores afectados por esta crisis, el acceso financiamiento que les facilite el mantenimiento de la actividad y la posibilidad de alcanzar la sustentabilidad futura, o sea, la viabilidad ahora afectada.

Son muchos los países que tiene regulaciones dirigidas a favorecer el financiamiento para las empresas en dificultades, dentro de sus normativas de crisis empresariales, veamos algunos diseños:

- Algunas normas contemplan desde el *"financiamiento provisional o previo",* para deudores con necesidades imperiosas para poder continuar con la actividad que se manifiestan desde antes de ingresar a un proceso concursal judicializado y continúan con el *financiamiento definitivo* en los acuerdos judicializados o en los casos de acuerdo privados de reestructuración o financiación, que solicitan su confirmación.[7]

6 Naciones Unidas. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) , en la Guía Legislativa sobre el régimen de la Insolvencia, Segunda Parte (2006) en Capítulo II, D., Financiamiento Posterior a la apertura del procedimiento, p. 136 y s.s. y Recomendaciones 63/68, se expide sobre la necesidad del financiamiento posterior a la apertura del procedimiento para que la empresas siga funcionando después de dicho acto y seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, incluidos los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes, admitiendo que el financiamiento puede ser también necesario, entre la fecha de presentación y seguidamente desarrolla diversas alternativas para su operatividad, concluyendo con las Recomendaciones p. 141/143.
Unión Europea; asimismo y en fecha más reciente (2019) y con conceptos más actuales, el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo han dictado la Directiva (UE) 2019/1023, la cual en sus Consideraciones 66/70 y en el Capítulo IV, arts. 17 y 18, disponen que; Los Estados miembros garantizarán que se proteja adecuadamente la nueva financiación y la financiación provisional. Como mínimo, en el caso de una posterior insolvencia del deudor...". A diferencia de la Guía Legislativa, la Directiva 1023, avanza sobre al "financiamiento provisional" y que corresponde a una etapa anterior a la apertura de un procedimiento de insolvencia, sobre la eventual necesidad de un control ex-ante o una posterior confirmación por autoridad judicial o administrativa. En el art. 18 se deja sentado una previsión de importancia para establecer en los Estados miembros relacionada con la financiación de deudores en crisis, al establecer: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, los Estados miembros garantizarán que, en caso de una posterior insolvencia del deudor, las operaciones que sean razonables y necesarias inmediatamente para la negociación de un plan de reestructuración no puedan ser declaradas nulas, anulables o inejecutables por el motivo de que dichas operaciones sean perjudiciales para el conjunto de los acreedores, a no ser que concurran otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional".
7 España, Ley concursal. El art. 71 bis, consolida la validez de determinados actos jurídicos, entre los cuales están comprendidos los de financiación, celebrados con anterioridad a la declaración del concurso (1.b), siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.

- Otros países lo regulan para los deudores que están tramitando un proceso de insolvencia, que pueden quedar comprendido desde la presentación en adelante o sea, aún antes de estar abierto;[8]

- Otros países reconocen únicamente una preferencia (créditos de la masa o prededucibles) para los acreedores que mantienen relaciones negociales con deudor, desde la fecha de apertura en adelante, sin contemplar otras fuentes de financiamiento.[9]

- Y en cambio, otros países aún no se han dado normas específicas a estos fines[10].

Respecto de los países que ya tienen legislado lo relativo al financiamiento de las empresas en crisis, quizá deban ajustar sus regulaciones para atender la emergencia. Los países cuyas leyes no tienen previsiones, deberían dárselas.

El financiamiento de las empresas en crisis puede provenir desde el ámbito público (crédito público, en sus más diversas versiones) o desde el ámbito privado, y en este último caso, el financiamiento puede ser "interno" o sea, desde el interior de las mismas empresas afectadas o "externo" y en tal caso, desde el exterior, digamos, provenientes de terceros.

De la lectura de las Consideraciones y Recomendaciones de la Directiva 1023/2019 de la Unión Europea, advertimos que el Parlamento Europeo pone un fuerte acento en la necesidad de mejorar de las herramientas que permitan o faciliten el otorgamiento del financiamiento para las empresas, lo que nos hace pensar que no obstante la presencia de éstas regulaciones en las normativas de crisis de los países que la integran, los efectos alcanzados hasta la fecha no son los esperados, o no lo son suficientemente, por lo cual dictan Recomendaciones para mejorarlos. Esta Directiva nos pone frente a una realidad innegable; el financiamiento de las empresas en crisis es un tema complejo, delicado, conocido desde hace mucho tiempo, pero que aún no ha logrado establecerse con éxito, ello es producto de los conflictos que se generan en orden al reparto o distribución de los

---

Estas disposiciones han pasado con algunas modificaciones al nuevo Texto Refundido que tendrá vigencia a partir de septiembre de 2020. Italia. Ley de quiebras. Arts. 99, 101, 182 quarters y 182 quinquies.

8 Colombia, Ley de insolvencia empresarial 116/2006, art. 41, 42 y 71, y D.L. 560 de abril 2020 art. 5. México,
Ley de Concursos Mercantiles, art. 37, 43, 75, 224 regula el financiamiento para el "deudor en posesión (DIP) o financiación posterior al comienzo. Francia, Código de Comercio. Prevención de las dificultades, Art. 611.11; Procedimiento judicial de salvaguarda, 622,17, y Liquidación Judicial, 641.13. Chile, Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas (20720) art. 72 a 76, que toma operaciones posteriores a la presentación y hasta 8 días anteriores a la fecha de la resolución de apertura.
EE. UU., Ley de quiebras. Secc. 363, 364, 503 (b) (1) y 507. La situación puede darse, una vez radicado y dentro de un caso de Chapter 11, 12, 13 o hasta un 7 en algunos casos, donde el síndico puede operar el negocio previo a la liquidación. Además, relacionado al tema de los financiamientos al deudor en posesión o sindico post radicación, están los "pre-pacs" o acuerdos para las quiebras pre-acordadas o las ventas en partes o total del negocio pre acordadas a ser confirmadas judicialmente dentro del caso de quiebra o al final, como parte del plan de confirmación, que son otras formas de financiar una reorganización de empresa.

9 Uruguay. Ley 18387 Declaración judicial y del concurso y la reorganización empresarial, art. 91.4. los considera créditos contra la masa. La norma no tiene otra previsión relacionada con el crédito empresarial en la crisis o reorganización. Colombia, Ley 1116/2006, art. 71, también dispone las obligaciones causadas con posterioridad a la fecha del inicio del proceso, son gastos de administración.

10 Argentina, Ecuador, que no contiene normas directas aplicables al financiamiento en la Ley de Concurso Preventivo, pero si algunas indirectas respecto del tratamiento del crédito bancario (art. 53 respecto del DIP)

efectos de la crisis.[11]

Dos presupuestos se consideran necesarios para atender el financiamiento de una empresa en crisis; la existencia de una propuesta que permita acreditar razonablemente el saneamiento de la misma, que se exterioriza a través del plan de reorganización, y, la "viabilidad" de la empresa una vez reorganizada, a fin de que el nuevo crédito o financiamiento, no se transforme en un perjuicio o una carga para los acreedores anteriores.

Tenemos por cierto que el financiamiento de empresas en crisis implica un riesgo para quien vaya a proveerlo, y en razón de ello, la ley debe concederle determinados incentivos que lo estimulen para su otorgamiento. De modo tal, que una muy buena parte del financiamiento para empresas en crisis se vincula con los "incentivos"; la calidad de los mismos, las preferencias, prelaciones y otras alternativas que alienten o animen a quienes se pongan frente al estudio de esta posibilidad, la estabilidad de los negocios jurídicos celebrados en la oportunidad con un deudor en insolvencia o en crisis, pero juntamente con ello, también debe calibrarse ajustadamente el impacto que estos incentivos puedan producir sobre los créditos anteriores, o sea, a los acreedores de las empresas en crisis, debiendo la ley establecer un delicado equilibrio entre los "incentivos" y los eventuales "perjuicios", caso contrario, en el derrotero de este camino, se pueden generar flagrantes desalientos al crédito o abusos.

II) Financiación de empresas en crisis. Fundamentos, intereses y conflictos.

Veamos algunos de los fundamentos sobre los cuales se está edificando trabajosamente la asistencia financiera de la empresa en "crisis", concepto en el que incluimos a las situaciones de dificultades económicas financieras (preinsolvencia) y también, a las empresas con la insolvencia ya establecida. Esta amplitud en el rango de las dificultades empresariales, nos lleva a la necesidad de analizar el financiamiento de las empresas para los diversos tipos de procesos concursales, sean estos, acuerdos privados extrajudiciales, acuerdos abreviados judicializados, acuerdos judicializados, incluyendo a los procesos liquidativos.

1. El interés en la conservación de la empresa. Como se ha destacado en la Introducción, la conservación de las empresas ha alcanzado una gran importancia dentro del Derecho de la crisis, al extremo de ser uno de los principios que lo informan. Se trata de una entidad de la cual depende en grado importante el crecimiento de las naciones, la calidad de vida de sus habitantes y la paz social. Cuando se habla de conservación de las empresas, se está hablando de su permanencia en el mercado en forma activa y sana, o sea, económica y financieramente saludable, lo que se resume con la expresión; *empresas viables*. De la trascendencia de este fenómeno se han hecho eco los Organismos Internacionales, los cuales exteriorizan su preocupación con importantes recomendaciones, proponiendo que se legisle generando instrumentos idóneos a fin de que las empresas puedan continuar activas[12].

2. El interés de los acreedores. La presencia y el espacio de participación que reclama el

11 Idénticos comentarios se obtienen de las consultas elevadas a miembros del IIDC con relación a la eficacia del financiamiento posconcursal en sus respectivos países, los cuales destacan la poca disposición a financiar a las empresas en crisis

12 A título de ejemplo; UNCITRAL-CNUDMI, Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, Primera, Segunda Parte y Tercera Parte. Unión Europea (U.E.) Directiva 1023/2019.

principio de la conservación de la empresa dentro del derecho de la crisis, ha llevado a algunas legislaciones de descuidar o en su caso a atenuar o minorar la debida tutela del crédito, que se personifica en la protección del interés de los acreedores.- Este conflicto de intereses donde colisionan o se rozan el interés público (interés general) y el interés privado (interés de los acreedores), se manifiesta también en la regulación del financiamiento de las empresas en crisis, debiendo el legislador manejar con adecuado equilibrio el alcance y las exigencias que se impondrán a los "incentivos" que vayan a otorgarse a estos "nuevos créditos" o "nuevos acreedores", -sujetos que otorgan el financiamiento-[13] para que los mismos no lo sean en demérito o perjuicio de los acreedores originarios del deudor. La legislación existente sobre este tema muestra las dificultades y vacilaciones, las demoras y avances que se han generado, una mezcla entre necesidades y temores, entre expectativas y frustraciones, entre legalidad y abusos, cuyos límites justos, se buscan afanosamente.

3. El interés del financiador. Como hemos dicho, quien va a financiar a un deudor en crisis, asume el riesgo adicional -bien conocido- de que está invirtiendo recursos en una empresa afectada por conflictos de liquidez o solvencia, para cuyo saneamiento es necesario la asistencia del financiamiento. Sin duda, quien vaya a realizar una inversión en una empresa con estas características, va a solicitar garantías o preferencias que le permitan asegurar -en la mayor medida posible-, una expectativa de ganancias, del recupero de su inversión en caso que la empresa fracasara y, además, de la estabilidad del negocio jurídico concertado, si el proceso se convirtiera en liquidativo. Nuevamente vuelve aparecer frente al legislador, la necesidad de manejar la convergencia de los distintos intereses, que, si bien en algún punto pueden ser sinérgicos, también pueden ser competitivos o incluso, antagónicos.

4. El interés del deudor. La normativa tampoco debe descuidar el interés del deudor, el cual puede ser un empresario que ha operado de buena fe y con diligencia, alcanzado por un conflicto que le es ajeno, como son las crisis sectoriales, las crisis nacionales o sistémicas y que más allá de sus afanes y cualidades de gestión, puede verse arrastrado al estado de crisis, y en situación de perder su empresa, con todo lo que ello implica.

5. Aspectos y dificultades a resolver en orden al financiamiento de las empresas en crisis. Legislar sobre el financiamiento de la empresa en crisis, conduce necesariamente a expedirse sobre múltiples conflictos de difícil resolución, los que vienen siendo objeto de intensos debates vinculados con criterios jurídicos- filosóficos y con la realidad socio-económica de cada país. Esta dificultad queda plasmada perfectamente, al observar la distinta posición que asume cada país en sus legislaciones concursales, frente al financiamiento de rescate de las empresas.

i) La acreditación de eficacia y viabilidad. Como se ha anticipado, es deseable que la ley regule el financiamiento de empresas en crisis, conciliando los intereses descritos y para ello, debe comenzarse por analizar si la empresa que va a ser asistida financieramente, acredita razonablemente la eficacia que espera obtener del mismo y cómo influirá en su saneamiento (resolución de la crisis), y de la expectativa de su viabilidad futura[14], o sea, el legislador deberá

13 Puede tratarse de un acreedor que amplía su crédito con nuevas aportaciones de diversas índoles (por ejemplo, bancos con quienes opera el deudor) o directamente de nuevos acreedores, o sea, personas que antes no lo eran.

14 Se discute en doctrina y legislación cual es la oportunidad para llevar adelante el análisis de viabilidad y quienes deben realizarlo. Se debe realizar ex-ante o ex-post, por profesionales con formación técnica, por el síndico o administrador, cual

establecer criterios para que se pueda realizar un de juicio de ponderación sobre los resultados esperados. Solo la sustentabilidad de la empresa a futuro justifica las modificaciones o alteraciones que el financiamiento pueda producir entre los acreedores anteriores y posteriores, y que resultarán de la concesión de los "incentivos" que se otorguen para el proveedor del crédito nuevo.[15]

ii) Los incentivos al financiamiento. En la mayoría de las leyes, los incentivos al financiamiento de las empresas en crisis, se expiden sobre dos aspectos; a) otorgarle al crédito alguna preferencia de cobro, que puede ser ubicarlos entre los gastos de la masa, o pre deducible[16], o con algún privilegio general; y, b) una protección ulterior dirigida al sostenimiento de su oponibilidad (estabilidad), conocido como *blindaje*, que evita la posibilidad ulterior de someter al negocio jurídico (financiamiento) a acciones revocatorias, rescisorias, de ineficacia, ante la conversión del proceso de reorganizativo en liquidativo.

iii) La estabilidad de los incentivos. El legislador deberá resolver si le dará "estabilidad" a los incentivos, frente a cualquier tipo de proceso reorganizativo (acuerdos privados extrajudiciales, abreviados judicializados, o acuerdos judiciales) y en su caso, cuáles será las exigencias y límites que disponga para evitar los perjuicios y el abuso. A título de ejemplo; ¿Se sostienen los incentivos cuando se trata de "financiación provisoria o de emergencia" en los acuerdos privados extrajudiciales (con anoticiamiento de negociaciones), aún sin que el acuerdo con los acreedores se alcance y/o, sin que se logre a posteriori la confirmación del mismo, y en tal caso, y de ser la respuesta afirmativa, bajo qué exigencias y resguardos la estabilidad se respeta? O por el contrario, ¿la sustentabilidad sólo es garantizada en caso que el acuerdo se alcance y la financiación esté incluida y aprobada en el acuerdo y/o que la exigencia pase por el necesario control de legalidad formal y sustancial que debe realizar el órgano jurisdiccional mediante la confirmación del acuerdo?- Estas preguntas y tantas otras, se relacionan con el valor que el legislador dará a la continuación inmediata de la actividad, a la situación y posibilidades de la empresa y al financiamiento que esa continuación requiera. Nuevamente; disyuntiva entre necesidad y límites.

iv) Acerca del "control" sobre el financiamiento En relación con el párrafo anterior, sigue abierto el debate -en doctrina y legislación- sobre cuál es la oportunidad para llevar adelante el análisis de "eficacia y viabilidad" que legitima el financiamiento y quienes deben realizarlo. Las preguntas al respecto se centran en si el mismo debe realizarse ex-ante o ex-post, por profesionales externos con formación técnica que dictaminen al respecto, o por el síndico / administrador, que participación pueden tener los comités de acreedores y representantes laborales, y cuál es el rol que va a desempeñar el Tribunal, cuando y en qué contexto debe expedirse. Luego entonces, cuando se consolida el derecho de los nuevos créditos que nacen con el financiamiento y que implica tiene la confirmación del acuerdo en relación a los actos jurídicos que se han otorgado.

v) Control ex-ante o ex-post. Con la expresión "ex-ante", se alude a que la certificación o el análisis de sustentabilidad y eficacia, se encuentre acreditada razonablemente antes de que se

es el rol que juega el juez, cuando se consolida el derecho de los nuevos acreedores o nuevos créditos que nacen con el financiamiento y que implica la homologación del acuerdo en relación a estos actos jurídicos.

15 Esta posición, confirma el rechazo que muestran muchas de las legislaciones y las Recomendaciones de los Organismos Internacionales, al sostenimiento artificial de las empresas e inviables, que es considerada perjudicial para los acreedores y para el mercado.

16 Ej., los gastos administrativos, de continuación o de conservación y justicia.

autorice el financiamiento, siendo esta una exigencia como resguardo para que opere la tutela legal sobre los efectos que producirán los "incentivos legales"[17]. Por su parte, la expresión a "ex-post", indica que el deudor accede al financiamiento en el momento en que lo requiere -con recaudos mínimos- a fin de facilitarle su rápida provisión, y luego, el control o ponderación se realiza a posteriori, ya sea; por los acreedores que puedan impugnarlo, o por los acreedores rechazando el acuerdo, o por el juez al momento de confirmar el acuerdo o en su caso por el síndico o más lejos aún, liquidador si el proceso se convierte en liquidativo.

La diferencia en uno y otro caso, nos exhibe un doble estándar de análisis; a) Cuándo debe realizarse ex-post, el legislador ha hecho foco en la necesidad y urgencia de la asistencia, que se traduce en la celeridad del otorgamiento para facilitar la continuación de la actividad, pero deja espacios para que se generen daños y otros efectos colaterales a los otros interesados. b) Si se exige la acreditación anticipada (ex-ante) el legislador sabe que se producirán demoras retardatarias del acceso al crédito,[18] pero ha optado por que el instituto del financiamiento opere con menor posibilidad de causar perjuicios a los acreedores anteriores.

En la determinación de la oportunidad, debe considerarse también que cuando la valoración sobre la eficacia y estabilidad del financiamiento se hace con posterioridad al otorgamiento (es-post), pone al financiador frente a la incertidumbre futura del sostenimiento de los "incentivos" legales (preferencias del crédito y protecciones legales de irrescindibilidad), quedando la seguridad jurídica prometida por la ley, sometida a las cambiantes circunstancias que puedan ocurrir durante el transcurso del tiempo. Esta versión del control posterior trae como consecuencia la retracción del crédito generada en la incertidumbre sobre la estabilidad de los incentivos. Esta opción podría ser de mayor receptividad, en los casos de incentivos al financiamiento interno, dado que los que financian, pueden tener otros intereses en juego que le permitan tomar los riesgos del análisis ex-post.

Nuevamente, frente a la valoración ex-ante o ex-post, el legislador se encuentra frente a la difícil tarea de dictar una regulación legal que alcance una adecuada armonía entre *eficacia y seguridad*.

vi) Financiamiento provisional y financiamiento definitivo. Algunas legislaciones regulan el "financiamiento provisional, de emergencia o interino"[19], que sería el que la ley autoriza para que -bajo determinados recaudos y exigencias[20]- sea otorgado de forma inmediata, con la sola denuncia que formula el deudor ante la autoridad jurisdiccional de haber ingresado en la zona de negociaciones con los acreedores, y destinado a atender las necesidades inminentes para la

17 UE. Directiva 2019/1023. Considerando n°68 (...) "El mecanismo de control ex ante de la financiación provisional u otras transacciones puede ser ejercido por un administrador en materia de reestructuración, por un comité de acreedores o por una autoridad judicial o administrativa".

18 Esta opción puede implicar que los efectos esperados que deba producir el financiamiento se demoren, o sea, puede ser un remedio que llegue tarde, cuando ya no sea necesario o no sea aplicable.

19 Italia, el Código de Crisis y de la insolvencia, que entrará en vigencia en 2021, distingue entre financiamiento funcional y ejecutivo.

20 Por ejemplo, Italia. Ley de quiebras. Art. 182 quinquies, exigiendo la certificación profesional que certifique que ésta financiación es funcional para la mejor satisfacción de los acreedores. No obstante, en cualquier caso, este tipo de financiación podría autorizarse, independientemente de la certificación del profesional, cuando fuera funcional para satisfacer las necesidades urgentes relacionadas con el ejercicio de la actividad de la empresa. En este caso, con el pedido se debe especificar: 1) el destino del préstamo; 2) que el deudor no puede encontrar los recursos financieros necesarios de otra manera y 3) que, en ausencia de dicha financiación, resultaría en un daño inminente e irreparable para la empresa (ver art. 182-quinquies, párrafo 3, l. otoño.)

continuación de la actividad (asistencia puente)[21]. El concepto de "provisional" deviene en que el mismo deberá ser ratificado a posteriori[22], momento a partir del cual alcanzará el rango de "definitivo o ejecutivo". La expresión "financiamiento definitivo" refiere al que es otorgado con la totalidad de los resguardos legales cumplidos dentro de un proceso jurisdiccional, con acuerdo aprobado y confirmado, y con los "incentivos" consolidados y estables.

vii) Financiamiento interno y externo. Otro tema que debe considerar y resolver el legislador, será el relativo a la posición que asumirá frente al financiamiento "externo" e "interno". El financiamiento *externo* es el aportado a las empresas en crisis, por terceros, o sea, por personas no vinculadas con la misma[23]. Cuando se habla de financiamiento *interno*, por el contrario, se trata de los aportes de diversos tipos, que les proporcionan a las empresas, las personas vinculadas a la misma.[24]

Respecto del financiamiento interno, existe una marcada tendencia a considerar que estos "nuevos créditos" deberían ingresar como capitalizaciones (aportantes de capital), y por ello algunas leyes los ubican como *subordinados,* o sea, postergados frente a todos o, a algunos otros créditos que le preceden en el orden de cobro. Otras leyes pueden llegar ubicarlos como quirografarios (comunes u ordinarios)[25]. La Ley 20720 de Chile, admite los créditos de acreedores vinculados, siempre y cuando hayan contado con la aprobación de acreedores que representen el 50% del pasivo del deudor (Art. 74) se los considere como acreedores de gastos de conservación y justicia. La crisis COVID 19 podría llevar al legislador a considerar el dictado de leyes transitorias (de emergencia) que admitan una mejora en la situación de los acreedores internos, a fin de estimular el sostenimiento o el rescate de la empresa.

viii) Fresh money y otros medios de financiamiento. Deberá ser objeto de análisis y regulación, si cuando se habla de financiamiento, el mismo se circunscribe a recursos líquidos (efectivo, fresh money, ingresos de tesorería, y otros similares)[26] o si se adopta una regulación amplia, comprensiva de múltiples alternativas que igualmente provean financiamiento a la empresa, tales como las garantías, avales, provisión de insumos, servicios, descuentos de valores,

21 Esta asistencia, denominada como "puente", puede ser al comienzo de las negociaciones, o desde la presentación hasta la resolución de apertura del proceso.

22 U.E. Directiva 2019/1023. Consideración nro. 68. "Cuando se concede la financiación provisional, las partes aún no saben si el plan de reestructuración será finalmente confirmado o no. Por consiguiente, los Estados miembros no deben estar obligados a limitar la protección de la financiación provisional a los casos en los que el plan sea adoptado por los acreedores o confirmado por la autoridad judicial o administrativa. Para evitar posibles abusos, debe protegerse únicamente la financiación razonable y necesaria inmediatamente para la continuidad de la actividad comercial o la supervivencia de la empresa del deudor o la conservación o el crecimiento del valor de dicho negocio en espera de la confirmación de ese plan".

23 Cuando se trata de un tercero real, o sea, que no se trate de una interposición fraudulenta, o de pantalla, o que el nuevo financiamiento encubra o suponga una mejora encubierta de la posición de créditos anteriores, entre otras posibilidades.

24 Si bien no todas las leyes consideran personas vinculadas al financiamiento interno a los mismos sujetos, pueden considerarse a título de ejemplo los aportes de; los controlantes o controladas, socios, accionistas, y en algunos casos administradores, algunos familiares de estas personas o en su caso sus cesionarios, etc.

25 España. RDL 16/2020, art. 12. Financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor.

26 España. Ley Concursal, Art. 71 bis, lo que, igualmente aun habiendo sido mejorados en su posición, tendrán pocas posibilidades de cobro en frente a un proceso liquidativo, por lo cual los nuevos aportes tendrán vinculación con otros estímulos diversos (rescate de la empresa, responsabilidades, etc).

entre otras opciones[27]. Hemos expresado supra, que la mayoría de las empresas en crisis llegarán sin capital de trabajo o con el mismo muy disminuido, en cuyo caso será necesaria la asistencia con recursos frescos, pero ello no debería impedir que otro tipo de aportes sea igualmente incentivado por la ley, dado que todos tienen capacidad para facilitar o mitigar los efectos de la crisis. Las recomendaciones de los Organismos Internacionales[28], recomiendan la inclusión amplia del concepto financiamiento, posición ésta que ya ha sido recogida en algunas leyes[29].

ix) Constitución de garantías reales. Se ha considerado precedentemente, que quien tenga que otorgar financiamiento a una empresa en crisis buscará tomar las garantías que aseguren el recupero de su crédito[30]. Si se trata de financiamiento bancario, seguramente exigirán garantías reales, no solo por la seguridad del cobro, sino por las calificaciones y exigencias que los Bancos Centrales establecen para las instituciones financieras del sistema, controlando mensualmente el otorgamiento de créditos y la sanidad de la cartera, poniendo restricciones para empresas con problemas de solvencia o liquidez[31].

De este modo, se hace presente en el análisis del financiamiento, la posibilidad de que el deudor pueda afectar con garantías reales algunos bienes del activo. La situación no es menor, ya que por un lado suele ser difícil que un deudor en crisis tenga activos que no estén gravados y en el caso que existieran, las nuevas garantías reales atentarían directamente contra los acreedores privilegiados que tengan asiento de sus privilegios sobre los mismos bienes, o incluso acreedores con privilegios generales, que han tenido en cuenta para contratar, los activos del patrimonio de su deudor. UNCITRAL[32] y varias leyes admiten la constitución de garantías sobre activos de la empresa, en este caso pueden ser de primer lugar y grado o de segundo lugar y también algunas leyes admiten garantías sobre otro tipo de activos muebles o documentario, no obstante, es necesaria autorización del Tribunal para la constitución de estas garantías, que requerirá de un informe previo del órgano auxiliar (sindico, administración concursal, veedores, etc.) y en algunas legislaciones, la consulta a los comités de acreedores, sobre todo la aceptación de los acreedores laborales.[33]

III) Opciones para legislar sobre el financiamiento privado

Luego de descritos los principales aspectos y conflictos que se relacionan con el financiamiento privado de las empresas en crisis, veamos ahora algunas de las opciones que resultan para su implementación legislativa.

27 Francia., Código de Comercio Art. L. 611.11.

28 U.E. Directiva 2019/1023. Consideración 66.” La ayuda financiera debe entenderse en sentido amplio, incluida la aportación de dinero o garantías de terceros y la entrega de existencias, materias primas y suministros, por ejemplo, mediante la concesión al deudor de un plazo de reembolso más largo”.

29 Entre otros, Colombia, Ley 1116/2006, art. 41, Chile. Ley 20.720, Arts. 72/74; Francia, Código de Comercio, art. L 611-11.

30 Capital o principal y accesorios.

31 Estas exigencias de orden público, se originan en la necesaria la tutela de los fondos de los particulares que operan e invierten en las instituciones financieras, digamos, está el juego el ahorro público.

32 N.U. UNCITRAL, Guía Legislativa Segunda Parte (2006) Recomendación 65 y 66, pág. 142. El régimen de la insolvencia debería permitir que se constituyera una garantía real para el reembolso de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, incluso sobre bienes no gravados, como los bienes adquiridos ulteriormente, o una garantía nueva o con menor prelación sobre bienes de la masa ya gravados.

33 Colombia. D. L. 560/2020 art. 5.

1. Sujetos alcanzados

- Debe considerar el legislador, si la legislación sobre el financiamiento en situaciones de deudores en crisis o insolvencia, es aplicable a todos los sujetos concursables o si solo es razonable y justificado para la actividad económica organizada, o sea, para la actividad empresarial, ya sea llevada adelante por persona natural, o por personas jurídica y en tal caso, sin considerar la dimensión o magnitud de la misma.

- Debe analizarse, en razón de la conocida mayor fragilidad de las mipymes, si éstas debieran tener acceso al financiamiento con algunas diferencias, facilitaciones, o ventajas con relación a las grandes empresas.- Más allá de la agilización de la asistencia mediante el crédito público, la asistencia privada a estas empresas se orienta hacia la flexibilización de las pautas para el otorgamiento de créditos del sistema financiero (reducción de encajes, flexibilización de las clasificaciones de deudores y riesgos, generación de fondos especiales o fideicomisos, etc.), pero también pueden considerarse otras opciones que las beneficien.

- Respecto de las personas naturales no empresarios, se considera que el instituto del financiamiento en situación de crisis no tiene justificación, siendo de interés para estos sujetos los beneficios que resultan de la exoneración de deudas (liberación de pasivos) a fin de su rehabilitación y reinserción en la economía.

2. Ámbito normativo en el cual se puede regular el financiamiento

- El legislador podrá considerar si la regulación del financiamiento a las empresas en crisis, se vincula únicamente con la legislación de emergencia que se está dictando en estos momentos para atender la crisis producida por la pandemia, o si los países que no tienen legislado sobre este instituto, lo deberían incorporar.

- El IIDC considera que las leyes que regulan el derecho de la crisis empresarial, deben contener normas que estimulen el financiamiento de las empresas.

3. Oportunidad para otorgar el financiamiento

- El legislador tendrá oportunidad de analizar los distintos sistemas legales y sus definiciones en torno al financiamiento de las empresas en crisis, y en tal orden, si acepta el financiamiento provisorio y/o solo el financiamiento definitivo.

- Conforme lo desarrollado supra, la tendencia actual, -si bien no se puede hablar de uniformidad- es que el acceso al financiamiento pueda comenzar desde etapa temprana, con las primeras alertas y/o con la comunicación del inicio de negociaciones, o sea en la etapa pre concursal (acuerdos privados extrajudiciales, acuerdos de refinanciación o reestructuración).[34]

- Otras leyes admiten el acceso al financiamiento desde la presentación al Tribunal, ya sea de un acuerdo abreviado o de un concurso judicial, aún antes de la resolución de apertura[35].

34 NU- CNUDMI Guía Legislativa Segunda Parte (2006, p.- 137) "Si el régimen de la insolvencia no establece ni aclara esa materia, la aportación de fondos durante el período anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia puede plantear también cuestiones delicadas como la del ejercicio de las facultades de impugnación y la de la responsabilidad, tanto del prestamista como del deudor...que cuando un prestamista proporciona fondos a un deudor insolvente en ese período, puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores ".

35 México. Ley de concursos mercantiles. Art. 37.

- La otra opción, que tiene un alto grado de certeza para el que financia, pero pareciera poder ser muy tardía, es la que comienza luego de la confirmación, excepto que sea para ratificar la otorgada como provisoria, o incluida en el acuerdo para asistir al plan de reorganización.

4. Condiciones para el otorgamiento del financiamiento.

Las leyes difieren en cuanto a los recaudos o requisitos que exigen para que un negocio jurídico de financiación sea válido, oponible, estable y garantice las preferencias e la irrevocabilidad.

Establecemos algunos de los requisitos que las leyes diversamente exhiben:

- Memoria y estado patrimonial actualizado.
- Un plan de reestructuración o reorganización.
- La certificación o dictamen técnico de profesional independiente que se expida sobre el plan y las razonables posibilidades del rescate de la empresa, o sea, su viabilidad posterior.
- Que el plan de reorganización esté dictaminado por el síndico u administración concursal y/o que además hubiera sido presentado y aprobado por los comités de acreedores o la representación de los trabajadores.
- Que el plan hubiera sido aprobado por las mayorías legales exigidas para este caso.
- Que el plan esté confirmado.
- Topes o límites para el nuevo endeudamiento.[36]
- La permanencia o continuación de la asistencia.[37]
- Condiciones especiales para obtener financiamiento mediante la constitución de garantías reales.[38]

5. Financiación interna

Se ha distinguido supra entre financiamiento externo e interno.

Hacemos una mención especial sobre el financiamiento interno en razón de que el mismo -como hemos anticipado- enfrenta importantes resistencias.

Respecto al financiamiento llevado adelante desde el interior de la empresa o desde sus controlantes o controladas o de personas vinculadas, existe una marcada prevención a su respecto, que apunta a evitar la generación de abusos o de daños que pueden resultar de los actos realizados

36 Chile, Ley 20.720 Art. 72 y 74 que establecen un límite; art. 72 "...en la medida que en su conjunto no superen el 20% del pasivo señalado en la certificación contable referida en el artículo 55" ...; Art. 74... "Durante la Protección Financiera Concursal, la Empresa Deudora podrá vender o enajenar activos cuyo valor no exceda el 20% de su activo fijo contable, y podrá adquirir préstamos para el financiamiento de sus operaciones, siempre que éstos no superen el 20% de su pasivo".

37 Chile. Ley 20720 art. 72.

38 Las leyes que admiten la constitución de garantías reales sobre activos de la empresa para facilitar su financiamiento, sea al deudor en posesión o en la administración concursal (en etapa reorganizativa o liquidativa). A título de ejemplo ponemos, EEUU, Colombia, México.

en fraudes a los acreedores[39], y/o de la responsabilización por el obrar de los administradores y accionistas, o de una actitud especulativa para favorecerse aún frente a la crisis de la empresa. Esta prevención se traduce en una actitud recelosa y lógicamente restrictiva frente a ésta modalidad de financiamiento. Ello hace que en muchas legislaciones estos créditos concursales y también posconcursales (financiamiento en la crisis), se los ubica en el rango de los créditos subordinados o algunas leyes los han "elevado" al rango de ordinarios, comunes o quirografarios.

Estará en la consideración del legislador, si frente a esta crisis, opte por darles un tratamiento que favorezca más el interés del empresario con limitación de la responsabilidad o sus vinculados, en la aportación nuevos recursos y que los mismos no sean exclusivamente considerados como "capitalización" (incremento del capital de riesgo), sino como préstamos u otros tipos de aportes.

Veamos algunos de las posibilidades de producir financiamiento desde el ámbito interno de la empresa;

i. Aumento de capital

ii. Capitalización de acreencias

iii. Capitalización de resultados no asignados

iv. Prórrogas o refinanciaciones de deudas

v. Préstamos de socios, controlantes o controladas y vinculados

vi. Enajenación de bienes

vii. Enajenación de activos o establecimientos, como forma de reorganización de las empresas en crisis y su financiamiento.[40]

viii. Comodatos o leasing sobre bienes

6. Financiamiento indirecto

Destacamos que existen algunas disposiciones legislativas que proveen un financiamiento indirecto a las empresas que atraviesan crisis de solvencia.

i) *Efectos financieros que resultan de los procesos concursales.* También produce un efecto "financiero" sobre el deudor, las consecuencias que nacen desde la comunicación de negociaciones, o desde la presentación y/o de la apertura de un proceso concursal, según lo dispone cada legislación, tales como; la suspensión de curso de los intereses, la prohibición de pagar a los acreedores anteriores, la facultad del deudor en posesión o de los auxiliares en la continuación, de proseguir con el giro, transformando en recursos líquidos las existencia, bienes terminados, bienes en proceso y cobrando los servicios, todo ello sin cancelar obligaciones anteriores, lo que ayuda a la recomponían del capital de trabajo.

ii) *Modificación del régimen de las obligaciones y medidas procesales*. Durante un determinado lapso de tiempo -que será mayor o menor de acuerdo a la gravedad de la crisis- se dictan leyes de emergencia que también inciden -de modo indirecto- en el financiamiento de las empresas, tales como; suspensión de ejecuciones, suspensión de cautelares, reintegro de bienes

39 Infra capitalización, disposición o gravámenes fraudulentas o perjudiciales de activos, entre otros.
40 Ej. EE UU/ Código de Quiebras. Secc. 363.

afectados a embargos o secuestros, prórroga del vencimiento de determinadas obligaciones, renegociación previa obligatoria entre las partes durante un lapso de tiempo, ampliación del periodo de negociaciones de un proceso concursal, prórrogas de las obligaciones de un acuerdo confirmado, y otras medidas propias de estas graves circunstancias.

7. El financiamiento y las normas de emergencia

Para finalizar este documento, se deja a consideración de quien vaya a legislar o modificar las regulaciones sobre el instituto de la financiación de las empresas en crisis en esta pandemia, los siguientes aspectos:

- Se debe considerar si frente a la emergencia económica producida por la pandemia, sería razonable flexibilizar todas o algunas de las regulaciones relacionadas con el financiamiento de las empresas en crisis.[41]

- Especialmente, debe considerarse la flexibilización de las condiciones o exigencias operativas de las entidades financieras del sistema regular, a fin de facilitar el financiamiento bancario mediante el acceso o ampliación del crédito a las empresas afectadas.[42]

- Debe considerarse el dictado de leyes para la constitución de fondos o fideicomisos con aportes o garantías del Estado, destinados a cubrir el riego de los bancos en el recupero de los créditos que otorguen a los deudores afectados por la crisis COVID.[43]

- La autorización para que el deudor o los funcionarios dispongan la venta de bienes menores y no afectados al giro, para el pago a pequeños proveedores y de los salarios a fin facilitar la continuación de la actividad (Colombia 560 art. 3).

Consejo Académico del IIDC

Junio, 2020

41 Colombia. D.L. 560 art. 5, establece que entre el inicio del proceso de reorganización y la confirmación del acuerdo, los deudores afectados por la causa que motivaron la emergencia, podrán obtener crédito para el giro ordinario con la preferencia del art. 71 (gastos de administración) sin que este evento requiera una autorización del juez.

42 Entre otras técnicas que establecen mediante Resoluciones del Banco Central, están las reducciones de encajes, las modificaciones de las calificaciones de riesgo de deudores en crisis, modificación de las tasas de interés o de los plazos de amortización, con períodos de gracia.

43 Chile, ha ampliado el capital del FOGAPE para asistir al capital de trabajo de las empresas afectadas por la crisis COVID 19, flexibilizando los requisitos para acceder a estas líneas de financiamiento, por el plazo de un año.

El Arca

Dentro de las cadenas de whatsapp que unen al mundo académico, como lo es Instituto de la Empresa, ante el aislamiento y la vocación de estudiosos del Derecho Concursal, el Prof. Dr. Daniel Truffat –ex Presidente del IIDC e integrante de su Comité Académico- hizo nacer la cadena elArca, con la colaboración de nuestra eficiente editora la jurista Ab. Esp. María Fernanda Cocco, que nuclea a más de 150 integrantes, y que presentamos públicamente en esta Sección.

Como lo define su creador: "*es un ámbito de especialistas en derecho mercantil -para pensar con ojos apartidarios pero celosamente republicanos- legislación de emergencia pos pandemia (legislación comercial, se entiende). Aquí hay abogados, contadores, jueces y funcionarios, empresarios. El Arca empezó con una tripulación de 60 y hoy ha triplicado el número. El Arca no es un "yo". Es un ámbito de discusión y análisis. No se apropia de lo que aquí se produce y discute y no complica a nadie en autorías no deseadas. En el Arca la regla es la libertad y el piso y techo del debate están dados por las mismas normas: la Constitución Nacional (1853/1994) y los tratados internacionales de DDHH. Tratamos de no pelearnos, de no solazarnos con la grieta y de manejar con respeto noticias u opiniones sobre juicios en trámite (con respeto a la independencia de los jueces y al obrar de los colegas que intervienen en ellos). Como muchos nos conocemos y somos amigos a veces saltamos el cerco de la formalidad, nos felicitamos, nos provocamos para discutir y nos burlamos discretamente. Cruzamos noticias y reflexiones. Hoy el Arca es un depósito de novedades doctrinarias y jurisprudenciales. Las reglas son mínimas y claras e incluyen el pudor que debemos tener al encarar cualquier análisis respecto de la situación de los connacionales menos afortunados. Nosotros, aunque justamente quejosos, tenemos camarotes de primera, acceso a la buena cocina del barco y podemos salir a cubierta cuando queramos. Millones de habitantes de este -nuestro- país viajen en tercera, en hamacas inestables, con suciedad, humedad y roedores y con un 'rancho' precario."*

"SALIENDO DEL ARCA" NO ES UN "BRAIN TRUST" EN DERECHO MERCANTIL, PERO ASPIRA A HACER SU APORTE[436]

E. Daniel TRUFFAT

Resumen: "Saliendo del Arca" postula que esta cuarentena es algo así como un "Arca" que nos preserva del naufragio general de contagio del coronavirus, y que podemos aprovechar este tiempo –y que debemos aprovechar este tiempo- discutiendo y proponiendo a las autoridades constitucionales normas de emergencia para regular los contratos comerciales afectados por el "parate" generado para cuidarnos de la pandemia, para pensar si hay que prever normas que protejan las decisiones de apuro que tomarán de buena fe muchos empresarios en la emergencia y para proyectar legislación concursal –que, indisputablemente, deberá ajustarse a este nuevo escenario-

"Saliendo del Arca" no tiene otra ideología que la Constitución Nacional de 1853 (con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) y los Tratados Internacionales. "Saliendo del Arca" no es un "yo". NI siquiera uno plural. Acumula proyectos y debates, pero no los somete a votación para determinar un curso de acción único. Pone todas las creaciones de sus miembros a disposición de las autoridades políticas de la República –para que estas, responsables de su accionar ante el pueblo y con mandato de éste, sean quienes decidan si les sirven o no-.

Palabras claves: Derecho mercantil – Aportes legislativos.

Abstract: "Leaving the Ark" postulates that this quarantine is something like an "Ark" that preserves us from the general wreck of contagion of the coronavirus, and that we can take advantage of this time - and that we must take advantage of this time - discussing and proposing rules to the constitutional authorities to regulate the commercial contracts affected by the "standstill" generated to take care of the pandemic, to think about whether to foresee norms that protect the rush decisions that many businessmen will make in the emergency and to draft bankruptcy legislation –which , indisputably, must adjust to this new scenario-

"Leaving the Ark" has no other ideology than the National Constitution of 1853 (with the reforms of 1860, 1866, 1898, 1957 and 1994) and the International Treaties. "Leaving the Ark" is not an "I". Not even a plural one. Accumulate projects and discussions, but do not vote on them to determine a unique course of action. It makes all the creations of its members available to the political authorities of the Republic - so that they, who are responsible for their actions before the people and with their mandate, are the ones who decide whether they serve them or not.

Key words: Commercial law - Legislative contributions.

436 Vaya un particular reconocimiento a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de su Instituto de la Empresa, que nos permiten –con este número especial- difundir qué es y que ha hecho "Saliendo del Arca". Y un agradecimiento muy especial al "factotum" del Instituto de la Empresa y de la Revista, miembro destacado de El Arca, del Instituto y también del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, el maestro Efraín Hugo RICHARD. Que, una vez más, ha abierto las puertas de su difundidísimo medio (ya lo hizo con el IIDC cuando yo lo presidía), permitiendo a los amigos y colegas un valioso canal para exponer públicamente que están haciendo o hicieron en estos tiempos que desafían nuestra tranquilidad y certezas. **Sin tantos bizantinismos: ¡GRACIAS, HUGO!**

1. **INTRODUCCIÓN**.

Es público y notorio mi gusto por la historia. En esta, concretamente en eventos que giraron en derredor de la Gran Depresión de 1929 y en el "New Deal" de Roosevelt –alentado y asistido por lo que se llamó el "Brain Trust"-, es que se inspiró esta aventura criolla, casera y amical que llamamos "Saliendo del Arca".

Argentina arrastra diez años sin crecer y dos, por lo menos, de depresión. Estaba, ahora "está nomás" al filo del default. Cualquier medida económica de reactivación no podía sino ser vista con buena predisposición, en tanto –al menos- no motivara una espiral inflacionaria (porque en verdad más que en "depresión" estamos en "estanflación"[437]); así como una adecuada renegociación de la deuda externa que nos evitara caer en incumplimiento.

En tal esquema se cruzó el covid 19. En vez de un cisne negro[438], un **Dragón Negro**[439]. La suma de todos los males. El villano perfecto para que un mundo sobreexpandido hiciera los durísimos ajustes que en otro momento hubieran sido políticamente inadmisibles y una auténtica y veraz pandemia: una enfermedad novedosa, desconocida, sin tratamiento seguro y sin vacuna al momento. El primer jinete del Apocalipsis, el de caballo bayo, aquél que se traduce habitualmente como "la muerte" pero que, en verdad, es "la Peste".

El mundo del siglo XXI estaba lleno de falsas certezas. Una de ellas era que las pandemias globales eran algo con lo que nos asustaba Hollywood y que deban oportunidad a Dustin Hoffman, René Russo y Morgan Freeman para lucir sus dotes actorales. Esta necedad colectiva (una "negación" en masa) no se conmovió con la pandemia de sida ni con el SARS ni con el ébola. Y mucho menos con las terribles super bacterias hospitalarias que, inmunes a casi cualquier antibiótico, nos esperan agazapadas en cualquier rincón de un quirófano, por esterilizado que lo imaginemos.

No es objeto de este trabajo generar más hipótesis de "bio terror" (que, me temo, será el nuevo argumento de este segundo cuarto del siglo XXI en ciernes para acotar libertades públicas y suscitar control gubernamental sobre la población[440]) sino aclarar que en el escenario descripto: estanflación, dificultades para evitar el default, corona virus, Argentina está frente a una "tormenta perfecta".

Escenario que, justo es reconocer, se parece bastante al de la Gran Depresión americana del siglo pasado. Roosevelt –ante el fracaso de las políticas de Hoover- propuso leyes de reforma de los bancos, programas de asistencia social urgente, programas de ayuda para el trabajo, programas agrícolas, etc. [441]. Para llevar adelante el "New Deal" Roosevelt contó, entre otros asesores, con un

437 Situación o coyuntura económica en que se produce un estancamiento y pese a ello la inflación sigue siendo alta.

438 Nombre metafórico empleado por el filósofo Nassim Taleb para describir un suceso sorpresivo y de gran impacto socioeconómico.

439 El propio Taleb niega a la pandemia del coronavirus la condición de cisne negro. Así pues y jugando con el tamaño y aptitud de daño de uno y otro (un cisne y un dragón) me permito decir que es un "Dragón Negro". Aunque los dragones son seres imaginarios que en algunas culturas asumen condiciones bondadosas, en Occidente siempre han aparecido como la encarnación del mal (ej: el dragón escarlata de siete cabezas del Apocalipsis). Me resulta muy lógica la idea de que siendo que los humanos tememos naturalmente a los grandes felinos, a los grandes saurios y a las aves de presa, el dragón se una construcción mítica que fusiona a los tres.

440 En un artículo publicado en The Financial Times, Yuval Noah Harari señala, entre otras consecuencias dañosas del coronavirus, que la adopción de medios de vigilancia biométrica masiva trascienda la emergencia y habilite a que gobiernos y corporaciones controlen nuestras vidas.

441 Info tomada de Google: "New Deal".

grupo de profesores de Derecho de Columbia y de Harvard. No es que fueran un grupo formal, era un equipo amistoso de asesores.

Al calor de tal modelo –aunque nadie me lo hubiera pedido- me pareció razonable aprovechar el tiempo y la natural vocación de un sinfín de amigos –la mayoría de ellos provenientes del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, del Instituto Argentino de Derecho Comercial y del Departamento de Derecho Empresarial de la Universidad de Buenos Aires, y constituir con ellos un grupo de estudio y preparación de legislación emergencial para esta Argentina en crisis, cuando terminara la cuarentena.

Sesenta y pico abogados de ejercicio, jueces, funcionarios judiciales, contadores especializados en Sindicatura y abogados empresarios se sumaron a tal aventura que, hoy por hoy tiene más de ciento cincuenta partícipes.

"Saliendo del Arca" postula que esta cuarentena es algo así como un "Arca" que nos preserva del naufragio general de contagio del coronavirus, y que podemos aprovechar este tiempo –y que debemos aprovechar este tiempo[442]- discutiendo y proponiendo a las autoridades constitucionales normas de emergencia para regular los contratos comerciales afectados por el "parate" generado para cuidarnos de la pandemia, para pensar si hay que prever normas que protejan las decisiones de apuro que tomarán de buena fe muchos empresarios en la emergencia y para proyectar legislación concursal –que, indisputablemente, deberá ajustarse a este nuevo escenario-

"Saliendo del Arca" no tiene otra ideología que la Constitución Nacional de 1853 (con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) y los Tratados Internacionales. "Saliendo del Arca" no es un "yo". NI siquiera uno plural[443]. Acumula proyectos y debates, pero no los somete a votación para determinar un curso de acción único. Pone todas las creaciones de sus miembros a disposición de las autoridades políticas de la República –para que estas, responsables de su accionar ante el pueblo y con mandato de éste, sean quienes decidan si les sirven o no-.

No es un "brain trust" pero, con picardía criolla, digamos que *se hace lo que se puede.*

Al pie de este trabajo se encontrará el mas avanzado de los proyectos de este Grupo, un DNU que modifica transitoriamente el régimen concursal y avanza sobre soluciones audaces –pero respetuosas del régimen general e inspiradas por la idea de no saturar tribunales-. Obvio en tal proyecto aparecen las "novedades" en las que haya consenso entre los especialistas –algunas acogidas por legislaciones insospechables de tanta apertura, como la española-. Así se suspende el inexplicable art. 59 LCQ, en tanto impone una veda de un año al cumplidor para volver a presentarse, y se admite la "renegociación" de concordatos ya homologados.

442 Sin ingresar en la vida personal de cada uno de los miembros de El Arca lo cierto es que todos ellos son profesionales altamente capacitados y reconocidos. Y por ello en algún intercambio me permití recordar (con una muy obvia metáfora) que somos algo así como pasajeros de primera clase, a los que, además, se los deja salir a la cubierta y tomar sol. Pero que, precisamente por eso, no podemos olvidarnos de los millones de compatriotas y hermanos que viajan en tercera clase, donde pululan los roedores y el agua de mar de vez en cuando se filtra. Y que es por ellos que tenemos el deber moral de poner algo de nosotros –en la especie nuestra capacidad técnica- en pos de soluciones legislativas que ayuden a la República.

443 Es una sumatoria de inteligencias y voluntades individuales que coexisten y empujan hacia un mismo lado pero que no se mixturan necesariamente. Es la obvia idea de la inteligencia y la fuerza de acción sin un yo referencial (algo que suena a utopía futurista pero que se da, incluso actualmente, en muchos supuestos de Inteligencia Artificial). Es un ámbito (un chat) donde gentes de buena voluntad cruzan ideas, debaten con respeto y borronean textos para poner a consideración de las autoridades constitucionales.

El grueso de los proyectos pueden ser consultados en http://elarcapress.wordpress.com Existen además "bitácoras" de las discusiones entre los miembros, incluidas lógicas distracciones (y algún imprescindible espíritu festivo) y debates que en ocasiones se han truncado por exceder el objeto del grupo e ingresar en discusiones políticas- que quedan, estas sí, para los propios miembros de "Saliendo del Arca", al que todo el mundo llama directamente "El Arca".

"El Arca" publica, además, diversos trabajos de sus miembros que estos encuentran adecuado remitir (y que salieron en otras páginas) y las recomendaciones del IIDC[444] –prestigiosa institución internacional, hija de las inquietudes del siempre recordado Jesús María Sanguino Sánchez[445]-, producto de que muchos de sus miembros argentinos también militan en El Arca.

Se han generado diversos Seminarios o Mini Congresos –a través de zoom- para discutir los proyectos arrimados. Todos ellos, están grabados. Este trabajo se elabora en vísperas de la discusión digital del proyecto que se acompaña.

2. **LINEAMIENTOS GENERALES.**

Aunque no han sido sistematizados en un documento específico –pero sí se reflejan en la legislación de emergencia proyectada, más aquella en elaboración[446]- existen ciertas líneas muy genéricas donde se ha hallado cierto consenso en El Arca (lo que no es de extrañar porque otras Instituciones afines han arribado a conclusiones similares[447])

2.1. ***Si bien puede irse pensando instituciones "definitivas" para una vez que se supere este dramático momento de la pandemia y pospandemia, resulta pertinente contar con legislación de emergencia.***

Esta básicamente debe girar sobre tres ideas básicas (a) es menester "ganar algunos meses" de tiempo para recobrar normalidad, poner a funcionar los Tribunales a pleno –cuando se levante la cuarentena y la consecuencia feria excepcional- y familiarizarse con la legislación de emergencia y temporaria. Para ello cabe prohibir por algún tiempo breve las ejecuciones, las ejecuciones reales, los pedidos de quiebra, las subastas e, incluso, la quiebra por incumplimiento del acuerdo, (b) deben prohijarse mecanismos negociales que traten de obtener una autocomposición entre acreedores y deudores, frente al desbalance patrimonial masivo que razonablemente seguirá a esta dura etapa; evitando una saturación de los Juzgados que resultaría atentatoria contra la paz social[448], (c) deben

444 Ya volveré sobre el punto.

445 En la última reforma de su Estatuto el "Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal" asumió como nombre alterno el de "Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Dr. Jesús María Sanguino Sánchez". Estamos hablando de un prestigioso e inquieto profesor colombiano que, con tesón y energía, consiguió armar un Instituto que además de un inusual ámbito de camaradería logró transferir al grueso de América Latina la aquilatada experiencia congresional de Argentina y Uruguay.

446 El Arca suscitó de su seno una Comisión de Redacción orientada a convertir en "proyecto" las ideas generales. Esta Comisión –que Sesiona bajo el divertido nombre de "Sala de Máquinas"- está subdivida en tres grupos de trabajo. Los dos primeros se ocuparon de legislación de emergencia (uno en general y el otro en relación a los concursos de "pequeños deudores". El último está elaborando una eventual reforma permanente de la ley.

447 Como ya se dijo, Saliendo del Arca pivotea sobre tres prestigiosas Instituciones: (i) el INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO COMERCIAL, (ii) el INSTITUTO DE DERECHO DE LA EMPRESA DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO DE CÓRDOBA y (iii) el INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL DR. JESÚS MARÍA SANGUINO SÁNCHEZ. El Consejo Académico de éste, conjuntamente con el Comité Ejecutivo de la H. Comisión Directiva elaboró unas "Recomendaciones" que básicamente transitan el mismo terreno que aquél donde se ha situado El Arca.

448 Negociación que deberá favorecerse y aplicarse incluso ante pedidos de quiebra por incumplimiento de un concordato.

"descargarse" de ritualismos y formalidades los trámites que lleguen a la Justicia de tal manera que, una vez agotada la etapa negocial y de resultar estos aún necesario, encuentren rápido andamiento.

2.2. ***De la mano de la rapidez e informalidad debe darse valor preeminente a la presencia de un "plan de negocios" (que será el principal indicador de la procedencia de lo pedido y fuente fundamental de las decisiones de los Jueces).***

Para que sea viable una solución judicial rápida y basada en el plan de negocios deberá necesariamente asignarse condición de "declaración jurada" a la información que se demande de los deudores en cesación. Asignado, por ese lado, seriedad y confiabilidad al sistema.

2.3. ***Deben aceptarse soluciones que sonarían antaño heréticas, tal como la renegociación de un concordato ya homologado y en etapa de cumplimiento y prescindir de normas ociosamente limitantes de la conservación de la empresa.***

En Naciones hermanas como Colombia o México la renegociación de un acuerdo es legal. No hay "sancta santorum" que se violente por proponer renegociar lo ya acordado y menos en estos tiempos de angustia, donde seguramente mucho de lo acordado y homologado en los últimos dos o tres años debe resultar lisa y llanamente incumplible.

Corresponde olvidar al art. 59 LCQ norma inexplicable –tal vez bienintencionada- pero que ya no se justificaba en tiempos más calmos, menos en estas horas de desasosiego.

3. UN TEMA PUNTUAL: LA FINANCIACIÓN POSCONCURSAL Y EL DRAMA DE UN PAÍS QUE REMITE ORGULLOSAMENTE A SUS PRINCIPIOS GENERALES.

Hasta esta incierta situación que suscita el COVID 19 y el gravísimo perjuicio económico consecuente (en particular dramática en Naciones, como las latinoamericanas, algunas con economías emergentes que han sido fuertemente golpeadas, otras con escenarios económicos que ya eran muy preocupantes y todas con grandes sectores sociales con necesidades básicas insatisfechas y solo cubiertas tarde, mal y de modo precario por la asistencia estatal; ***el tema más relevante en lo práctico y más difícil en lo ético era la cuestión de la financiación durante el trámite concursal y en la etapa de cumplimiento del acuerdo.***

Difícil en lo práctico porque obviamente el cesante no era un sujeto atractivo para facilitarle fondos, durante y después y porque cualquier provisión de fondos exigía fuertes garantías -habitualmente reales- que demandaban autorización judicial y conllevaba el riesgo de extinguir los derechos de los acreedores concurrentes y de los acreedores de la masa (gastos de conservación y justicia, tasa de justicia y honorarios incluidos) a favor de los nuevos aportantes, en caso liquidación ulterior (quiebra).

Desde lo ético porque la hipótesis anterior, de suyo desagradable, encontraba su epítome en el préstamos de los propios socios –que usualmente son el único "prestamista de última instancia"- tema que traía a la memoria el desagradable antecedente Salomon vs. Salomon[449] y que se contrapone con la exigencia de algunas legislaciones de que los créditos de los socios sean

449 Un famosísimo caso de la Cámara de los Lores de 1897 que dió preferencia sobre todos los otros acreedores a un crédito con prenda flotante que Mr Salomon (socio en más del 95% de Salomon) le había hecho a su sociedad en crisis. Esto le permitió, en la quiebra, "liquidar" en su favor todos los activos. Las titulares del 5% restante eran su esposa y su hija.

subordinados (por predicar, a su respecto, que debieron aportar tales fondos y no asignarles la condición de préstamos)

Crédito de última instancia no hay sin garantías. Los planes de asistencia estatales que usualmente se han empleado en el caso (provistos por bancos oficiales) tienen como condición el otorgamiento de garantías reales. En general los jueces los admiten porque su origen funciona como "reaseguro" de que no hay maniobras [450].

Determinar dónde pararse, frente a la posibilidad de que los socios sean los proveedores de fondos, también contra garantías, resucitando "Salomon" es una opción legislativa que excede lo técnico jurídico para entrar en el terreno *dudosamente judiciable* de las "political questions". Con todo lo veo muy poco viable en países que tienen en claro el deber de los socios de capitalizar la empresa –previniendo su funcionamiento infra patrimonializado[451]-. Porque más tarde o más temprano los socios que hubieran recuperado su préstamo vía garantías seguramente quedarían a tiro de acciones de responsabilidad (para determinar su participación y contribución a la crisis).

El lógico orgullo nacional de que nuestro Derecho, el modo de concebirlo y de interpretarlo, es contextual, viene en contra de ciertos remedios de emergencia. Estos solo funcionan en los tiempos de oscuridad, miedo e incerteza. Pero apenas las cosas empiezan a volver a la normalidad, el sustrato de nuestra normativa aflora. Y ello –que es una virtud- hace muy difíciles ciertas decisiones tomadas al calor de la angustia y el crujir de dientes.

Una característica que prácticamente limita este tipo de asistencia a la banca estatal.

450 Lamentable la posibilidad de funcionarios corruptos que pretendan un "retorno" es una posibilidad. Pero la presencia de bancos oficiales aleja el riesgo de estar frente a una institución que solo le hace el "fronting" (fungir de fachada) a los socios.

451 No entro en la discusión sobre "infracapitalización" o "infrapatrimonialización", pero yo me enrolo en quienes defienden que lo que activa el deber de intervención no es el "capital" (que es una cuenta) sino el patrimonio mínimo para que la sociedad opere en consonancia con su objeto. No asumo que los socios "deban" reponerlo. Lo que deben hacer es actuar: (i) reponerlo, (ii) convocar a terceros a hacerlo, (iii) liquidar el emprendimiento, (iv) recurrir a las soluciones concursales.

ANEXO:

Ciudad de Buenos Aires, **/0*/2020

VISTO el Expediente N° [*] la Ley Nº 27.541, los Decretos Nros. 260/20, 297/20, 311/20, 325/20, 332/20, 347/20, 355, 376, 408/20, 426/20 y 459/20, y

CONSIDERANDO:

Que el Decreto N° 260/20 amplió por UN (1) año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley N° 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el COVID-19.

Que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional requirió medidas inmediatas para hacer frente a la emergencia y dio lugar al dictado del Decreto N° 297/20 que estableció el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo de 2020.

Que la citada medida, por similares razones, fue prorrogada mediante los Decretos Nros. 325/20 y 355/20, 408 del 26 de abril de 2020 y 459 del 11 de mayo de 2020, hasta el día 24 de mayo del año en curso.

Que, en razón de dicha situación de emergencia, se limitó la circulación de personas con el consecuente impacto en la economía y afectó a las empresas, a las actividades independientes y al empleo.

Que, a raíz de la situación de emergencia a la que se viene haciendo referencia, no solo se debe procurar la adopción de medidas tendientes a la protección de la salud pública sino también coordinar esfuerzos para morigerar el impacto de las medidas sanitarias sobre los procesos productivos, el desarrollo de las actividades independientes y el empleo.

Que, en tal sentido, el Decreto Nº 332/20, modificado luego por sus similares Nº 347/20 y 376/20, instituyó el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria, con el objeto de reducir el impacto negativo de la situación referida sobre distintos sectores del quehacer económico nacional.

Que, en igual sentido, el Decreto N° 311/20 dispuso que las empresas prestadoras de determinados servicios no podían suspender o cortar tales servicios en protección a los consumidores, medida que fue prorrogada por su similar 426/20.

Que el impacto en la actividad productiva ha venido profundizándose como consecuencia de las sucesivas prórrogas de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, lo que afecta de manera inmediata y aguda a las empresas, a distintos segmentos de trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia e independientes.

Que la Ley 24.522 regula un régimen de tratamiento excepcional de las obligaciones para personas en estado de cesación de pagos dentro de circunstancias de estabilidad general de la economía, cuyas normas constituyen principios y disposiciones tanto de fondo como de procedimientos de aplicación uniforme en la nación.

Que los supuestos legales de habilitación a las distintas soluciones preventivas de la quiebra se encuentran alterados en virtud de la generalidad de la crisis, por lo que es necesario adecuarlos a

fin de preservar parámetros de equidad social y evitar desequilibrios que las circunstancias pudieran producir.

Que los efectos de la crisis en la actividad productiva hacen necesario que, sin más demora, los agentes económicos cuenten con instancias de negociación colectiva útiles para la superación no solamente un eventual estado de cesación de pagos, sino el de una crisis aun previa a dicho estado.

Que dichas instancias de negociación deben ser lo suficientemente eficaces para superar las consecuencias imprevistas que puedan materializarse en distintas formas de incumplimiento de obligaciones concertadas hasta la fecha, tanto en contratos como así también en acuerdos preventivos concertados y en trámite, cuidando que los remedios que se dispongan no sean utilizados abusivamente para generar ventajas unilaterales en desmedro de la comunidad de acreedores ni en particular sobre uno o más de ellos.

Que la intervención y control del Poder Judicial, síndicos, mediadores, expertos, como así también los propios acreedores de comités de control y cumplimiento, es coadyuvante a los resortes de asistencia que el Estado se encuentra brindado a través de sus reparticiones y del sistema financiero.

Que para cumplir con las condiciones de los incisos 'a', 'b', 'c' y 'g' del artículo 2 de la Ley 27.541 bajo las cuales el Congreso de la Nación delegó facultades en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo, es indispensable la creación de herramientas de negociación colectiva más accesibles que permitan la conservación de las actividades y las empresas de la escala más vulnerable del sistema productivo, y las medidas de no alteración de las circunstancias que favorezcan el buen resultado de las negociaciones privadas.

Que la reorganización de las obligaciones constituye un pilar de necesaria armonía con otras medidas de asistencia general que se están adoptando en función de las citadas condiciones del artículo 2° de la Ley 27.541.

Que el presente Decreto se limita a regular aquello que resulta estrictamente necesario y urgente para remediar y mitigar la pérdida de puestos de trabajo derivada de la pérdida de capital social y de activos de la economía.

Que la unidad nacional impone que las medidas y procedimientos aquí dispuestos sean uniformes en todo el territorio de la Nación.

Que la dinámica de la epidemia COVID-19 y su impacto sobre la salud pública y la situación social y económica, tornan imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.

Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL en virtud de lo establecido por el artículo 99 inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que la citada ley determina que la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como para elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ (10) días hábiles.

Que el artículo 22 de la Ley N° 26.122 establece que las Cámaras se pronuncien mediante resoluciones y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Carta Magna.

Que ha tomado intervención el servicio jurídico competente.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99 incisos 1, 2 y 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y por los artículos 1°, 2° y 58 de la Ley N° 27.541.

Por ello,

EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN ARGENTINA EN ACUERDO GENERAL DE MINISTROS

DECRETA:

Disposiciones de carácter general

ARTÍCULO 1.- En el marco de la emergencia económica y financiera declarada en el artículo 1° de la Ley 27.451 extiéndase hasta el 31 de diciembre de 2021 la emergencia productiva y crediticia originada por la crisis suscitada a raíz de la pandemia por COVID-19 en la Nación. Las suspensiones y modificaciones que por el presente se introducen a la ley de concursos y quiebras regirán mientras dure la emergencia, salvo disposición en contrario y sin perjuicio de los efectos correspondientes a los actos perfeccionados al amparo de su vigencia.

ARTÍCULO 2.- Los plazos dispuestos en el presente correrán sin solución de continuidad, sin excepción. Cuando venciera durante un día inhábil se extenderá al primer día hábil ulterior.

ARTÍCULO 3.- Suspéndase por el plazo de ciento ochenta (180) días corridos contados a partir de la entrada en vigencia del presente:

a) Los actos de subasta de inmuebles en los que se encuentre la vivienda del deudor.

b) Los actos de subasta sobre bienes afectados por el deudor a la producción, comercio o prestación de servicios, decretados en juicios ejecutivos, ejecuciones de sentencias o en ejecuciones extrajudiciales. Quedan exceptuadas de esta disposición las ejecuciones de créditos de naturaleza alimentaria y las laborales, así como la liquidación de bienes en la quiebra o en procesos universales liquidativos.

c) La ejecución de medidas cautelares que importen el desapoderamiento de bienes afectados a la actividad de establecimientos comerciales, fabriles o afines, que sean necesarios para su funcionamiento.

ARTÍCULO 4.- Durante el tiempo que rija el presente los funcionarios previstos por el artículo 251 de la Ley 24.522 que integren grupos de riesgo o que estuvieran impedidos o restringidos en su libertad de circular quedarán relevados de los deberes de actuación personal e indelegabilidad. Durante dicho plazo, el funcionario podrá delegar en otra persona, según su elección, a su cargo y bajo su exclusiva responsabilidad, la realización de los actos que requieran su presencia, informando de ello en el expediente con debida antelación.

ARTÍCULO 5.- El Banco Central de la República Argentina reglamentará la eliminación de toda restricción que de cualquier modo impida, obstaculice o encarezca el acceso al crédito de quienes se hayan concursado. Las líneas destinadas por las entidades financieras para tal asistencia gozarán de la preferencia prevista en el artículo 240 de la Ley 24.522.

Durante la vigencia del presente, no se podrán cerrar cuentas corrientes bancarias por el rechazo de cheques librados con anterioridad a la presentación del concurso preventivo, pero de vencimiento posterior. Tampoco se impondrán multas ni se los incluirá en las bases de datos del sistema financiero con causa en tales rechazos.

Los concursados o fallidos con continuidad de su actividad podrán contratar libremente con el Estado nacional siempre que reúnan las condiciones exigidas por este último.

Modificaciones al régimen de los concursos preventivos

ARTÍCULO 6.- El patrimonio autónomo de carácter fiduciario será considerado, a todos los efectos, como sujeto de derecho susceptible de solicitar la formación de concurso preventivo. En los casos de frustración del acuerdo judicial o de incumplimiento o nulidad del acuerdo preventivo judicial o extrajudicial, no se declarará la quiebra, debiéndose decretar la liquidación en los términos del artículo 1687 del Código Civil y Comercial. A tales efectos, resultarán aplicables las normas contenidas en la Sección III del Capítulo II del Título III de la Ley 24.522. Será asimismo aplicable el artículo 90 de la Ley 24.522 a los pedidos de liquidación efectuados durante la vigencia del presente.

ARTÍCULO 7.- Suspéndase durante el plazo de vigencia del presente la inhibición para nuevo concurso prevista en los artículos 59, 11 inciso 7, 13, 31 y 90 de la Ley 24.522.

ARTÍCULO 8.- Los requisitos formales del artículo 11 de la Ley 24.522, en los concursos preventivos cuya facturación sea inferior a la máxima categoría de cada sector prevista por la Resolución 563/19 de la Secretaría para la Pequeña y Mediana Empresa y Emprendedores del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, se ajustarán a las siguientes disposiciones:

1°) El juez podrá disponer la apertura del concurso aun cuando el concursado no cumpla con todos los requisitos, atendiendo a la escala económica del proceso y la complejidad de la actividad o la organización de que se trata.

2°) La expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos se presume ocurrida con causa en la crisis producida por la pandemia COVID-19.

3°) El estado detallado y valorado del activo y pasivo previsto en el inciso 3 podrá ser presentado bajo declaración jurada.

4°) La falta de aprobación de uno o más balances u otros estados contables del inciso 4° o la carencia circunstancial de documentos y legajos del inciso 5° que no resulten necesarios, no obstarán a la apertura del concurso preventivo, salvo que el juez decida lo contrario en atención a las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 9.- El servicio de caja en cuentas bancarias, presencial y electrónico, así como los de telefonía móvil, internet y transmisión de datos serán entendidos como servicios públicos a los efectos de la aplicación del artículo 20 de la citada Ley.

ARTÍCULO 10.- El deudor podrá pagar sin autorización judicial remuneraciones laborales y créditos de provisión habitual de bienes y servicios con causa anterior a la presentación en concurso hasta un total equivalente al 5% del pasivo denunciado, siempre que su cumplimiento resulte esencial para garantizar la continuación de su giro ordinario. El deudor deberá informar al juez sobre tales pagos dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización agregando una lista de tales acreedores con indicación de montos abonados y su causa, con más la documentación correspondiente.

ARTÍCULO 11.- Los efectos previstos en los arts. 20 y 21 de la Ley 24.522, en este último caso en cuanto a la suspensión procesal, se aplicarán desde la fecha de presentación del concurso preventivo y durante su vigencia. Dichos efectos serán revocados en el supuesto de rechazo o desistimiento del concurso preventivo.

ARTÍCULO 12.- Frente a la denuncia de incumplimiento de un contrato cuya continuación fue autorizada de conformidad con el artículo 20 de la Ley 24.522, el juez podrá llamar a audiencia o fijar un plazo razonable para que las partes negocien sus términos. En caso de no arribar a un acuerdo, el juez decidirá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato o su resolución.

ARTÍCULO 13.- La apertura del concurso preventivo producirá la suspensión de los convenios colectivos durante la vigencia del presente o el del cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor. Durante dicho plazo las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la Ley de Contrato de Trabajo. La concursada y la asociación sindical legitimada negociarán un convenio colectivo de crisis por el plazo del concurso preventivo y hasta un plazo máximo de tres (3) años. La finalización del concurso preventivo por cualquier causa, así como su desistimiento firme impondrá la finalización del convenio colectivo de crisis que pudiere haberse acordado, recuperando su vigencia los convenios colectivos correspondientes.

ARTÍCULO 14.- En los procesos concursales en trámite o que se inicien durante la vigencia del presente, el juez, a pedido del deudor, prorrogará el vencimiento del período de exclusividad previsto en el Artículo 43 de la Ley 24.522, por un plazo que no excederá de ciento ochenta (180) días corridos contados desde la fecha de vencimiento prevista o desde la última prórroga otorgada por el juez del concurso.

Asimismo, a solicitud del deudor o de cualquiera de los terceros registrados el juez podrá prorrogar el período previsto en el Artículo 48 de la Ley 24.522 por un plazo que no excederá los noventa (90) días corridos contados desde la finalización del plazo ordinario o desde la última prórroga otorgada por el Juez del concurso.

ARTÍCULO 15.- Los acuerdos homologados durante la vigencia del presente importarán la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso. Dicha novación no extinguirá las obligaciones del fiador, de los codeudores solidarios y de los terceros constituyentes de garantías reales, quedando vinculados solamente en la extensión de la nueva obligación nacida del acuerdo homologado.

ARTÍCULO 16.- A los efectos de la declaración de cumplimiento del acuerdo preventivo previsto en el artículo 59 de la Ley 24.522, por edictos publicados por un (1) día en el Boletín Oficial y un diario de mayor circulación de la jurisdicción se comunicará a los acreedores de todas las cuotas pendientes de pago que tengan una exigibilidad mayor a un año que deberán presentarse en el expediente judicial para percibir su pago dentro de los quince (15) días hábiles posteriores al de la última publicación, bajo apercibimiento de tener por cumplido el acuerdo.

ARTÍCULO 17.- Durante la vigencia del presente y por una sola vez, el deudor que desee celebrar un acuerdo preventivo extrajudicial podrá pedir ante el juez competente que durante noventa (90) días corridos se apliquen los efectos de los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 24.522, en este último caso en cuanto a la suspensión procesal, a cuyo fin deberá acompañar las constancias correspondientes a las medidas a adoptar. Si dentro del plazo el deudor presenta acuerdos por no menos del treinta por ciento (30%) de los acreedores, podrá pedir una prórroga por sesenta (60) días más. Dentro del plazo deberá presentar el acuerdo con arreglo a lo previsto en los artículos 69 y siguientes de la citada Ley. La falta de presentación del acuerdo a homologar dentro del plazo hará fenecer los efectos citados.

ARTICULO 18.- El deudor podrá suspender el pago de las cuotas del acuerdo preventivo hasta ciento ochenta (180) días corridos, lo que deberá manifestar ante el juez.

Modificaciones al régimen de las quiebras

ARTICULO 19.- Suspéndase por el término de ciento ochenta (180) días corridos contados a partir de la vigencia del presente, el trámite de los pedidos de quiebra por acreedor iniciados o a iniciarse de conformidad al artículo 77 inciso 2 de la Ley 24.522. Esta suspensión no impedirá el dictado de medidas cautelares en los términos del art. 85 de la Ley 24.522. El tiempo de suspensión transcurrido según este artículo se adicionará al máximo previsto en el artículo 116 de la Ley 24.522 para fijar la fecha de cesación de pagos en el trámite de la quiebra.

ARTÍCULO 20.- Si el deudor no ha hecho uso del derecho del artículo 18, en cualquier momento durante la vigencia del presente, o al contestar el traslado de ley de una solicitud de quiebra indirecta prevista por los artículos 77 inciso 1 y 43 penúltimo párrafo de la Ley 24.522, podrá negociar nuevamente los términos del acuerdo homologado, de conformidad con las siguientes reglas:

1) El pedido deberá contener la presentación de una propuesta de modificación del acuerdo homologado, la expresión de las causas de imposibilidad para cumplir el acuerdo y un informe detallado de los créditos concursales pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos.

2) La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del acuerdo originario.

3) Las conformidades de los acreedores a la propuesta de modificación del acuerdo deben ser presentadas dentro del plazo de ciento veinte (120) días corridos.

4) Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para lograr el acuerdo originario, con las exclusiones previstas por el art. 45 de la Ley 24.522.

5) Los créditos posteriores a la homologación y los acreedores privilegiados no formarán parte del acuerdo, pero podrán adherir expresamente a la propuesta de modificación.

Las mismas reglas se aplicarán a los acuerdos preventivos extrajudiciales homologados.

ARTÍCULO 21.- Por el término de un año o durante la vigencia de la emergencia sanitaria, lo que sea mayor, los dividendos caducos de conformidad con el artículo 224 de la Ley 24.522 serán destinados al Sistema de Salud Pública de la provincia correspondiente al tribunal interviniente.

Negociaciones colectivas de emergencia

ARTÍCULO 22.- Quienes estén legitimados para pedir la formación de su concurso preventivo podrán solicitar ante un mediador de su jurisdicción o ante el juez competente en materia concursal la apertura de un proceso a los fines de convocar a un conjunto determinado de acreedores con el propósito de negociar las obligaciones pendientes de cumplimiento.

El pedido deberá contener una descripción del activo y pasivo detallados con la estimación del valor según el deudor, un informe de los ingresos y egresos corrientes, todo ello en carácter de declaración jurada. Además, deberá acompañar una propuesta de pago. El deudor podrá pedir las medidas previstas en el artículo 17 respecto de los acreedores convocados las que tendrán el mismo alcance y efectos, que serán adoptadas por el juez concursal.

El juez o mediador convocará a una o más audiencias en las que se llevará a cabo las negociaciones, para cuyo fin el deudor denunciará los datos necesarios de los acreedores convocados. Se aplicarán las normas vigentes en materia de mediación y de procedimientos concursales en todo lo que fuera pertinente. El mediador estará facultado para requerir y examinar la información contable y financiera del deudor incluida la propuesta de pago, así como también la de los acreedores.

El acuerdo al que se arribe con todos o parte de los acreedores convocados, podrá ser homologado judicialmente, y, en tal caso, resultará oponible frente a los acreedores en un futuro proceso concursal del deudor. Se aplicarán las reglas arancelarias de la mediación en los casos que intervenga un mediador. Si el proceso tramita en sede judicial, el juez podrá aplicar los institutos de la ley concursal que entendiera pertinentes, estando facultado a nombrar funcionarios dentro de los previstos en el artículo 251 de la Ley 24.522. Los honorarios de profesionales que hayan intervenido podrán ser parte del acuerdo.

ARTÍCULO 23.- Podrán acceder voluntariamente a la negociación colectiva de emergencia regulada en el artículo 22 para proponer un plan de pagos de obligaciones nacidas en relaciones de consumo aplicadas al sostén de la vida personal del deudor y de su núcleo familiar:

1) las personas humanas que no realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios;

2) quienes se desempeñen como empleados públicos o privados en relación de dependencia; quienes ejerzan una profesión liberal no organizada bajo la forma de empresa;

3) y quienes realicen una actividad autónoma e independiente no organizada bajo la forma de empresa.

Serán admitidos quienes se encuentren inscriptos como empleadores, siempre que el personal en relación de dependencia a su cargo no sea mayor a cinco (5) trabajadores.

El proceso tendrá por objeto el tratamiento de una propuesta especial del deudor, que tramitará conforme a las siguientes reglas:

1) Los ingresos anuales del deudor no podrán ser superiores a sesenta (60) veces el salario mínimo vital y móvil, de conformidad con el ingreso promedio del último año.

2) El pasivo vencido y a vencer dentro del año computado desde la presentación no podrá ser superior a sesenta (60) veces el salario mínimo vital y móvil.

3) El deudor deberá acreditar su identidad y domicilio real, la conformación de su núcleo familiar con explicación de las personas que estén a su cargo exclusivo o compartido, su flujo habitual de ingresos y los activos que integran su patrimonio. También deberá explicar la porción de sus ingresos que sea indispensable para la atención propia y de quienes integran su núcleo familiar y el excedente financiero disponible para atender a las deudas de consumo.

4) El acuerdo podrá tener el contenido que las partes consideren más apropiado.

5) En el caso que el juez estime que el acuerdo es ajustado a derecho, lo homologará. Si no existe acuerdo, el juez podrá imponer un plan de pagos que considere razonable, valorando la naturaleza de créditos, origen, el contexto social y familiar del deudor y su conducta, tanto antes como durante al proceso. En todos los casos, el juez tiene facultades para integrar el acuerdo, mediante resolución fundada, aumentando o reduciendo plazos y adecuando los montos de las

cuotas pactadas a fin de asegurar el cumplimiento de lo acordado sin afectar subsistencia decorosa del deudor y la de su familia.

6) El juez dispondrá las medidas de ejecución más eficaces y dispondrá el cese de las cautelares que correspondan. Ante el incumplimiento del plan de pagos, emplazará al deudor para que cancele las obligaciones vencidas, bajo apercibimiento de ejecución de las obligaciones acordadas.

7) Si no se alcanzara un acuerdo ni el juez impusiera un plan de pagos, se cerrará el proceso y se mandará a archivar las actuaciones, en su caso.

ARTÍCULO 24.-La vigencia del presente decreto comenzará el día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

ARTÍCULO 25.- Dese cuenta a la Comisión Bicameral Permanente del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

ARTÍCULO 26.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese. (… siguen las firmas).

CLIENTE MUERTO NO PAGA

Ariel G. DASSO

Resumen: Desde el punto de vista económico, el confinamiento es, sin dudas, la clave que impide a la economía funcionar normalmente. Lo que no pudo la amenaza nuclear, aquello en lo que fracasaron sistemas totalitarios del control social ultraplanificado, la opresión política, racial y religiosa, lo ha conseguido la interrupción del comercio. Comercio y cooperación, como se verá, han sido vitales en la recuperación de la paz.
En días como estos, deudores y acreedores son la misma cosa, y la interrupción del flujo económico implica que nadie puede pagar porque nadie puede trabajar y porque a su vez nadie puede cobrar. Mantener la economía pequeña de los pequeños emprendimientos, de la vida familiar, del pequeño comercio, es darle la primera base de sustentación a todo el sistema. Como solían enseñar Schuman y Monet, padres de la idea a la Gran Europa, el mejor preventivo de la guerra es evitar la escasez. Donde ha escasez hay que buscar poner abundancia, no a través del conflicto, sino de la cooperación, aún cuando haya que sacrificar algo en pos del todo.
Palabras claves: Confinamiento - Economía - Acreedores - Deudores.

Abstract: From an economic point of view, confinement is undoubtedly the key that prevents the economy from functioning normally. What the nuclear threat failed, what totalitarian systems of ultraplanned social control failed, political, racial and religious oppression, has been achieved by the interruption of trade. Trade and cooperation, as will be seen, have been vital in the recovery of peace.
On days like these, debtors and creditors are the same thing, and the interruption of the economic flow implies that nobody can pay because nobody can work and because in turn nobody can collect. Keeping the economy small for small businesses, family life, small businesses, is to give the first base of support to the entire system. As Schuman and Monet, fathers of the idea, used to teach Greater Europe, the best preventative of war is to avoid scarcity. Where there is scarcity, one must seek to put abundance, not through conflict, but through cooperation, even when something has to be sacrificed in pursuit of the whole.
Key words: Confinement - Economy - Creditors - Debtors.

Continuamos transitando esta situación excepcional desde el punto de vista social con obvias repercusiones económicas, políticas, sociales y además personales y psicológicas. Existen numerosos estudios, opiniones y propuestas, algunas intentando explicar el origen, otras buscar los culpables, otras cómo administrar el presente y finalmente algunas que se preguntan cómo afrontar "el día después".

Desde el punto de vista económico, el confinamiento es, sin dudas, la clave que impide a la economía funcionar normalmente. Lo que no pudo la amenaza nuclear, aquello en lo que fracasaron sistemas totalitarios del control social ultraplanificado, la opresión política, racial y religiosa, lo ha conseguido la interrupción del comercio. Comercio y cooperación, como se verá, han sido vitales en la recuperación de la paz.

En días como estos, deudores y acreedores son la misma cosa, y la interrupción del flujo económico implica que nadie puede pagar porque nadie puede trabajar y porque a su vez nadie puede cobrar.

En este sentido pareciera que el sostenimiento del consumo es una pieza esencial y para eso es imprescindible que el elemento fundamental de toda ecuación económica, esto es la población, no se vea privada de continuar ejercitando su derecho fundamental que es vivir (estar confinado no lo es) y consumir.

Mantener la economía pequeña de los pequeños emprendimientos, de la vida familiar, del pequeño comercio, es darle la primera base de sustentación a todo el sistema. Como solían enseñar Schuman y Monet, padres de la idea a la Gran Europa, el mejor preventivo de la guerra es evitar la escasez. Donde ha escasez hay que buscar poner abundancia, no a través del conflicto, sino de la cooperación, aún cuando haya que sacrificar algo en pos del todo.

Es preciso darle a esa base de la economía algunos elementos básicos de recuperación. En tal sentido, la liquidez es fundamental, pero, además, el alivio cierto de que sus activos y sus patrimonios se verán preservados. Y para ello los sistemas de prevención y administración de las crisis de tipo concursal son una ayuda fenomenal. Frente a la insolvencia, a la cesación de pagos, la solución natural, la más eficiente que se conoce, la más proporcional y controlada es el concurso. Resulta irrazonable la reticencia que tienen algunos sectores a admitir este tipo de soluciones.

Es necesario desmitificar a este sistema de una vez por todas. El concurso no causa la mora en los pagos. La mora ya existe. El concurso busca superarlas. El concurso no hace desaparecer empresas, sino que tiende a sostenerla en el tiempo, conforme su viabilidad. El concurso no es un sistema descontrolado: hay un juez (Esta presente el Estado, bajo su manifestación adecuada, el Poder Judicial – que no es el gobierno, sino el Estado-), y toda la administración activa y pasiva del deudor está sujeta a un triple control: el Juzgado, la sindicatura, el comité de acreedores (el hecho que éstos sean reticentes a participar, alegando las causas que fueren, no quita que allí está la herramienta que tienen). El deudor continúa en la gestión ordinaria de sus negocios, pero todo lo demás está sujeto a control. E incluso la administración ordinaria, hoy, merece un análisis mensual por parte del Juzgado a partir de los informes periódicos de ingresos y egresos que practica la sindicatura.

La justicia o algunos de sus voceros, temen el desborde de sus estructuras por la supuesta avalancha de pedidos de concursos. Esto es también un mito. Nuestro sistema ha demostrado con creces su capacidad de respuesta y adaptación, como en la crisis del 2002, generando sistemas de composición a partir de acuerdos “gerenciados” o gestionados por los jueces.

Pero si eso en este caso aún pudiese ser cierto y la escala de los requerimientos fuere tal, siempre es posible habilitar concursos o sistemas concurrentes de recomposición de deudas, fuera de la jurisdicción y organizar puntos de encuentro para la reorganización de deudas incluso fuera del ámbito jurisdiccional, por vía de la mediación o por vía de la activación especial de los acuerdos preventivos extrajudiciales, con sólo leves modificaciones, haciéndolos accesibles a las Pymes, la microempresas, a las personas humanas, consumidores o no y a las familias sobreendeudadas. En estos casos es sencillo acotar los tiempos y presupuestar de anticipado los gastos.

Es un mito que el concurso sea caro y cabría preguntarse con relación a qué lo sería: ¿al valor de los activos que se puede salvar, o la cantidad de riqueza, o flujo de fondos proyectado hacia el futuro, o con la cantidad de empleos que se puede sostener con la actividad y la cantidad de indemnizaciones que se pueden evitar? Porque hay que decirlo con todas las letras: si no permito a

las empresas o a los deudores insolvente concursarse, simplemente van a desaparecer, con o sin quiebra. Con “alzamiento de bienes”, o sin él, es decir abandonando los bienes. El resultado, es igual de malo.

Comparado con otros procesos judiciales, por ejemplo, el costo de un juicio laboral es por lo menos el 35% de honorarios que deberá asumir la parte actora, en el mejor de los casos. Además, la demandada deberá pagar los honorarios del abogado de la actora que regulen a cargo, que a su vez tendrá que pagar los honorarios sus propios abogados, más los costos de la pericia y la tasa de justicia.

Comparado con un proceso civil o comercial, ninguno estos juicios que transite las tres etapas, entre un 11 y un 25% de honorarios, más el porcentaje que corresponda por pericias. Lo mismo puede predicarse de los juicios civiles, o los juicios de alimentos. Hasta en las sucesiones se cobra un 7%, por lo menos, del valor del pasivo tras de los activos transmitidos. Una renegociación de deuda, se paga al menos el 10 % de lo renegociado. Y eso es lo que se cobran en las actuaciones fiscales y parafiscales en la que ya exista actividad de colegas, con trámite del juicio o sin él.

Decir que el concurso es caro es un mito. Sólo el ahorro que tiene un concursado en evitar pagar los intereses cuasi usurarios que ha tenido que ir validando en las últimas etapas de su vida pre concursal, equivalen en un plazo no mayor a dos meses la totalidad del presupuesto que pudiera haber imaginado.

Pero si el obstáculo radicara en que la estructura del poder judicial no estuviere preparada para sostener semejante escala de presentaciones, nuestro sistema tiene ya previsto el acuerdo preventivo extrajudicial, que, si bien hasta ahora, fue preferido por las grandes empresas, por su mayor velocidad y sobre todo por su economía de tiempos y esfuerzos, podría ser adaptado fácilmente a las necesidades de la pequeña empresa, del consumidor, e incluso de la persona física sobreendeudada y de la familias en situación de dificultades financieras por falta de trabajo o financiamiento.

Basta con introducir unos pequeños ajustes a este sistema, y el mismo puede ser ofrecido, prácticamente con ese mismo formato a pequeñas empresas, a personas físicas empresarias, a personas humanas consumidores sobreendeudados, y a familias en situaciones de dificultades económicas y financieras de carácter general, con un plan económico, acotado en el tiempo, y sujeto a muy pocas formalidades. En sede judicial o fuera de ella.

Insolventes, hoy, estamos todos. Al no poder circular y no poder trabajar, nadie ha generado en estos 100 días recursos propios de su giro. El que está pagando sus cuentas las está haciendo de recursos extraordinarios, endeudándose o recibiendo ayudas extraordinarias. Por lo tanto, está en insolvencia. El sector financiero debe entender que, si no se les da a los ciudadanos, a la población, que son sus clientes, un método para reorganizar sus deudas, de la mejor manera posible, solamente quedará por recordar: “cliente muerto no paga” (Steve Martin, 1982).

Diplomatura de Derecho Comercial y de las Organizaciones Económicas

En el seno de la Secrearia de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba durante los años 2018 y 2019 se desarrolló esta Diplomatura bajo la Dirección de los Profesores Luisa Isabel Borgarello, María Cristina Mercado de Sala y Efraín H. Richard, bajo la Coordinación General de las Profesoras Isabel Lucia Alem de Muttoni y Carlota Palazzo.

Diplomatura que culminaba con la presentación de tesinas, de las que publicamos las que han sido aprobadas, felicitando a esos cursantes.

LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE FIDEICOMISOS: SOLUCIONES LEGALES NO CONVENCIONALES

Mariángeles BRONDINO - Francis Emanuel CARLES

Resumen: el presente trabajo consiste en el tratamiento pormenorizado de las liquidaciones judiciales de fideicomisos que recién han comenzado a avizorarse de manera asidua con la sanción del Código Civil y Comercial puesto que el mismo implicó la existencia de un terreno firme en relación a la forma de proceder ante estas circunstancias, antes solo determinadas por la doctrina y alguna que otra jurisprudencia aislada.
No obstante ello, hay ciertos vacíos o lagunas legales relacionadas con los emprendimientos inmobiliarios y la situación en la que se posicionan los adquirentes-acreedores cuando se aviene una intempestiva resolución de liquidación judicial. Ante ello, nos proponemos dar respuestas a los problemas más comunes que se están suscitando –y se suscitan– entre los adquirentes-consumidores, proponiendo soluciones que encuentran tutela en el marco legal pero que no se han aplicado, al menos del relevamiento realizado por nosotros, en liquidaciones en curso.
Palabras Claves: Fideicomisos - Fideicomisos inmobiliarios - Liquidación Judicial de Fideicomisos - Soluciones no convencionales.

Abstract: The present work consists in the detailed treatment of the judicial liquidations of trusts that have just begun to be observed regularly with the sanction of the Civil and Commercial Code since it implied the existence of a firm ground in relation to the way to proceed under these circumstances, previously only determined by the doctrine and some other isolated jurisprudence. However, there are certain legal gaps related to real estate ventures and the situation in which acquirer-creditors are positioned when an untimely resolution of judicial liquidation is agreed. Taking this into account, we intend to provide answers to the most common problems that are arising - and arise - among purchasers-consumers, proposing solutions that find protection in the legal framework but have not been applied, at least in the survey we have made, in ongoing settlements.
Key Boards: Trusts - Real Estate Trusts - Judicial Liquidation of Trusts - Unconventional Solutions.

INTRODUCCIÓN

Desde su origen, los fideicomisos se concibieron como institutos jurídicos extraños a nuestro sistema jurídico y de complejo entendimiento, incluso para aquellos con abundante conocimiento legal, ya que su naturaleza jurídica es de un contrato, pero, en la realidad, en el día a día, actúan como verdaderas personas jurídicas.

Lo real y cierto es que, en el mundo actual de los negocios se han convertido en un instituto jurídico indispensable, pese a la complejidad misma que los representa – principalmente por las múltiples partes que participan del mismo, a veces, incluso, con superposición de roles–, máxime en el ámbito inmobiliario, donde se encuentran vinculados con numerosos negocios, entre ellos mega- emprendimientos.

La inestabilidad de ciertas economías regionales, como en la que se encuentra inmerso nuestro

país desde antaño, ha determinado, de manera directa e inmediata, que grandes proyectos inmobiliarios (la mayoría desarrollados mediante fideicomisos) no puedan alcanzar el desarrollo previsto, incluso, ni siquiera puedan iniciarse por virajes inesperados en la economía.

Esta circunstancia nos obliga, como operadores del derecho, a pensar soluciones que sean beneficiosas y satisfactorias para todas las partes intervinientes del contrato, principalmente los beneficiarios o fiduciantes-beneficiarios (*nomen iuris* que varía de acuerdo al contrato de fideicomiso que observemos) del contrato de fideicomiso. Máxime, en el último tiempo, principalmente en los dos años anteriores, en que el instituto jurídico se ha convertido en un arma de doble filo gracias al abuso y aprovechamiento que del mismo han hecho numerosas personas, valiéndose de la figura del fiduciario para crear sociedades que cumplan tal rol, cubriéndose de futuras responsabilidades en caso de que el "negocio no funcione". Hoy, es casi inimaginable pensar en la construcción y desarrollo de un edificio, complejo de edificios o los tan de moda *countries* si no lo es por medio de un fideicomiso, quedando los interesados en acceder a tales negocios en el limbo de correr el riesgo de invertir su dinero para adquirir un inmueble. Así, esta combinación de necesidad e inestabilidad económica generan un aumento en los índices de riesgo que desembocan, en reiteradas ocasiones, en la imposibilidad de cumplimiento del objeto del fideicomiso.

En este orden de ideas, arribamos al meollo de la cuestión: cómo procedemos frente a estas situaciones. En una etapa inicial, probablemente se desencadenen –incluso antes de llegar al estadio de la insolvencia del fideicomiso– intimaciones extrajudiciales individuales (lo cual dependerá de las fechas de contratación de cada persona, el financiamiento optado, los plazos de entrega, entre otras cuestiones), otros optaran por iniciar procesos judiciales por incumplimientos en los plazos y, requerirán, en su caso, la resolución judicial del contrato celebrado (con las correspondientes pretensiones de indemnizaciones por los daños y perjuicios devengados de la frustración del contrato imputable al fideicomiso).

Finalmente, cuando el incumplimiento es generalizado y se advierte la imposibilidad definitiva de cumplir por parte del fideicomiso, se solicita la liquidación judicial del mismo.

Cumplidos los requisitos que determinan la procedencia de la liquidación, se presentan distintas alternativas para los acreedores, dependiendo de la situación en que cada uno se encuentre, siendo este el momento en que se deben tomar decisiones estratégicas en función del caso concreto y la conveniencia económica de cada uno.

En el presente trabajo abordaremos las situaciones concretas de cada acreedor, que podemos circunscribir en tres grandes grupos, proyectando soluciones no convencionales que tutelen y protejan el patrimonio de los mismos, tratando de respetar los lineamientos de los procesos falenciales y, principalmente, la *pars conditio creditorum.*

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

A fin de entender cómo funciona la liquidación judicial de los fideicomisos es indispensable hacer referencia a la operatoria de los mismos durante "su vida". Es por ello que nos parece oportuno repasar algunos conceptos y características básicas de este contrato.

Iniciando con la definición del contrato, el artículo 1666 del Código Civil y Comercial, determina que hay contrato de fideicomiso "*cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se*

obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario."

Tal definición, al pensar de Calderón[452], describe los tres momentos en que se desarrolla el contrato:

a) Inicialmente, el fiduciante se compromete a transmitir la propiedad fiduciaria de bienes al fiduciario.

Se trata del momento de constitución del fideicomiso, que se conforma con el acuerdo de voluntades entre sus partes originarias (fiduciante y fiduciario) respecto de la transmisión de bienes.

b) En un segundo tiempo, el fiduciario ejerce la propiedad fiduciaria en beneficio del beneficiario.

Este es el momento de la gestión fiduciaria, durante el cual la propiedad conformada por los bienes oportunamente transferidos (y los que se van incorporando en el trayecto de la administración del patrimonio) se afectan al cumplimiento del fin establecido en el contrato, repartiéndose los beneficios que pudieran generarse al beneficiario.

c) Finalmente, ante el vencimiento de un plazo o el acaecimiento de una condición, el fiduciario transmite la propiedad de los bienes que integran el patrimonio fiduciario al fideicomisario.

Aquí el negocio, que es esencialmente modalizado, llega a su término.

El contrato de fideicomiso es un contrato que puede ser constituido por acto entre vivos u originado en una disposición de última voluntad –fideicomisos testamentarios–, existiendo desde su celebración, ya fuere que los bienes fueren transmitidos en ese acto, o bien, con posterioridad.

De entre sus principales caracteres, podemos destacar que se trata de un contrato:

- Consensual;
- Sinalagmático;
- Oneroso –como regla–;
- Nominado;
- De disposición;
- De duración;
- Formal y,
- En relación al fiduciario, además, es *intuitu personae*.

Es dable aclarar, en relación a la forma del contrato, que, como se pusiera de resalto *supra*, es formal pues debe celebrarse por escrito, pero, a opción de las partes, lo será por instrumento público o privado. No obstante tal facultad de opción, la ley prevé una excepción para aquellos casos en que la propiedad fiduciaria se encuentre compuesta por bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público –v.gr. inmuebles–, en cuyo caso el contrato de fideicomiso, por

452 Maximiliano R. Calderón en Andrés Sánchez Herrero –director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial: Tomo V: Contratos parte especial, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires – 2018, pp.1109/1110.

una cuestión de continuidad de formas, deberá celebrarse por instrumento público.

Además de ello, el artículo 1669 del Código Civil y Comercial agregó, como novedad, la obligación de inscripción del contrato de fideicomiso en el Registro Público al expresar: *"El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda…"* En cumplimiento de ello, la provincia de Córdoba atribuyó la facultad de toma de razón respecto de las inscripciones, modificaciones y extinciones de los contratos de fideicomiso al Registro Público de Comercio de Inspección de Personas Jurídicas de Córdoba, quienes desempeñan tal función desde mediados del año 2019.

Finalmente, en cuanto al contenido del contrato, el mismo deberá:

- Indicar qué bienes conforman el patrimonio fiduciario;
- Designar el fiduciario pues es la persona más importante en orden al funcionamiento del fideicomiso en tanto será el administrador de los bienes fideicomitidos y el responsable de que el fideicomiso cumpla con su objeto;
- Indicar el objeto y finalidad del fideicomiso;
- Determinar la condición o el plazo de duración al que se sujeta el fideicomiso.

LA OPERATORIA DE LOS FIDEICOMISOS INMOBILIARIOS

Ahora bien, si nos ceñimos más específicamente a los fideicomisos inmobiliarios advertiremos que, generalmente, tienen por objeto la construcción de edificios o complejos de edificios y/o la ejecución de loteos. Tales proyectos se efectivizan sobre uno o varios bienes que pertenecen a la propiedad fiduciaria, es decir, que fueron aportados por alguno/s de los fiduciante/s, obteniendo el resto del dinero necesario para el desarrollo de lo que aporten los adquirentes.

Pero… ¿Qué rol tienen dentro de este esquema los adquirentes? Pues bien, variará dependiendo lo que disponga el contrato de fideicomiso pero, en la generalidad de los casos, el fiduciario –dejando expresamente asentado que actúa en tal carácter y no a título personal–, realiza la venta por medio de un boleto de compraventa[453] que tiene por objeto, supongamos, un lote de terreno que contendrá todas las edificaciones exigidas por la ordenanza pública respectiva, esto es, apertura de calles, cordón y cuneta, servicios básicos y esenciales tales como el agua, la luz y el gas, entre otros, a cambio de un precio determinado que podrá pagarse de acuerdo a la modalidad que se prevea y, dentro de determinado plazo, el fideicomiso otorgará la posesión y la escritura pública traslativa de dominio al adquirente.

En condiciones óptimas, el fideicomiso cumple con sus obligaciones y el adquirente con las suyas, obteniendo cada uno lo que por derecho le corresponde: el fideicomiso obtendrá el dinero que el adquirente se comprometió a abonar en concepto de precio del lote y, por su parte, el adquirente obtendrá un lote de terreno con toda la infraestructura propia que le permitirá edificar sobre él.

Ahora bien, en la otra cara de la moneda nos encontraremos con la situación opuesta, es decir, aquella en la que hay incumplimientos mutuos o de una de las partes. Ante ello, se intentará

453 Debemos tener en cuenta que la vinculación del fideicomiso con otros sujetos se realiza por intermedio de contratos que son absolutamente independientes y autónomos del contrato de fideicomiso, no teniendo éstos últimos vinculación alguna con aquel. Ello es así pues el fiduciario, en nombre y representación del fideicomiso –y a fin de administrar y disponer la propiedad fiduciaria–, actúa como un sujeto de derechos y, para ello, necesariamente debe entablar relaciones jurídicas que se viabilizan mediante contratos.

salvaguardar la relación jurídica vía extrajudicial y, en caso de que las vías extrajudiciales culminen infructuosamente, se optará por la judicial. Llegados a este punto, debemos distinguir el tratamiento de las acciones legales dependiendo de quién esté incumpliendo:

- Incumplimiento del adquirente: este es el supuesto menos frecuente. En este caso, el fideicomiso –siempre por intermedio del fiduciario que es su administrador y representante con legitimación para estar en juicios–, podrá perseguir el cumplimiento del contrato de parte del adquirente incumplidor, previa acreditación de que él está cumpliendo con su parte pues estamos frente a contratos sinalagmáticos; o bien, podrá pedir la resolución judicial del contrato.

Es poco común que estos supuestos lleguen a ventilarse en los Juzgados por cuanto los boletos de compraventa que son la vía elegida para instrumentar las ventas, contienen cláusulas que favorecen a los fideicomisos-vendedores con facultades de imposición de multas y, en el caso más extremo, la resolución de los contratos ante el atraso en el pago por un cierto y determinado plazo por parte del adquirente.

- Incumplimiento del fideicomiso: es el supuesto más frecuente en este tipo de relación y, en los últimos años, han aumentado considerablemente los casos de reclamos judiciales a fideicomisos inmobiliarios por incumplimientos contractuales. En este supuesto, el adquirente está facultado para iniciar la acción de cumplimiento de contrato o, en su caso, si así lo deseare, la resolución judicial del contrato por incumplimiento inimputable a su parte e imputable al fideicomiso con más otros rubros y pretensiones de daños y perjuicios.

Es de notar, además, que aquí entra en juego el derecho del consumidor[454] pues estaremos frente a una típica relación de consumo en tanto, en la generalidad de los casos, el fiduciario encuadra a la perfección en la definición de proveedor que efectúa la Ley de Defensa del Consumidor y, por su parte, el adquirente encuadra en la de consumidor o usuario y, más específicamente –y en boga– en la de consumidor inmobiliario[455]. Incluso más, si analizáramos los

454 "La compraventa de inmuebles queda sujeta al régimen de esta ley tuitiva […] Entre ellos, cabe mencionar: - Compraventa de inmuebles en construcción o a construir. Fideicomisos. Las modalidades que se utilizan con más frecuencia en materia de inmuebles nuevos, contemplan el pago previo de cuotas cuando están en construcción, a través de distintitas figuras jurídicas, como contratos de administración, fideicomisos, locaciones de obra, e incluso figuras asociativas. […]. (Ricardo L. Lorenzetti, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 133) "[…] en sentido coincidente: "en el régimen del estatuto del consumidor, la finalidad es tipificante y predomina sobre la estructura típica del negocio." (Lorenzetti, Ricardo, "Consumidores", Rubinzal Culzoni, 2003, p. 113) así como que la ley de defensa del consumidor, al haber incorporado expresamente los "negocios inmobiliarios", categoría de la cual participa el fideicomiso inmobiliario en todas sus formas, sirve como un freno a los proveedores que constituyen la parte fuerte del contrato y protege a los pequeños inversores que pretenden adquirir una vivienda mediante esta modalidad." (cfr. C6a. CC Cba. 14/04/2016. Sentencia N° 40, en "Ahumada, Mariela Florencia c. Oliver Group
S.A. y Otro - Ordinarios - Otros - Recurso de Apelación (Expte. N° 2222592/36)" Sem. Jco. 2056, 26/05/2016)." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso-administrativo de 1ª Nominación de Río Cuarto, Milloch, Hugo Jorge c. Seidl, Lilia Alfonsina Viviana y Otros s/ ordinario, 22/12/2016, Cita Online: AR/JUR/102881/2016).

455 "La protección del fiduciante-beneficiario debe acentuarse cuando éste resulta ser un consumidor y es que, si bien a veces el producto íntegro del desarrollo inmobiliario se reparte sólo entre los fiduciantes originantes, en otros supuestos el fideicomiso se volcará al mercado con los consumidores mediante preventas y ventas. En este último escenario, el estatuto del consumidor será aplicado al fideicomiso, sin importar el esquema utilizado: adquisición de unidades mediante boleto de compraventa con el fiduciario, o mediante incorporación como fiduciante-beneficiario. El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato." (C4ª CC, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Beral, Lidia Angélica c. Sociedad Mutual del Colegio Farmacéutico de Mendoza s/ escrituración, 31/07/2013, LA LEY Gran Cuyo, 2013 (octubre), 1000 - LA LEY Gran Cuyo 2013 (diciembre), 1164, con nota de Mauricio Boretto; cita Online: AR/JUR/39689/2013). "Se reconoce que en una mayoría de supuestos de fideicomisos de construcción en la que terceros aportan una suma de dinero con la expectativa de la adjudicación de una unidad "habitacional", la relación será

boletos de compraventa notaremos la existencia de un típico contrato de adhesión en la que el consumidor no tiene intervención alguna en la redacción de los mismos y en las que el desequilibrio de facultades y derechos en favor del proveedor y detrimento del consumidor inmobiliario son múltiples y ostensibles siendo, muchas veces, declaradas abusivas y nulas por los tribunales.

El supuesto más grave se da cuando el/los adquirente/s advierten el incumplimiento generalizado y sin retorno de parte del fideicomiso, en cuyo caso el remedio legal que a éste/os le/s queda es solicitar vía judicial, la liquidación del fideicomiso en su carácter de acreedores.

Así es como se pone marcha un proceso complejo que tiende a proteger el patrimonio de los ahora acreedores, existiendo distintas soluciones para cada uno de ellos, dependiendo los casos concretos. Se procura, además, que tales soluciones se lleven adelante en el marco del respeto del principio de la *pars conditio creditorum.*

LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO

En una situación extrema, puede ocurrir –aunque hoy ha adquirido una frecuencia inusual– que el fideicomiso se coloque en un estado de insuficiencia patrimonial para atender sus obligaciones de manera continua y estable en el tiempo (artículo 1687 del Código Civil y Comercial).

Arribados a un supuesto de agudización y/o irreversibilidad de la situación *supra* manifestada, el paso a seguir es la liquidación del fideicomiso. En estos casos, la liquidación del mismo puede ser efectuada de manera extrajudicial, conforme lo que se haya dispuesto en el contrato de fideicomiso y recayendo en cabeza del fiduciario, o bien, disponerse judicialmente, que será el caso que abordaremos y desarrollaremos en el presente trabajo.

Es de destacar que la Ley de Fideicomisos solo preveía, en su artículo 16, la absoluta extrajudicialidad de la liquidación del fideicomiso, que sería llevada adelante por el fiduciario *"…quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra; si se tratase de fideicomiso financiero regirán en lo pertinente las normas del artículo 24."* Así, la liquidación quedaba fuera de la órbita judicial.

Hoy, con la reforma introducida por el artículo 1687 del Código Civil y Comercial, el panorama es más esclarecedor, incluyéndose, como novedad, la posibilidad del pedido judicial de liquidación de un fideicomiso, el cual se regirá de conformidad a las reglas legales que a continuación expondremos.

a) Legitimación pasiva del fideicomiso ante el pedido de liquidación judicial

La insolvencia del fideicomiso no da lugar a la declaración de la quiebra (artículo 1687 del Código Civil y Comercial).

El Fideicomiso se encuentra expresamente excluido de los procesos concursales y falimentarios por lo que la insuficiencia de bienes fideicomitidos para atender las obligaciones asumidas por el fideicomiso no da lugar a la quiebra del mismo pues es un contrato, no una persona jurídica y, por lo tanto, un sujeto excluido de la Ley N° 24.522.[456] Ante tal situación, lo que procede es la liquidación

claramente de consumo." (Carlos Molina Sandoval, La Protección Jurídica del Adquirente de Unidades Funcionales y El Fideicomiso Inmobiliario, en LA LEY, 01/10/2007).

456 Destacados doctrinarios sostienen que se trata de una decisión de pura política legislativa ya que el mero hecho de que el fideicomiso entrañe un patrimonio de afectación no constituye un impedimento infranqueable a la posibilidad de

del fideicomiso en cuestión.

Al respecto, destacada doctrina sostiene que el artículo 1687 del Código Civil y Comercial mantiene al fideicomiso fuera de la órbita de la concursalidad en los términos del artículo 2º, vedando el concurso preventivo y la declaración de quiebra de los bienes fideicomitidos, aunque visibiliza la liquidación de naturaleza paraconcursal, a cargo del juez con competencia en la materia, ante la insuficiencia del patrimonio fiduciario.[457]

Así, resulta clara –y hoy, indiscutida–, la legitimación pasiva del fideicomiso respecto de la acción de liquidación judicial. "*Efectivamente, el dispositivo legal citado no recepta la posibilidad de falencia de un fideicomiso, pero sí prevé su eventual liquidación ante la insuficiencia patrimonial para hacer frente al cumplimiento del contrato, supuesto en el cual, y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente. Es entonces que se liquida un patrimonio separado (de afectación) que está bajo la titularidad del fiduciario, quien tiene los derechos de disposición, uso y goce sobre el mismo y que, dado su insolvencia se requiere su liquidación "sin quiebra", que no es sino la realización del activo y la cancelación del pasivo dentro de los límites del fideicomiso, dejando librado al juzgador los lineamientos del procedimiento sobre la base de la normativa concursal."*[458]

b) <u>Legitimados activos para impetrar el pedido de liquidación judicial</u>

Al respecto, la reforma introducida en el Código Civil y Comercial no ha resuelto, determinando de manera expresa, quién tiene legitimación activa para impetrar el pedido de liquidación judicial de un fideicomiso, aunque va de suyo que en caso de una liquidación voluntaria el sujeto idóneo para efectuar tal petición sería el fiduciario pues es quien ejerce la administración encomendada.

No obstante ello, la debida armonización de la normativa vigente da cuenta que si consideramos lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley Nº 24.522 la legitimación es amplia pues cualquier acreedor con interés legítimo puede solicitar la quiebra –en el caso, la liquidación–.

En tal sentido se ha expedido la doctrina nacional al interpretar que los sujetos legitimados para requerir la liquidación de un fideicomiso son el fiduciario, el fiduciante, los beneficiarios, el fideicomisario e, inclusive, cualquier acreedor externo del Fideicomiso.

Se ha dicho que *"La liquidación judicial puede llegar a producirse por dos vías: a) La voluntaria a pedido del fiduciario, y b) La coactiva como resultado de la acción incoada a pedido de: (i) uno o más fiduciante/s y/o beneficiario/s y/o fideicomisario/s, o bien (ii) por requerimiento de acreedores "externos" del patrimonio fiduciario. Estos últimos son los que, sin ser parte del contrato, están vinculados crediticiamente con el patrimonio fideicomitido que resulta obligado frente a un acreedor insoluto, con un crédito exigible. Los nombrados en los puntos (i), (ii) y (iii) precedentes son "legitimados activos", aun cuando el Cód. Civ. y Com. no los mencione expresamente.* […] *Detentan*

---

la quiebra. Ver, en tal sentido E. Daniel Truffat, Hacia el concursamiento del fideicomiso, en Crisis y Derecho. Tomo II. Crisis patrimoniales de los Estados y de las personas humanas. IX Congreso Argentino de Derecho Concursal. VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Córdoba, FESPRESA – Advocatus, 2015, pp. 300-303.

457 José Antonio Di Tullio en Andrés Sánchez Herrero –director–, Tratado de derecho civil y comercial – Tomo X: Concursos y Quiebras, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 78.

458 Juzgado de 1ª inst. Civil y Comercial –Concursos y Sociedades– de 33ª nom. de Córdoba, Fideicomiso Montevideo I o Touluse I – Liquidación Judicial (Mutuales – Cias. De Seguro) – Expte. Nº 6227484, 10/07/2017.

derechos personales respecto del fiduciario y el patrimonio separado que este último encabeza. Son acreedores y/o deudores "internos" del Fideicomiso, al cual se vincularon convencionalmente, con derechos y obligaciones, según el tenor y la especie de contrato de fiducia de que se trate. No dudamos que son legitimados activos con derecho a pretender la liquidación del patrimonio fiduciario por la causal de "insuficiencia".[459]

También se ha dicho que *"La legitimación de estos sujetos: (i) es de orden público, por lo que no puede restringirse por normas convencionales que exijan la adopción de la decisión por asambleas de beneficiarios o mediante ciertas mayorías; (ii) se atribuye iure proprio; quienes la ejercen actúan por sí mismos y no en representación del fideicomiso (excepto el fiduciario), por lo que las partes del contrato no deben recurrir al procedimiento previo de autorización judicial del artículo 1689 Cód. Civ. y Com."*[460] Ello será así teniendo en cuenta que la insuficiencia de bienes fideicomitidos, producto de la generación de pasivos por una mala ejecución y administración del fideicomiso por parte del fiduciario, afecta tanto a quienes transmitieron el dominio fiduciario como a los beneficiarios y adquirentes de cada una de las unidades departamentales y los destinatarios de los bienes fideicomitidos una vez concluido el mismo, todos sujetos interesados en una rápida liquidación judicial del patrimonio fideicomitido.

c) *El juez competente*

Respecto de la competencia material, el artículo 1687 del Código Civil y Comercial determina la procedencia de la liquidación de los fideicomisos "…*a cargo del juez competente, quien debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente…"*

De la lectura del precepto legal se puede advertir que el ordenamiento de fondo no es lo suficientemente preciso ya que no identifica al juez competente, sino que hace hincapié en lineamientos respecto a la normativa aplicable. No obstante ello, la doctrina y jurisprudencia –hoy de manera pacífica y unánime–, consideran a los jueces con competencia en los procesos falimentarios como los idóneos para dirigir este tipo de procesos.

El fuero con competencia en materia de concursos y sociedades resulta el *apropiado para entender en el trámite relativo a la liquidación de un patrimonio fideicomitido en sede judicial, a partir de que la pretensión de fondo resulta gobernada -prima facie- por las reglas y principios que rigen a los concursos y quiebras, más allá de la no concursabilidad del patrimonio del fideicomiso. En efecto, no cabe duda de que el juez concursal es el que en mejores condiciones se encuentra para tal cometido, atento que las cuestiones relativas a la liquidación patrimonial del fideicomiso no resultan ajenas al instituto de la falencia y, por ende, los tribunales con competencia específica asignada son los más idóneos para la aplicación de las normas de la Ley N°24.522 al instituto liquidativo que nos ocupa…"* [461]

459 Silvio V. Lisoprawski, El fideicomiso y los legitimados para peticionar la liquidación judicial del patrimonio fiduciario "insuficiente". Requisitos y características., LA LEY 26/09/2018, 1 – Cita Online: AR/DOC/1963/2018

460 Maximiliano R. Calderón, en Andrés Sánchez Herrero –Director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial. Tomo V: Contratos parte especial, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 1179.

461 Juzg. 1º instancia y 3ª nom. en lo Civil y Comercial –Concursos y Sociedades Nº 3– de la ciudad de Córdoba, "Antigua CC Fideicomiso Financiero – Liquidación Judicial (Mutuales – Cias De Seguro) – (Expte. Nº 7940274)", Sentencia Nº 132, 06/05/2019.

Respecto de la competencia territorial, habremos de estar a lo dispuesto por el artículo 3, incisos 3 y 4 de la Ley de Concursos y Quiebras y del artículo 6, inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba; teniendo especialmente en cuenta que el contrato de fideicomiso no puede efectuar prórroga de la competencia.[462]

d) *Normativa aplicable*

Quizás sea este punto el más claro y preciso previsto en el precepto legal al disponer que el juez competente es quien "*…debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente…".*

En definitiva, se delega al juez la selección de normas que crea aplicables a la liquidación. Lógicamente, ello no podrá ser al azar sino que su elección deberá ser debidamente fundada, teniendo en cuenta que la construcción del procedimiento debe partir de la base proporcionada por la normativa concursal, que proporciona materiales normativos que el juez debe someter a un juicio de pertinencia, seleccionando aquellos que se adecuen al caso concreto.[463]

Así, deberá armonizar lo pautado en el contrato de fideicomiso –en tanto no se oponga a normas imperativas, de orden público–, con los preceptos previstos en el Código Civil y Comercial y la normativa concursal puesto que *"la disposición legal*

–del artículo 1687 del Código Civil y Comercial– *no supone la aplicación estricta y rigurosa del ordenamiento previsto por la Ley N° 24.522, toda vez que no puede desatenderse lo acordado en la convención que dio origen al fideicomiso y que, por su naturaleza –no existe aquí fallido propiamente dicho–, pueden configurarse situaciones particulares que queden al margen del rigor que caracteriza a este ordenamiento de orden público…"*[464]

e) *Proceso*

Hasta hace poco menos de dos años, los jueces del foro se encontraban en una gran disyuntiva al momento de decidir qué trámite aplicar ante la concesión de un pedido de liquidación judicial de fideicomiso. Las opciones posibles y discutidas eran dos: por un lado, el proceso abreviado previsto en la norma de rito y, por el otro, el proceso sumario previsto en la Ley Nº 24.522 pues si bien tenemos la directriz del Código Civil y Comercial, la sumisión específica a determinada norma del proceso concursal o de los procesos civiles y comerciales queda librado al prudentearbitrio judicial.

Hoy, doctrina y jurisprudencia son contestes y uniformes al sostener la aplicación del proceso sumario que rige los procesos falenciales, reglado por los artículos 83 y subsiguientes de la Ley de Concursos y Quiebras: *"Interpretada la norma referida (art. 1687 CCCN) por su finalidad (art. 2 CCCN), se advierte que el propósito que tuvo en cuenta el legislador para establecer esta pauta de remisión no ha sido otra asegurarse que, sea cual fuere el procedimiento elegido por el juez, la insuficiencia del patrimonio fideicomitido fuere abordada y solucionada de conformidad las directrices y procedimientos que rigen la liquidación falencial. En este sentido se expide la mayoría de la doctrina actual: "En el último párrafo dispone que, frente a la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para satisfacer las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso no se declarará la quiebra sino que —de no suplirse aquella insuficiencia con otros recursos provistos por*

462 Maximiliano R. Calderón en Andrés Sánchez Herrero –Director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial: Tomo V: Contratos parte especial, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 1178.

463 Maximiliano R. Calderón en Andrés Sánchez Herrero –Director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial: Tomo V: Contratos parte especial, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 1180.

464 JNCom. N° 9, Secretaría N° 18, "Fideicomiso Holmberg 3924 s/Liquidación judicial", 11/5/2015, cit. Lisoprawski, "Liquidación Judicial de fideicomisos", LL2013-E-1127.

el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales— se procederá a su liquidación judicial, quien fijará el procedimiento en base a la normativa concursal" (Reggiardo, Roberto S.; "El fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DCCyE 2012 (octubre) , 239, Cita Online: AR/DOC/4143/2012); "El cambio significativo que se ha operado con el régimen anterior está contemplado en el párrafo final del art. 1687 del Cód. Civil y Com., que, para el supuesto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos, ha transformado el trámite liquidativo extrajudicial a cargo del fiduciario que preveía la ley 24.441, en un procedimiento judicial concursal, si bien con características inespecíficas y atípicas." (Prono, Ricardo S., "Algunas reformas en la insuficiencia patrimonial del fideicomiso", LA LEY 23/12/2015, 1 • LA LEY 2016-A, 662) "El Cód. Civil y Comercial no define la vía de acceso al proceso de liquidación judicial ni muchas de las cuestiones prácticas que se pueden suscitar. Simplemente establece la facultad del tribunal de fijar el procedimiento sobre la base de las normas concursales." (Molina Sandoval, Carlos A., "La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código", LA LEY 08/07/2015, 1 • LA LEY 2015-D, 1212, Cita Online: AR/DOC/2035/2015) "Vemos entonces que no solo se ha establecido la liquidación judicial (es decir, no estará más a cargo del fiduciario), sino que también se ha indicado la aplicación subsidiaria la LCQ para la fijación del "procedimiento" de la liquidación, por parte del juez." (Mayer, Mariano, "Insolvencia del Fideicomiso Ordinario: Régimen actual y modificaciones propuestas en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista Argentina de Derecho Concursal - Número 2 - Agosto 2012, 22-08-2012, Cita: IJ-LXV-632).- […] *En función de lo expuesto, cabe concluir que el trámite abreviado (cfr. art. 507 y sgtes. del CPCC) asignado a la petición de liquidación judicial del fideicomiso incoado por un acreedor externo al mismo, se revela completamente desapegado de la pauta legal que debe guiar la elección del procedimiento para canalizar una pretensión a través de la cual no se persigue la satisfacción del crédito cartular desatendido, sino que se reclama una solución genérica y eficiente de la crisis económica financiera que sospecha afecta al fideicomiso a partir de la falta de respuesta a sus reiterados reclamos de pago formulados extrajudicialmente de su crédito y –sobre todo– a partir de los datos reveladores que surgen de la documentación adjuntada al pedido. En tantotípico juicio de conocimiento, deneto corte civil, regido por el principio dispositivo, el trámite abreviado niega a la pretensión -fundada en la insolvencia del patrimonio fiduciario- la respuesta adecuada para averiguar si el estado de insolvencia de los bienes que ha sido denunciado existe en realidad; o si la falta de pago de los cheques obedece a otro motivo ajeno a la insolvencia. Por consiguiente, habiendo el peticionante probado sumariamente la existencia, cuantía y legitimidad del crédito del que es titular y los hechos reveladores de la insuficiencia del patrimonio fideicomitido; y no habiendo requerido la satisfacción del crédito desatendido, sino la declaración judicial de liquidación del fideicomiso admitida por la norma del art. 1687 del CCCN, el procedimiento por el que tal pretensión debe sustanciarse es por las reglas del trámite del pedido de quiebra reglado en los arts. 83 y sgtes. de la LCQ, por ser este procedimiento, el más adecuado o pertinente a la naturaleza de la pretensión y a la finalidad que se persigue con supromoción.""*[465]

f) <u>*Presupuesto objetivo: cesación de pago*</u>

Se ha entendido que la insuficiencia patrimonial del artículo 1687 del CódigoCivil y Comercial debe tomarse como equivalente a la "cesación de pagos" del derecho concursal.[466] Ello es aceptable, en tanto se valore la cuestión con la debida flexibilidad, dependiendo de quién solicite la liquidación judicial del fideicomiso pues *"Razonablemente, los presupuestos exigibles para la*

465 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2ª nominación de la ciudad de Córdoba, Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Liquidación Judicial (Mutuales – Cias De Seguro), Expte. N° 6608096, 07/06/2018.

466 José Antonio Di Tullio en Andrés Sánchez Herrero –director–, Tratado de derecho civil y comercial, Tomo X: Concursos y quiebras, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 79.

habilitación del procedimiento deben evaluarse con mayor rigor si el solicitante es el fiduciario (que, en tanto administrador del fideicomiso, dispone de todos los elementos necesarios para evidenciar su situación patrimonial); si en cambio es requerida por fiduciante, beneficiario, fideicomisario o por terceros, el escrutinio debe ser más laxo."[467]

Aclarado ello, quedará en cabeza del solicitante de la apertura del proceso liquidativo del fideicomiso acreditar los hechos o indicios reveladores que den cuenta de la impotencia patrimonial de aquel para cumplir con su objeto, para lo cual tendrá de guía lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Nº 24.522.

LA INELUDIBLE OBLIGACIÓN DE VERIFICAR CRÉDITOS DEL ADQUIRENTE POR BOLETO

El punto de partida para todo acreedor que tenga un crédito con causa o título anterior a la sentencia de liquidación del fideicomiso, o en su defecto, como en el caso que nos ocupa, una prestación pendiente de cumplimiento por la fallida, o prestaciones reciprocas pendientes de cumplimiento –llevar adelante tareas necesarias para lograr la escrituración, la propia escrituración o el pago de un saldo del precio–, es la ineludible carga de insinuar su derecho y verificarlo en el procedimiento conforme lo normado por los artículos 32, 125, 126, 143, inciso 2° y 200 de la Ley 24.522, o por vía incidental, si fuere tardíamente.

En este sentido, no existe discusión alguna, pues es la propia ley antes referida la que impone de forma obligatoria tal requisito previo.

Maffía[468]explica de forma convincente las razones que justifican la necesidad de verificación en estos casos:

a) El art. 125 de la ley 24.522, 1er párrafo, informa el principio de concursalidad y expresa que *"[d]eclarada la quiebra, todos los acreedores quedan sometidos a las disposiciones de esta ley, y solo pueden ejercitar sus derechos sobre los bienes desapoderados en la forma prevista en la misma"*. Como exigencia genérica, entonces, debe remitirse a lo dispuesto por los arts. 32 a 36 y 200, ley 24.522.

b) El art. 126, ley 24.522, reitera lo que ya estaba ordenado en el art. 32, es decir *"[t]odos los acreedores deben solicitar verificación de sus créditos y preferencias en la forma prevista en el art. 200, salvo disposición expresa de esta ley*".

c) Ninguna disposición expresa de la ley exime de insinuar al pasivo los derechos emergentes de obligaciones de hacer en general, ni el derecho a obtener escrituración en particular.

d) La procedencia del trámite de la verificación para que se reconozca al promeso adquirente el derecho de escritura queda ratificado cuando los arts. 21 y 132 vedan el juicio contra el concursado, pues, aunque no se trata de una ejecución, es, sin duda, una acción de contenido patrimonial, impedida por aquellas disposiciones.

e) El art. 143, inc. 2°, ley 24.522, impone el deber de verificar a quien haya satisfecho

467 Maximiliano R. Calderón en Andrés Sánchez Herrero –Director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo V: Contratos parte especial, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 1179,

468 Osvaldo J. MAFFÍA, Verificación de créditos, pp. 497/498 en cita por José A. DI TULLIO en Andrés Sánchez Herrero –director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial: Tomo X: Concursos y Quiebras, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires – 2018, pp. 369.

íntegramente la prestación a su cargo, respecto de un contrato bilateral incumplido por el fallido. Entonces, infiere Maffía, si quien pagó todo el precio debe soportar esa carga, es impensable que quien pagó solo el 25% resulte eximido.

f) La posibilidad del ejercicio de control por los restantes acreedores justifica la necesidad de verificación.

De esta forma, los acreedores cumplen el primer paso necesario para ingresar al procedimiento de liquidación judicial del fideicomiso, con miras a efectivizar sus derechos.

No obstante ello, y amén de la carga insinuar su crédito, la pretensión verificatoria variará de acuerdo a la situación y conveniencia económica de cada uno de los acreedores.

En este sentido, clasificaremos a los acreedores en tres grupos –de acuerdo a las posibles situaciones que en la práctica se suscitan– y analizaremos las diferentes alternativas que cada uno de ellos tiene.

ACREEDORES QUE ABONARON MENOS DEL 25% DEL PRECIO ESTIPULADO EN EL BOLETO DE COMPRA-VENTA

Este supuesto es uno de los menos controvertidos atento que la solución viene dada por el propio artículo 146, segundo párrafo, ley 24.522, al disponer que *"Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio."*

La norma referida establece como uno de los requisitos –entre otros– para la oponibilidad del boleto de compraventa al proceso falencial, que el adquirente haya efectuado el pago de, al menos, el veinticinco por ciento (25%) del precio total estipulado en el instrumento contractual.

Así, esta suma dineraria se impone como un mínimo infranqueable a fin de la oponibilidad del boleto de compraventa a la liquidación judicial del fideicomiso y todos aquellos acreedores que al momento de la sentencia que ordena la liquidación hayan abonado menos de tal porcentaje tendrán, como única opción, solicitar la verificación del crédito que tienen a su favor.

En estos supuestos, la pretensión verificatoria se compondrá con la devolución de lo abonado por el adquirente con más los intereses respectivos desde que cada pago se haya efectuado y hasta la fecha de la sentencia de liquidación.

En relación a la tasa de interés aplicable es necesario, en forma preliminar efectuar una mención en relación a la formas en las que se establecen los valores de las cuotas a pagar por parte de los adquirentes dado que, en la mayoría de los casos, - en los instrumentos contractuales- existe un componente -generalmente componente determinable- del precio total, que se encuentra atado a algún índice que permita una actualización automática -se busca con ello evitar que la devaluación provoque un impacto negativo sobre el valor de una parte del inmueble adquirido-. Tal punto resulta importante atento que, consideramos que la imposibilidad de obtener el inmueble adquirido y abonado parcialmente, trae aparejada una frustración del negocio tal, que la reparación debe encontrarse en la devolución de lo efectivamente abonado pero ajustado a la fecha en que tuvo lugar la liquidación del fideicomiso. En tal sentido, uno de los índices más utilizados en este tipo de contratos, y que bien podría ser aplicable, es el índice de costo de la construcción para el inmueble de que se trate, publicado por la Cámara Argentina de la Construcción. También debe tenerse en cuenta que el ajuste sobre las cuotas abonada no excluye la aplicación de intereses compensatorios,

de conformidad con lo dispuesto por el artículo 767, Código Civil y Comercial.

Respecto de tales intereses, debemos tener en cuenta que este tipo de contratos generalmente no se encuentran pactados como en otros contratos –v.gr. los mutuos, los préstamos dinerarios, entre otros–, se deberá estar a los criterios jurisprudenciales mayoritarios. Sin embargo, es posible atisbar lo siguiente -al menos, en la provincia de Córdoba:

- Para las sumas abonadas en pesos argentinos, se solicitará se adicionen los intereses de uso judicial fijados por el Tribunal Superior de Justicia in re *"Hernández, Juan Carlos c. Matricería Austral"*, consistente en la tasa pasiva promedio publicada por el B.C.R.A. con más un 2% nominal mensual, a calcular desde que cada una de los pagos fue efectuado y hasta la fecha en que se declaró la liquidación del Fideicomiso.

- Para las sumas abonadas en dólares estadounidenses, es común solicitar se adicionen intereses de un 8% anual desde que cada suma fue abonada y hasta la fecha en que se declaró la liquidación del Fideicomiso. Al respecto, es dable aclarar que el 8% es la tasa que *"…usualmente aplican los tribunales y que, además, luce razonable. Podemos decir sobre el particular, que en anteriores pronunciamientos hemos entendido –incluso– ajustado a derecho aplicar una tasa del 8% y del 10% sobre las sumas adeudadas en dólares (ver esta Cámara en "Grdin, Matías C/ Romano, Agustin. – Ejecutivo por Cobro de Cheques, Letras o Pagares – Recurso de Apelación" Expte. N° 2312977/36", Sentencia Nº 122 del 30/07/2015; "Bucheme, Walter Jose C/ Finis, Horacio Aníbal – Ordinario – Cumplimiento/ Resolución De Contrato – Expte. N° 5527734" Sent. Nº 115 del 13/09/2017)."*[469]

Además de ello (lo abonado con más los intereses correspondientes), se deberá incluir en la pretensión verificatoria la suma que se abone en concepto de arancel verificatorio previsto por el artículo 32, Ley N° 24.522.

También hay que tener en cuenta que muchos de los boletos de compraventa se celebran fijando el precio del objeto en dólares estadounidenses, surgiendo el interrogante en relación al pedido de restitución… ¿Debemos solicitar se nos devuelvan las sumas en dólares, aunque hayamos abonado en pesos al tipo de cambio oficial al momento del pago, o bien, debemos solicitar se nos devuelvan las sumas en pesos argentinos?

Pues bien, la respuesta no es sencilla, pero consideramos que lo correspondientees solicitar la devolución de las sumas abonadas en dólares estadounidenses atento que la obligación nació en moneda extranjera, independientemente de que se haya recurrido al tipo de cambio de la divisa en pesos al momento del pago para cancelarla. Al respecto, existe un novedoso fallo que entendemos aplicable en estos casos: *"…más allá del hecho contingente de que se haya pagado en pesos, la obligación convenida y cancelada lo fue en dólares. Y esta suma de dólares fue la medida del pago y del efecto cancelatorio.*

Así las cosas, los pesos entregados lo fueron solo como medida de cambio y proporción respecto de los dólares adeudados. Del mismo modo se podría haber realizado una dación en pago, entregando otro tipo de cosas. Pero la restitución debe hacerse teniendo a la vista la obligación cancelada, que es la prestación satisfecha por el deudor, y no el medio contingente que se empleó para su cancelación.

469 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5ta nominación de Córdoba, Bellido, Gladys Noemí c/ Fideicomiso de Administración de Obra Edif. Vastu I y Otro – Ordinario – Cumplimiento/Resolución De Contrato – Expte. N° 6224362, 10/04/2019.

No se trata de una restitución por ídem (que en muchos casos puede ser imposible y lo es por definición en materia de cosas fungibles) sino por tantudinem, esto es, por un equivalente. Y el valor a ponderar para establecer la equivalencia es el de los dólares cancelados, y no los de la moneda nacional que (insisto) sólo se utilizó en la contingencia para abonar dólares.

Por lo demás, no son atendibles los argumentos de la demandada. No hay pluspetición ni abuso respecto de la accionada, pues al momento en que ésta recibió los pesos le era indiferente cobrar pesos o dólares y perfectamente pudo adquirir dólares o invertir el dinero en esa oportunidad, sin desmedropatrimonial alguno. Así, no se advierte el perjuicio esgrimido por la demandada, pues a la fecha en que percibió el pago daba igual que fueran pesos o dólares y la disponibilidad de liquidez fue inmediata."[470]

La resolución supra citada fue confirmada por unanimidad por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8va nominación de la ciudad de Córdoba, mediante Sentencia Nº 97 de fecha 27/08/2019 al decir: *"…Los agravios señalados por los demandados no pueden ser acogidos, pues más allá de que cada cuota haya sido pagada en pesos, la obligación convenida –según surge del contrato que fue resuelto– y cancelada lo fue en dólares. Remarco que la medida del pago fueron los dólares, y que los pesos entregados sólo fueron una medida de cambio de los mismos.*

Como bien expresó la a quo, el valor a ponderar para establecer la equivalencia es el de los dólares cancelados, y no los pesos que solo se utilizaron en la contingencia como medida de cambio de determinada cantidad de dólares.

Esta solución, se justifica enquelasdemandadasdeben colocar a la accionante en igual situación en la que hubiera estado de no haber formalizado el contrato, pues desconocer esto implicaría restarle contenido de restitución al reclamo. Es decir, asumir la postura que refieren las demandadas, implicaría colocar a la actora en una situación de desventaja respecto a la que tenía al momento del cumplimiento de la obligación."

En definitiva, en los casos en que se haya pactado el precio en dólares estadounidenses en el contrato, consideramos que la devolución de las sumas pagadas al Fideicomiso debe efectuarse en dólares estadounidenses pues en el contrato se determinó el precio en tal divisa por los beneficios que ello brinda para resguardarse de la inestabilidad de la moneda nacional. Esto no puede variar por el hecho de haber efectuado el pago de cuotas en pesos al tipo de cambio oficial al momento del pago pues no implica en manera alguna una novación de la obligación asumida en dólares estadounidenses –moneda extranjera–.

Finalmente, es una duda común entre los adquirentes-acreedores que no han abonado este mínimo legal si existe alguna posibilidad de solicitar la verificación de la obligación de hacer a cargo del fideicomiso –escriturar– ofreciendo abonar la suma adeudada. La respuesta a tal interrogante es no, pues así lo ordena la ley de manera expresa y clara, sin ningún tipo de vaguedades y, en tal sentido, también, se manifiestan pacífica y unánimemente la doctrina y la jurisprudencia argentina.

470 Juzg. 1ª inst. y 30º nom. en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, Keselman Procupez, Sofía Andrea c/ South American Trust S.A Fiduciaria Del Fideicomiso Inmobiliario Panorámico y Otro – Ordinario – Cobro De Pesos, Expte. 6133758, Sentencia Nº 410 – 12/12/2018.

ACREEDORES QUE ABONARON EL 25% O MÁS, PERO MENOS DEL 100% DEL PRECIO ESTIPULADO EN EL BOLETO DE COMPRA-VENTA

Por la situación en la que se encuentran estos acreedores, poseen un abanico de posibilidades debiendo, al momento de elegir su estrategia, tener en cuenta la conveniencia económica que le puede representar el optar por uno u otro camino. En primer lugar, cabe dejar en claro que, aun cuando estos acreedores hayan abonado el veinticinco por ciento (25%) o más –pero menos del 100%– del total de precio pactado en el boleto de compra-venta, el cual es –entre otros– uno de los requisitos exigidos –conforme veremos infra– para que el instrumento contractual resulte oponible a la liquidación del fideicomiso, nada les obstaculiza solicitar en su verificación de crédito, la devolución de todo lo abonado con más los intereses desde que cada pago se efectuó y, además, el arancel verificatorio. Si así lo hicieran, se colocarían en la misma posición que los adquirentes/acreedores analizados en el apartado precedente, motivo por el cual, a ello nos remitimos, en honor a la brevedad.

Esta circunstancia se puede evidenciar en aquellos casos en qué, por ejemplo, el adquirente ha perdido interés en el negocio realizado por razones personales (v.gr. no desea más asentarse en un departamento en Córdoba sino que desea hacerlo en un departamento en Villa Carlos Paz), o económicas (v.gr. si se obligó a pagar un lote en cuotas pero las mismas se pactaron en dólares estadounidenses pagaderas al tipo de cambio oficial al momento del pago y el dólar, en un país como el nuestro, aumentó considerablemente como para disuadirlo del negocio).

Aclarado ello, corresponde analicemos lo que comúnmente sucede en la práctica, pues lo habitual es que estos adquirentes pretendan hacer valer su boleto de compra- venta, o las cesiones del mismo, a la liquidación del fideicomiso, persiguiendo la escrituración del inmueble –requerirán se verifique la obligación de hacer que adeuda el fideicomiso–. Ello se explica por la simple razón de que, habiendo abonado ese porcentaje mínimo del precio del boleto exigido por la ley, existe una expectativa de hacerse del inmueble que han adquirido.

Brevemente, podemos decir que la oponibilidad del boleto de compra-venta ha sido objeto de regulación a partir de la Ley Nº 17.711 que incorporó al Código Civil el artículo 1185 bis. Hasta ese entonces, la jurisprudencia mayoritaria entendía que correspondía admitir la verificación del crédito quirografario por la suma del precio pagado por el comprador, más no la obligación de escriturar. Luego, la Ley Nº 19.551 reguló la situación protegiendo al tercer adquirente del inmueble destinado a vivienda –que tuviera tal destino era esencial–, siguiendo la misma línea la Ley Nº 24.522 –que reguló el tema en el artículo 146–, aunque sin supeditar la protección al hecho de que el inmueble se haya adquirido con destino de vivienda[471]: *"…Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe, serán oponibles al concurso o quiebra si el comprador hubiera abonado el VEINTICINCO POR CIENTO (25 %) del precio. El juez deberá disponer en estos casos, cualquiera sea el destino del inmueble, que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio contra el cumplimiento de la prestación correspondiente al adquirente. El comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuere a plazo deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio."*

Esta situación se mantuvo con la sanción del Código Civil y Comercial, cuya regulación –

471 Patricio M. PRONO en Andrés Sánchez Herrero –Director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo X: Concursos y quiebras, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 720.

prevista en el artículo 1171– es prácticamente idéntica a la de la ley falencial[472]: *"Oponibilidad del boleto en el concurso o quiebra. Los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado como mínimo el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura pública. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador sea a plazo, debe constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio."*

Del análisis de estos últimos preceptos legales, que constituyen el marco legal vigente, podemos concluir que para que el boleto de compraventa sea oponible al proceso liquidativo, es preciso el cumplimiento de ciertos recaudos legales. A saber:

a) *El contrato debe haberse celebrado antes de la quiebra:* es de destacar que esta exigencia es meramente teórica pues, lógicamente, si ha existido declaración de quiebra no podría haberse celebrado con posterioridad un boleto de compra-venta dado que, justamente, uno de los efectos de tal declaración es el desapoderamiento de bienes al fallido y, en consecuencia, la pérdida del poder de administración y disposición de los mismos.

b) *El objeto del contrato debe ser un inmueble de titularidad de la fallida*: este concepto comprende no solo terrenos y unidades de vivienda sino también la unidad de propiedad horizontal –departamentos– y las unidades de los conjuntos inmobiliarios.

c) *El instrumento que en el que se otorgó el contrato debe tener fecha cierta:* se entiende ésta como aquella que adquieren los contratos a través del hecho del que resulta ineludible que el documento ya estaba firmado y no pudo ser firmado con posterioridad (artículo 317 Código Civil y Comercial). A diferencia de los demás requisitos que son exigidos tanto por el Código como por la Ley Nº 24.522, éste es exigido solo por el artículo 1171 del Código Civil y Comercial. Tal recaudo puede ser probado por cualquier medio.

d) *No se debe haber cumplido la formalidad a través de escritura pública:* el contrato debe estar celebrado en instrumento privado. Tampoco se exige que el contrato cuente con firma certificada, aunque este elemento pueda ser importante a los fines de la prueba del acto jurídico y la fecha de su celebración. Asimismo, cabe destacar que le ley, al decir "boleto", indica que el acto únicamente puede ser probado por escrito, sin que se pueda suplir su prueba por otros medios.[473]

e) *Por su parte, debe haberse pagado al menos el 25% del precio estipulado:* tal porcentaje se estableció como un parámetro común y razonable, siendo el mínimo exigido por la ley; ello implica que todo acreedor que nocumpla tal recaudo se encuentra excluido de la posibilidad de verificar el derecho a escrituración en la liquidación. Es uno de los requisitos más importantes para la procedencia de la verificación de la obligación de hacer.

f) *El pago debe haberse efectuado antes de la declaración en quiebra y solo se computa el capital:* [474]en este punto cabe recordar la vigencia de la Ley Nº 25.343 que establece que los pagos

472 Patricio M. PRONO en Andrés Sánchez Herrero –Director–, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo X: Concursos y quiebras, Thomson Reuters – La ley, Buenos Aires – 2018, p. 720.

473 V. Darío J. GRAZIABILE y Santiago RAMOS, Oponibilidad concursal del boleto de compraventa. Exigencias según el nuevo Código Civil y Comercial, en Revista de las Sociedades y Concursos, 2015 –2/3, p. 122.

474 V. CNACom, Sala B, "Boca Ratón Golf Club S.A. s/ concurso. Incidente de revisión por la concursada (de la Puente Alejandro)" 6/6/2012, en Revista de Sociedades y Concursos, 2012-5, p.164. El Tribunal resolvió que, a los efectos de considerar el pago del 25% del precio, son intrascendentes otras deudas ajenas a la compraventa (por ejemplo, las expensas que pudiera haber entre las partes). Sin perjuicio de ello v. Horacio ROITMAN y José A. Di TULLIO, "Boleto de compraventa y quiebra del vendedor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2000-3, p. 144, quienes manifiestan

totales o parciales de sumas de dinero superiores a mil pesos ($ 1.000,-), o su equivalente en moneda extranjera, realizados en efectivo no tienen efectos entre partes ni frente a terceros. Estos pagos deben realizarse a través de depósitos en cuentas de entidades financieras, giros o transferencias bancarias, cheques o cheques cancelatorios, tarjeta de crédito, compra o débito, factura de crédito u otro medio autorizado por la reglamentación. Por lo tanto, el pago en efectivo seria inoponible a la masa.

Por otra parte, si bien el reconocimiento expreso efectuado en el mismo boleto de haber recibido el pago basta para que la operación tenga efecto entre partes, para que sea oponible a la masa falencial es necesario demostrar el traspaso efectivo de los fondos y su acreditación en el patrimonio del vendedor ulteriormente fallido.[475]

g) *El adquirente debe haber actuado de buena fe:* con este requisito se exige que el adquirente no haya conocido el estado de insolvencia del vendedor al momento de celebrar el contrato. En lo que respecta a este punto, entendemos al igual que distinguida doctrina, que corresponde al Síndico controvertir la buena fe de un acreedor y, en su caso, acreditarla.

h) *El adquirente debe solicitar la verificación* (ver el punto: "La ineludible obligación de verificar créditos del adquirente por boleto").

Estos son, en suma, los requisitos que resultan de la normativa vigente y que deben ser cumplimentados para que el boleto de compraventa sea oponible a la liquidación judicial del fideicomiso.

Ya expuesto los recaudos legales, es preciso volver a tener presente la situación de los acreedores y analizar sus posibilidades. Cabe destacar que, en el apartado que nos encontramos analizando existe un factor común a todos los acreedores cual es la existencia de un pago parcial respecto del precio total pactado en el instrumento (el 25% o más del precio, pero menos del 100%), y, por ende, una prestación pendiente de cumplimiento representada por el saldo adeudado.

Así las cosas, el adquirente que opte por solicitar en su pretensión verificatoria el cumplimiento de la obligación de hacer, consistente en el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, deberá ofrecer abonar el saldo pendiente, el cual, adelantamos, deberá ser saldado de conformidad a las condiciones, medios y plazos pactados.[476]

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han sido pacificas en entender que si el plazo de cumplimiento a favor del co-contratante *in bonis* aún no estuviese vencido, podrá cumplimentar con sus prestaciones según lo convenido, constituyendo garantía –por el saldo del precio– de hipoteca sobre el bien, siendo los gastos de ello a su cargo. Consideramos que, en estos casos, sería procedente la continuación del contrato en curso de ejecución puesto que existen prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, debiéndose solicitar la apertura de una cuenta judicial a nombre del Tribunal y para los autos bajo los cuales tramita la liquidación del fideicomiso. Ello así por dos razones: en primer lugar, porque el fallido no puede recibir el pago de lo adeudado por el

que se han realizado interpretaciones extensivas a partir de las cuales se incluyen en el precio otros conceptos, tales como gastos, comisiones y otras prestaciones dinerarias a cargo del comprador.

475 V.CNACom, Sala E, "Cicsan S.R.L. s/ quiebra s/ inc. de escrit. por Villota, Eduardo" 16/3/2007, en La Ley, 2007-D, p. 59.

476 "…el comprador podrá cumplir sus obligaciones en el plazo convenido, y esta solución encuentra explicación en el respeto de las pautas contractuales concertadas en el boleto y además sería inconveniente exigirle la integración de contado cuando expresamente se estipuló su cancelación en plazos o en forma periódica." (Horacio Roitman, Efectos de la quiebra sobre los contratos preexistentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe -2005, p. 222).

acreedor y, en caso que reciba tal pago, el mismo no tendrá efecto cancelatorio; y, en segundo lugar, ello es necesario a los efectos de la liberación del con-contratante in bonis de los intereses moratorios que correrían en caso de que no pueda pagar como habitualmente lo hacía.[477]Admitida tal petición, al vencimiento de cada una de las cuotas pactadas en el instrumento contractual, el adquirente debería efectuar los correspondientes depósitos que lo liberen de su obligación de pago.

La apertura de una cuenta judicial resulta necesaria a los fines de la consignación y en lo que a ello respecta, entendemos que el juzgado concursal es el tribunal competente puesto que se trata de una cuestión relacionada con el objeto principal del trámite liquidativo (artículo 280 Ley 24.522), concerniente al pago que pretende realizarse respecto de un crédito del fideicomiso en liquidación. Es de notar, entonces, que se relaciona con la conservación del activo del fideicomiso en liquidación.

Ahora bien, uno de los puntos que genera dudas y resulta discutido, se vincula con la posibilidad de efectuar el pago del saldo en una moneda distinta a la acordada en el boleto de compraventa ya que, normalmente, la moneda en la que se pacta el precio de adquisición de un bien inmueble es el dólar estadounidense. Frente a ello, consideramos que no existe ningún obstáculo para que el pago sea realizado en pesos argentinos, siempre y cuando, se respete el tipo de cambio vigente al momento del pago de la cuota ya que, en tal caso, se estaría depositando el equivalente a la moneda pactada y no existirá perjuicio alguno al patrimonio del fideicomiso en liquidación.

Por otra parte, y relativo a los plazos estipulados en el instrumento contractual, si bien referimos que el adquirente tiene derecho a que se respeten las condiciones pactadas, creemos que éste bien puede optar por desobligarse a través de un único pago, en el que de forma anticipada, cancele el saldo adeudado, ya que de esta forma tampoco existiría perjuicio al patrimonio del fideicomiso, e incluso, otorgaría mayor garantía para el resto de los acreedores, sin necesidad de tener que acudir a garantías reales para afianzar el cumplimiento.

Así, el adquirente por boleto de compraventa que abonó una suma igual o superior al 25%, pero menor al 100%, puede solicitar el cumplimiento de la obligación de hacer consistente en la escrituración del bien adquirido, y optar por abonar el saldo del precio en los términos y condiciones estipulados en el instrumento contractual o cancelar tal saldo de forma anticipada. Sin perjuicio de ello, resulta necesario que la decisión adoptada, sea expuesta en la respectiva presentación de verificación, a los fines de que el Órgano Liquidador elabore el correspondiente informe dando su consejo técnico, y finalmente, el Tribunal competente resuelva sobre tal petición. Ahora bien, desde la otra óptica, esto es, las obligaciones a cargo del fideicomiso, podemos encontrarnos con dos situaciones completamente diferentes.

1. *Que sea material y jurídicamente posible el cumplimiento de la obligación de hacer a cargo del Fideicomiso*: este supuesto es el que menos complejidad nos representa puesto que se da cuando el Fideicomiso cumplimentó parcialmente con las obligaciones –porque solo se encuentra pendiente el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio– y el juez, previo

477 Resultan ilustrativos los fideicomisos de renombre que operan en la ciudad de Córdoba y cuya fiduciaria es South American Trust S.A. –mejor conocida como SATSA– que dejaron de enviar intempestivamente los cupones de pago de los distintos emprendimientos, no teniendo los adquirentes quién receptara su pago, pese a su voluntad de cumplir. Al respecto, es de destacar que, oportunamente, se ha solicitado la continuación del contrato en curso de ejecución por existir obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en la liquidación del Fideicomiso Inmobiliario Panorámico, pero, a la fecha, no se ha obtenido una respuesta en sentido negativo ni afirmativo por parte del Sr. Juez interviniente, habiendo obtenido dictamen favorable al pedido de parte del órgano liquidador.

informe del órgano liquidador y control de que el pretenso acreedor ha cumplimentado sus obligaciones, declara verificado el crédito.

Así, solo restará el otorgamiento de la escritura pública que, al estar cumplimentados todos los recaudos exigidos administrativamente (final de obra), solo quedará en cabeza del acreedor-adquirente, designar un escribano para que, a su costo, realice la escritura traslativa de dominio. Ésta, será suscripta por el liquidador, quien subrogará al fallido –en el caso, al fiduciario del fideicomiso en liquidación–.

2. *Que sea material o jurídicamente imposible el cumplimiento de la obligación de hacer a cargo el Fideicomiso:* este es el caso en donde se abre, aún más, el abanico de posibilidades para los adquirentes que pretendan solicitar en su pretensión verificatoria el cumplimiento de la obligación de hacer, esto es, el otorgamiento de la escritura pública traslativa de dominio.

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que la posibilidad –material y jurídica– de tal escrituración representa un límite a la oponibilidad del boleto de compraventa ya que la masa liquidativa no está obligada a realizar actos previos que puedan estar pendientes a fin de la posibilidad de otorgamiento de la escritura como, por ejemplo, concluir el sometimiento del inmueble a propiedad horizontal, elaboración de reglamento de copropiedad o elevación del mismo a escritura pública, loteo o subdivisión de bienes, ni ninguna otra carga similar. En este sentido, se reconoce el derecho del acreedor a escriturar, pero no es la liquidación del fideicomiso la que se encuentra obligada a salvar los obstáculos que puedan existir para que tal derecho se pueda hacer efectivo.

Ante tal situación, la opción que entendemos viable para estos adquirentes que deseen hacer efectiva la escrituración es que ellos, de manera organizada y con el apoyo y el control del órgano liquidador, lleven adelante todos los actos que resulten necesarios para tal fin, debiendo cargar con los gastos que éstos impliquen. En este caso, estos adquirentes tendrán el derecho a requerir la verificación de tales gastos que, debiendo ser abonados por el vendedor fallido, tuvieron que afrontar para lograr el cumplimiento de la obligación de hacer que compete al fideicomiso.[478]

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que, para lograr el cumplimiento de la obligación de hacer y luego tener posibilidades de recuperar lo abonado, es necesario diferenciar los dos supuestos que pueden presentarse:

(a) Que la necesidad de llevar adelantes actos y afrontar gastos para obtener la escritura del inmueble se advierta **antes** de que venza el período de verificación de crédito:

En este caso, entendemos que el adquirente deberá en su presentación de verificación: *(i)* solicitar el cumplimiento de la obligación de hacer– escrituración–; *(ii)* ofrecer abonar el saldo del precio y manifestar la forma en que cumplirá con el pago del mismo solicitando, a su vez, la apertura de una cuenta judicial para la consignación de las sumas –si es que ello no se hubiera solicitado con anterioridad, dentro del plazo para requerir al juez la continuación del contrato en curso de ejecución–; *(iii)* solicitar la verificación, en forma condicional, de las sumas que deberá abonar para poder realizar los actos que sean previos y necesarios para la escrituración, dado que

478 Ello es así por cuanto lo normal y ordinario es que la realización de tales trámites/obras estén incluidas en el precio de venta y al no haber sido efectuadas por el fideicomiso, de conformidad a como se obligará, resulta necesario verificarlas a fin de recuperar ese dinero. Caso contrario, existiría un enriquecimiento sin causa de la masa liquidativa en detrimento de este grupo de adquirentes atento que estarían obligados a abonar un precio que no representa el cumplimiento íntegro de las obligaciones a cargo del liquidado y que, a su vez, les genera mayores gastos por cuanto deben asumir la realización de tales actividades si desean obtener la escritura traslativa de dominio.

las mismas en un futuro representarán un crédito exigible que tendrá en contra del fideicomiso en liquidación.

Respecto del último punto, entendemos que nada impide tal petición, ya que desde antaño se reconoce la posibilidad de solicitar la verificación de un crédito que resulta eventual o condicional. En este sentido, son créditos condicionales aquellos que aún tienen una condición pendiente o circunstancia no cumplida que impiden el ejercicio actual de su derecho. Ahora bien, para poder efectuar tal solicitud es necesario determinar, al menosestimativamente, el monto del crédito, a los efectos del cómputo del pasivo falencial. Por esta razón, consideramos que el adquirente deberá solicitar y acompañar una serie de presupuestos en los que se detallen las tareas a realizar y el costo aproximado de las mismas –con la previsión propia de la inflación que caracteriza nuestra economía–.

De esta forma, tal pedido será analizado por la Sindicatura y, finalmente, resuelto por el Tribunal. Lógicamente, el crédito en cuestión, estará sujeto a que la condición se cumpla, es decir, que las obras o actos necesarios, con el efectivo pago de las mismas, tengan lugar.

Notemos que así, estos adquirentes podrán acceder al cumplimiento de la obligación de hacer –escrituración– minimizando, a través de las herramientas que el ordenamiento jurídico prevé, las pérdidas a su patrimonio ya que, incluso, tendrán posibilidad –en caso de que el activo del fideicomiso alcance– de cobrar los créditos que se originen en los gastos antes referidos.

Por último, cabe destacar que, la ley falencial incluye una limitación a los fines de que tal crédito condicional pueda ser abonado –siempre pensando en la suficiencia del activo del fideicomiso para atender su pasivo– cual es que la condición debe cumplirse antes del vencimiento del periodo de exclusividad, motivo por el cual, deberán ser diligentes los acreedores para que las obras o los actos necesarios, sean ejecutados con anterioridad a tal plazo. En este punto, nos permitimos disentir de la ley a fin de tornarla más justa en el caso en concreto en donde un sinnúmero de adquirentes-consumidores son los afectados. Al respecto, si bien existe tal limitación en el proceso falencial, consideramos que al tratarse de situaciones en que hay una gran cantidad de adquirentes-consumidores afectados y que la mayoría de los tramites deben realizarse frente a reparticiones públicas –con las demoras propia que las representa–, el juez interviniente debería otorgar las prórrogas que este grupo de personas soliciten en la medida que acrediten diligencia en la realización de las actividades necesarias hasta la obtención del final de obra. Ello así por cuanto, salvo situaciones excepcionales en que las acciones en cabeza del fideicomiso estén cumplimentadas casi en su totalidad, en la mayoría de los casos ello no sucederá, no pudiendo en el escaso plazo del período de exclusividad dar cumplimiento a las mismas.

(b) Que la necesidad de llevar adelantes actos y afrontar gastos para obtener la escritura del inmueble se advierta **con posterioridad** al vencimiento del período de verificación de crédito.

En este caso, estaríamos frente a acreedores que, al insinuarse en el proceso de liquidación solicitaron el cumplimiento de la obligación de hacer –escrituración– y ofrecieron pagar el saldo pendiente, manifestando la forma en la que darían cumplimiento al mismo. Sin embargo, justamente por desconocer y/o no advertir la necesidad de llevar adelante actos e incurrir en gastos a los fines de poder salvar los obstáculos que permitan la escrituración, sobre tal punto no se expidieron.

En este sentido, creemos que aún es posible que estos acreedores puedan introducir en el pasivo liquidativo los créditos en contra del fideicomiso que se originen en gastos necesarios para el cumplimiento de la obligación en cuestión.

El modo de llevar adelante tal cometido sería a través del instituto de la verificación tardía, aunque presentaría diferencias con lo explicado en el apartado anterior, ya que en este supuesto no resulta posible ingresar el crédito con carácter condicional. Así, los acreedores deberían ejecutar los actos y/u obras, abonando los gastos necesarios para lograr tal fin, y luego, en su presentación de verificación tardía, acompañando los comprobantes de pago y explicando lo acciones desplegadas, deberán peticionar la verificación de tales créditos.

Si bien no podemos dejar de advertir que la petición de verificación tardía, con fundamento en los gastos incurridos para el fin en cuestión, se realiza con el riesgo de ser rechazado, no menos cierto es que resulta un intento de cobrar un crédito que necesariamente el acreedor en esta situación, debió abonar y que, de otra forma, jamás recuperará. Por lo cual, consideramos que es una vía que merece su análisis y en tal caso, a los fines de minimizar los riesgos en el resultado, además de la argumentación lógica que requerirá la presentación, se deberá ser diligente con la prueba ofrecida a fin de acreditar que tales gastos se ajustaron a la realidad.[479]

Finalmente, y a fin de optar por una decisión previo análisis de todas las aristas, el pretenso acreedor deberá meritar qué tan conveniente le es, ciñéndonos a lo estrictamente económico, aventurarse a una verificación tardía con los costos que la misma tiene, si de antemano se sabe de la poca cantidad de activo liquidativo.

La gran particularidad que tienen estos acreedores es que, en un caso u otro, existe la posibilidad de que, declarados verificados sus créditos –sea que hayan verificado su crédito de manera tempestiva o tardía– puedan acceder a una compensación. En efecto, ellos tendrán un crédito a favor del fideicomiso por todas aquellas erogaciones que deban hacer, o hayan efectuado, a fin de lograr la obtención de la escritura pública pero como, a su vez, deben un saldo del precio, se pueden compensar. Si luego de efectuada tal compensación existieran saldos, el fideicomiso deberá abonar el mismo al acreedor y, a la inversa, si el saldo quedara a favor del activo liquidativo, el acreedor deberá pagarle a la masa –siempre considerando lo *supra* desarrollado con respecto a los plazos y modos de pago–.

Por último, no debe dejar de tenerse en cuenta que, en cualquiera de todos los supuestos que hemos analizado en el apartado en cuestión, a opción del acreedor y como previsión para el supuesto de que el juez no verifique la obligación de hacer, por considerar que no concurren todos los requisitos apuntados, el co-contratante *in bonis* puede solicitar, de manera subsidiaria a la verificación de la obligación de hacer, la verificación del crédito correspondiente a la devolución de las sumas de dinero entregadas al fideicomiso en liquidación como parte del precio.

Debe tenerse en cuenta que la solicitud de cumplimiento de la obligación de hacer y la pretensión de recuperar lo abonado como parte del precio, son excluyentes y nos son acumulables, es por ello que esta última debe peticionarse en subsidio. Lo ideal es, ante el cumplimiento de los requisitos para solicitar la verificación de la obligación de hacer, requerir ella y en subsidio la devolución de las sumas abonadas con más los intereses, formulando reserva para aquellos casos en que se hayan hechos mejoras de alguna índole en el inmueble (v.gr. si se adquirió un lote y sobre él se edificó la vivienda del adquirente, entre otros supuestos).

Finalmente, para cualquiera de los supuestos antes explicados, el acreedor pretenso deberá incluir en la pretensión verificatoria la suma que se abone en concepto de arancel verificatorio previsto por el artículo 32, Ley N° 24.522.

479 Téngase en cuenta que la verificación tardía se ventila vía incidental y la misma permite amplitud probatoria.

ACREEDORES QUE ABONARON EL 100% DEL PRECIO ESTIPULADO EN EL BOLETO DE COMPRA-VENTA

En esos casos, nos encontramos ante adquirentes por boleto de compraventa que, independientemente del modo de pago que hayan pactado al momento de contratar, han abonado, al momento de la resolución que ordena la liquidación del fideicomiso, el 100% del precio convenido y, como contrapartida, hay obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo del Fideicomiso, v.gr. construcción de una vivienda o un complejo de viviendas –o departamentos–, realización de la infraestructura de loteos, otorgamiento de escrituras, entre otras.

Ante estas situaciones, y como carga ineludible de verificar crédito, los acreedores que encuadren en este grupo deberán peticionar se verifique la obligación de hacer que corresponde al Fideicomiso y, en subsidio de ello, como previsión para supuestos en que se declaré la inoponibilidad del boleto de compraventa a la liquidación, o bien, por imposibilidad material o jurídica de cumplimentar con tal obligación -aun cuando se haya declarado la oponibilidad del boleto-, deberán requerirse verifique un crédito a su favor, consistente en la devolución de lo pagado con más intereses desde que cada suma se abonó, más el arancel de verificación previsto en el artículo 32 de la Ley Nº 24.522[480].

Ahora bien, la gran particularidad y diferencia con los acreedores que abonaron el 25% o más del precio, pero menos del 100% es que, en este caso, si no se hicieron las obras necesarias para obtener la escrituración, deberán proceder de conformidad a lo desarrollado supra, pero sin posibilidad de que exista compensación alguna con el "saldo de precio" porque, aquí, ellos han abonado todo el precio pactado en el boleto.

Así las cosas, la única opción que tienen estos adquirentes, es solicitar la verificación condicional de los gastos en que deban incurrir para lograr que la liquidación les otorgue la escritura traslativa de dominio –en caso de que se advierta la necesariedad de las acciones/obras antes del vencimiento del período de verificación–, o bien, la verificación de manera tardía de tales erogaciones –en caso de que esa necesariedad de acciones/obras se avizore una vez que el período de verificación de crédito haya fenecido–.

En el último supuesto, lógicamente, se deberá hacer un estudio económico respecto a la conveniencia y la posibilidad de recuperación de tales gastos. Esto quedará, en definitiva, librado a la decisión del adquirente-acreedor.

EL PROCESO LIQUIDATIVO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA DE VERIFICACIÓN

Habiendo dejado en claro cuáles son las posibilidades para cada uno de los adquirentes-consumidores, dependiendo de la situación concreta en la que encuadren, debemos analizar la forma en los que estos podrán acceder a la obtención del cobro –o la obligación de hacer, según corresponda.[481]

En este sentido y de acuerdo a la normativa aplicable, se deben seguir los pasos previstos para

480 Corresponde aplicar lo pautado al desarrollar el supuesto de los acreedores que no abonaron el 25% del crédito, pero, adecuado ello, a su caso concreto.

481 Lógicamente, y en caso de que se declare inadmisible un crédito, los acreedores deberán recurrir al incidente de revisión, si así lo consideraren, supuesto que no será analizado en el presente trabajo atento que consideramos que su aplicación a la liquidación de los fideicomisos no presenta ninguna particularidad que lo distinga de los previsto por la normativa concursal.

la liquidación de los bienes y la distribución del producido conforme lo determina el Capítulo IV, Sección I, Ley Nº 24.522.

A estos fines, será el juez el que determine la forma de llevar adelante la liquidación de acuerdo a lo que resulte más conveniente (artículo 204, Ley Nº 24.522). No obstante ello, podemos atisbar que, una buena opción, principalmente cuando el objeto de los fideicomisos era la construcción de edificios, o complejo de edificios, es la de vender el proyecto y el desarrollo del mismo en las condiciones en que se encuentre atento que, si el activo está conformado por el lote en donde se alzaríael edificio, el pasivo superará ampliamente al activo. Esta sería una opción más ajustada a derecho, aunque no siempre posible de realizar puesto que no todos los adquirentes-acreedores tienen la intención de adquirir el inmueble, sino que, muchos, frustradas sus chances y expectativas respecto al proyecto, ansían le devuelvan su dinero –en el mayor de los casos, ahorros de toda una vida– para emplearlo en otros emprendimientos que les resulten más seguros. Sin contar con que, muchos no querrán abonar más dinero del que ya abonaron para que le hagan entregan de un departamento que han pagado.

Ello es distinto del caso en que el objeto del fideicomiso sea un loteo en donde reste desarrollar la infraestructura o parte de la infraestructura porque cada parcela estará debidamente individualizada –se puede ver y tocar– y, por lo tanto, será otra la expectativa del adquirente puesto que sabe que esa parcela es suya. De igual forma, en caso de ser necesaria la subasta, habrá más posibilidades de obtener un mejor comprador, ya que éste podrá advertir que el bien que adquirirá existe, aunque falten obras por concluir –cuestión que no sucede con la propiedad horizontal cuando no hay obra o hay una obra a medio hacer–.

Efectuadas las enajenaciones y demás acciones de recomposición patrimonial que se consideren pertinentes, la Sindicatura se encargará de producir el informe final, que estará integrado por la rendición de cuentas, el resultado de lo realizado, el listado de los bienes que no hayan podido ser enajenados y más importante aún, el proyecto de distribución.

Finalmente, luego de aprobado el estado de distribución, se procede al pago del dividendo que corresponda a cada acreedor.

Ahora bien, respecto de los acreedores a los que se les declara verificado un crédito a su favor, compuesto por las sumas de dinero abonadas con más los intereses - desde que cada pago se efectuó-, se debe destacar que, en la práctica, tales créditos son declarados verificados o admisibles con el carácter de quirografarios, ya que, salvo excepciones que han sido recientemente adoptadas por la jurisprudencia, el carácter de privilegiado de un crédito –que implica otorgarle el derecho de ser pagado con preferencia a otro– solo puede surgir de la ley.

Así las cosas, salvo supuestos particulares, estos acreedores, si bien tienen derecho a cobrar íntegramente su crédito, ante la insuficiencia de lo producido y no teniendo preferencia de pago sobre otros, quedarán sometidos a lo dispuesto el artículo 249, Ley Nº 24.522 y, en consecuencia, la distribución se hará a prorrata. Esto significa que, no alcanzando el monto a distribuir entre los acreedores de igual rango para pagar a todos, esa suma se reparte entre todos ellos en porcentajes iguales. Así, todos los acreedores de igual rango pierden o cobran –según la perspectiva desde la cual se lo mire– igual porcentaje de su crédito. Obviamente no perciben igual suma, ya que –para dar un ejemplo– el 10% del 100 no es lo mismo que el 10% de 500; pero sí tanto el acreedor cuya acreencia asciende a $100 cobrará igual porcentaje que aquél cuyo crédito es de $500.[482] De la misma manera se procede respecto de aquellos acreedores que solicitaron la verificación de la

482 Ernesto E. MARTORELL, Ley de Concursos y Quiebras, Tomo V, La Ley, Buenos Aires – 2012, pp. 920/921.

obligación de hacer pero la misma no prosperó, resolviéndose los contratos respectivos, y prosperando las verificaciones de créditos deducidas en subsidio.

Por su parte, aquellos acreedores que hayan podido acceder al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, ya sea porque el fideicomiso cumplió o porque ellos –de conformidad a lo desarrollado *supra*– llevaron adelante los actos necesarios para lograrlo, y que aun adeuden un saldo del precio pactado, deberán abonar tal saldo según los plazos y el modo convenido en el boleto de compraventa. Es de notar que la ley exige, en tales supuestos, que se garantice el cumplimiento de esas obligaciones mediante la constitución de una garantía real de hipoteca sobre el bien. Ahora bien, se genera un problema con tal exigencia legal en aquellos casos en que no se han cumplimentado, aun, todos los actos necesarios para el otorgamiento de la escritura traslativa sumado a que el adquirente-acreedor adeuda un saldo del precio. ¿Cómo se efectiviza el afianzamiento de cumplimiento en estoscasos? Pues bien, consideramos que ante imposibilidad de que el adquirente-acreedor afiance con una garantía real de hipoteca el cumplimiento por no tratarse de un inmueble que se encuentre a su nombre, podrá otorgar otro tipo de fianzas, pudiendo ser reales sobre otros bienes, o bien, personales. No obstante ello, sería absolutamente descabellado resolver el contrato por falta de afianzamiento del saldo deudor ya que, al no salir el bien inmueble del patrimonio liquidativo, ante el incumplimiento del adquirente-acreedor, el Tribunal podrá resolver el contrato por incumplimiento de aquel y, en definitiva, no habría ningún daño en la masa liquidativa ya que, de verificarse tal supuesto, el acreedor incumplidor ya habrá verificado su crédito en subsidio, teniendo derecho a la devolución de lo pagado y el inmueble podrá ser subastado a fin de que ingrese activo para pagar el pasivo.

Finalmente, y en caso de quienes hayan abonado el 100% del inmueble y se haya declarado verificada/admisible la obligación de hacer, siendo ésta de cumplimiento posible, deberán seleccionar un escribano para que, a su coste y cargo, les otorgue la escritura traslativa de dominio, la cual será suscripta por el juez.

Por último y en relación a los bienes que serán objeto de las enajenaciones a los fines de proceder al pago -hasta donde el activo alcance- de los acreedores, nos parece oportuno advertir que, si bien resulta claro que los mismos son aquellos que formen parte del activo del fideicomiso en liquidación, lo real y cierto es que deberá tenerse en cuenta que existen bienes que compartan tal condición -forman parte del activo-, pero que no van a realizarse, siendo este el caso de aquellos bienes inmuebles cuyos adquirentes hayan solicitado y logrado con éxito, el cumplimiento de la obligación de hacer -escritura traslativa de dominio-.

CONCLUSIÓN

Podemos concluir, en prieta síntesis, que los actuales casos de liquidaciones judiciales de fideicomisos tienen como principales afectados a consumidores que emplean los ahorros de toda su vida en la adquisición de la tan preciada vivienda propia –sea en propiedad horizontal, conjunto inmobiliario o lote de terreno para luego construir la unidad de vivienda sobre él mismo–, cuyos derechos terminan siendo arrebatados por grandes empresas que no cumplen con las obligaciones que tomaron a su cargo.

Es por esta razón que el juez concursal interviniente –si bien ajeno a este tipo de cuestiones que son comúnmente tratadas por sus pares con competencia en el ámbito civil–, debe tener especial consideración en tales circunstancias. Creemos que, por todo ello, se encuentra en un limbo puesto que, por un lado, debe lidiar con consumidores afectados en masa y, por otro lado, debe procurar

la protección de todos no atentando contra la *pars conditio creditorum*, teniendo un gran esfuerzo y labor por delante, debiendo aplicar los institutos jurídicos a su alcance de la manera más justa posible y, a su vez, permitiendo planteos que, quizás impensados en un proceso falencial ordinario, pueden arribar a buen puerto en los casos sui generis que determinan cada una de las diferentes liquidaciones judiciales de fideicomisos que encontramos en trámite en la actualidad.

LA INTERPRETACIÓN DE LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA

Natalia Belén PERALTA - Milagros VELASCO

Resumen: El siguiente trabajo abordará las cuestiones legales vinculadas con la insuficiente patrimonial del fideicomiso, los nuevos horizontes delimitados a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sus complejidades técnicas, el procedimiento de liquidación del fideicomiso y los sujetos que intervienen en el mismo.
Palabras clave: Fideicomiso - Código Civil y Comercial de la Nación - Insuficiencia patrimonial - Liquidación judicial - Responsabilidad del fiduciario

Abstract: The following paper will address the legal issues related to the insufficient assets of the trust, the new horizons delimited from the sanction of the new Civil and Commercial Code of Argentina´s Nation, its technical complexities, the procedure for its liquidation and intervening parties.
Key-words: Trust - Nation's Civil and Commercial Code - Insufficient assets - Judicial liquidation - Responsibility of the trustee.

I- INTRODUCCIÓN

Mediante el presente trabajo, las autoras pretendemos realizar un análisis del fideicomiso tras la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, cuya vigencia inició en agosto del año 2015.

En particular, buscamos presentar cómo ha variado el régimen de liquidación del fideicomiso de un sistema en el que la misma era realizada de manera extrajudicial -por el propio fiduciario- a un régimen que establece la liquidación judicial con aplicación de las normas vigentes para los concursos y quiebras.

A efectos de desarrollar el trabajo iniciaremos exponiendo cuestiones preliminares para la comprensión del instituto bajo análisis, su reglamentación en el pasado y en la actualidad, los sujetos que son partes de este complejo entramado de relaciones jurídicas y el supuesto de liquidación del patrimonio de afectación diferenciado.

Por último, haremos especial hincapié en el supuesto de liquidación por insuficiencia patrimonial y qué responsabilidades cabe atribuir a los sujetos intervinientes en este caso.

II- CUESTIONES PRELIMINARES

Con el objeto de poder adentrarnos al análisis del tema de desarrollo, estimamos esencial comenzar por aclarar de qué estamos hablando cuando nos referimos a la institución del fideicomiso.

En un principio el fideicomiso se encontraba regulado por la ley 24.441, denominada ¨Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción¨, sancionada el 22 de diciembre de 1994. No obstante, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el instituto legal en estudio fue

incorporado a su articulado. En particular, el fideicomiso se encuentra reglado dentro del Libro Tercero - Derechos personales, Titulo IV, Capítulo 30 (Contrato de Fideicomiso) y Capítulo 31 (Dominio Fiduciario).

Dentro del capítulo 30, sección 1°, se regulan las disposiciones generales del contrato de fideicomiso; en la sección 2°, los sujetos participantes en el contrato; en la sección 3° los efectos del mismo – siendo el más importante y característico la formación de un patrimonio de afectación separado al patrimonio de los sujetos intervinientes -; en la sección 4° se regula el fideicomiso financiero; en la sección 5° los certificados de participación y títulos de deuda; en la sección 6° la asambleas de tenedores de títulos representativos de deuda o certificados de participación; en la sección 7° la extinción del fideicomiso; y, por último, en la sección 8° el fideicomiso testamentario.

El art. 1666 del C.C.C.N recepta la definición de fideicomiso; por tanto, para el Código existirá contrato de fideicomiso cuando ¨*una parte llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra parte llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario*¨.

De la definición transcrita se observan con claridad las notas relevantes de la institución bajo estudio, las cuales son:

- La existencia de transferencia de bienes;
- Que tales bienes son afectados a la consecución de un fin determinado; en este sentido, lo que se crea es un patrimonio de afectación nuevo y singular que difiere y se separa de los patrimonios individuales de cada uno de los sujetos intervinientes (fiduciante, fiduciario, beneficiarios).
- Existe disociación entre la persona que recibe los bienes y pasa a ser titular de los mismos a los fines de su administración, y quien en definitiva recibe los beneficios de dicha administración o las ventajas económicas.

III- SUJETOS INTERVINIENTES EN EL FIDEICOMISO

En el instituto del fideicomiso, nos encontramos con una pluralidad de sujetos intervinientes, a saber:

En primer lugar, está el fiduciante - persona física o jurídica- que será quién entrega bienes al fiduciario para constituir este patrimonio de afectación separado que veíamos anteriormente.

El fiduciario, por su parte, es quien detenta el dominio fiduciario de dichos bienes. Por lo general el fiduciario tiene facultades tanto de administración como de disposición sobre los bienes que integran el fideicomiso, pero nunca lo hace en beneficio personal, sino a favor de un tercero – beneficiario – a lo largo de la duración del contrato, y en definitiva a favor de fideicomisario – a quien entregará los bienes en propiedad finalizado el contrato-.

En esta línea, y siguiendo lo establecido por Alicia Puerta de Chacón, podemos decir que el dominio fiduciario -creado mediante la celebración de un fideicomiso- se caracteriza por ser un *dominio imperfecto en relación a su temporalidad* ya que su duración se circunscribe a la existencia

del fideicomiso. El fiduciario se limita a ejercer la propiedad de este patrimonio para otro, en beneficio de otro, y a cambio de una retribución[483] .

Si bien el fiduciario se constituye en propietario de los bienes, lo es con facultades limitadas, de acuerdo a los términos acordados en el contrato y a los fines que persigue el fideicomiso en particular. Por tal motivo, al fiduciario se le impone un patrón de conducta orientado a que actúe con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios; puesto que debe tenerse en especial consideración la confianza que se le ha dado. Por tal motivo, específicamente, el fiduciario debe conocer las reglas, costumbres prácticas y métodos propios del tipo de negocios que se comprometió a realizar, de lo contrario habría impericia. Debe llevar adelante su cometido con previsión y diligencia.

La alusión efectuada a la ¨*diligencia del buen hombre de negocios*¨ encuentra su antecedente genérico en el art. 59 de la ley 19.550 que establece la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales en los siguientes términos: ¨*los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.*¨. Además, y en específico, esta responsabilidad encuentra como fuente el proyecto de fideicomiso de 1986 (art. 5). La pauta recogida se encuentra también en el derecho comparado en la Aktiengesetz alemana de 1937, que imponía a los directores de sociedades anónimas los cuidados de un "d*iligente hombre de negocios, ordenado y previsor*", y en la ley española de 1951 que habla del ejercicio del cargo "c*on la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal*".[484]

Luego de lo expuesto se puede concluir que, en definitiva, las obligaciones que asuma el fiduciario – en su carácter de representante del fideicomiso, conforme las facultades conferidas – y en pos de los fines del fideicomiso, son solo del fideicomiso y ningún otro participante del contrato debe asumir responsabilidad patrimonial por su cumplimiento.

En efecto, es el fideicomiso mediante el fiduciario el que realiza los actos jurídicos y éstos son sólo imputables al patrimonio fideicomitido. Cabe destacar que la separación patrimonial también es uniforme en el derecho comparado, aun en aquellos ordenamientos que no tienen un esquema legal unificado. En Brasil, la ley 8668 de 1993 estableció en su artículo 6 que el patrimonio fiduciario no integra el activo de la administradora, no responde directa o indirectamente por cualquier obligación de la institución administradora, no se encuentra comprendido en la lista de bienes o derecho de la administración a los efectos de la liquidación extrajudicial, no pueden ser dados en garantía a los acreedores de la administradora sin importar su grado de privilegio, no son susceptibles de ejecución por los acreedores y no se puede constituir gravamen alguno sobre los inmueble.

Por último, en relación al fiduciario, cabe destacar que su función puede ser asignada tanto a una persona humano o una persona jurídica. No obstante lo mencionado, sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, el que debe establecer los requisitos que deben cumplir.

Como ya se ha mencionado *supra,* otro de los sujetos intervinientes en el fideicomiso es el beneficiario, quién puede ser el fiduciante, fiduciario o el fideicomisario de ese contrato, o un

483 Puerta de Chachón, Alicia; El dominio fiduciario en la ley 24.441

484 Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V.; Tratado de Fideicomiso; ed. Lexisnexis - Depalma; pág 307/308.

tercero. El beneficiario es la persona a cuyo favor se ejerce el fideicomiso y, en tal calidad debe aceptar su posición ya sea en forma implícita o explícitamente si así se lo requieren.

Se debe destacar que si bien el beneficiario no es parte del contrato - no es esencial su existencia ni voluntad al momento de celebrarse-, debe estar individualizado al momento de perfeccionar el mismo, No obstante, en caso de que el beneficiario no exista al momento de otorgarse el contrato, debe plasmarse expresamente en el mismo los datos que permitan su individualización futura.

Por último, encontramos al fideicomisario, que es el sujeto a quién se transmite en propiedad los bienes fideicomitidos una vez que finaliza el fideicomiso y, al igual que el beneficiario, debe aceptar expresa o tácitamente tal posición. En el caso del fideicomisario, éste puede coincidir con la persona del fiduciante, el beneficiario o un tercero distinto a aquellos dos; no obstante, se encuentra normativamente vedado que sea el fiduciario.

IV- LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO

Como ya lo expresamos al inicio, a través de la figura del fideicomiso se configura un verdadero patrimonio de afectación – a los fines de éste -, siendo que los bienes fideicomitidos, quedan completamente separados del patrimonio del fiduciario, fiduciante, beneficiario y fideicomisario. Por lo tanto, estos bienes y en cuanto dure el fideicomiso, quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante. Por su parte, los acreedores del beneficiario sólo pueden cobrarse de los frutos de los bienes que administra el fiduciario que correspondan a su deudor, aunque pueden subrogarse en los derechos de éste último.

En virtud de todo lo antes expuesto, queda claro entonces que, las deudas y demás obligaciones del fideicomiso únicamente serán satisfechas con los bienes fideicomitidos, no respondiendo por tanto ni el fiduciario, ni en fiduciante ni el beneficiario ni el fideicomisario con sus bienes o patrimonio personal, excepto compromiso expreso de éstos. Siendo por tanto los bienes fideicomitidos, la garantía de las obligaciones contraídas por el fideicomiso.

Ante esto, surge el interrogante central de este trabajo en relación a qué sucede y cómo se debe proceder ante la insuficiencia patrimonial de los bienes fideicomitidos para hacer frente a las obligaciones que surgen del propio fideicomiso.

En este punto, debemos tener presente que, ante una situación de insuficiencia patrimonial, se iniciará un proceso de liquidación del fideicomiso.

Recapitulando, y antes de entrar específicamente en el tema de insuficiencia patrimonial del fideicomiso, podemos decir que la liquidación del fideicomiso se puede presentar en dos situaciones distintas:

1- <u>Liquidación normal o natural</u>: en este supuesto el proceso de liquidación se inicia como consecuencia de la extinción del propio contrato de fideicomiso. La extinción puede acaecer por cumplimiento de la condición resolutoria por la cual el fideicomiso fue creado, por haber vencido el el plazo fijado en el mismo contrato contrato, porque se cumple con el plazo máximo de treinta (30) años fijado en la ley, porque es revocado por el propio fiduciante (siempre y cuando se hubiera reservado dicha facultad en el contrato) o por cualquiera de las causales previstas en el contrato específico.

En este supuesto la liquidación será normal o natural en tanto y en cuanto el patrimonio fiduciario alcance para pagar las deudas contraídas.

2- <u>Liquidación coactiva – forzada:</u> como contracara del supuesto anterior, la liquidación coactiva - forzada encuentra como causa la insuficiencia patrimonial del fideicomiso. Esto quiere decir que los bienes que conforman el patrimonio fideicomitido no otorgan suficiente garantía a sus acreedores.

En la primera de estas hipótesis no hay duda en determinar que, en tanto y en cuanto los bienes fideicomitidos alcancen o sean suficientes para hacer frente a las obligaciones contraídas, será el propio fiduciario - en su carácter de administrador - quien, de acuerdo a las previsiones del contrato o su "leal saber y entender", proceda a liquidar el fideicomiso, siempre atendiendo a los fines de éste - preestablecidos en el contrato que le dio origen -. Una vez concluida la liquidación, cuando todo el pasivo se encuentra cancelado, el remanente de la misma (los bienes disponibles) son transmitidos al fideicomisario de acuerdo a las pautas fijadas en el contrato.

Por su parte, en caso de proceder una liquidación coactiva o forzada que - como mencionamos- encuentra como causa la insuficiencia patrimonial del activo en el patrimonio fideicomitido para hacer frente al pasivo generado por el fideicomiso, veremos que la solución aplicable al proceso de liquidación no surge con suficiente claridad, atentando contra los derechos que corresponden a los acreedores del fideicomiso que actúan de buena fe.

En relación a la liquidación por insuficiencia patrimonial, y siendo esta el tema central del presente trabajo, estimamos prudente analizar la solución normativa adoptada poniendo especial foco en cómo era la regulación legal antes y cómo queda plasmada después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En primer término, con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, como ya se expresara, el instituto del fideicomiso se encontraba regulado en la ley 24.441.

En relación a este apartado específico, la antigua ley, establecía en su art. 16 que la liquidación ante la insuficiencia patrimonial, debía estar a cargo del propio fiduciario quien tenía la obligación de enajenar los bienes que integren el fideicomiso. Esta normativa, entonces, otorgaba a la liquidación un carácter extrajudicial.

En su momento, alguna doctrina entendía que, tal como lo establecía la literalidad de la ley, sólo el fiduciario era quien podía liquidar el fideicomiso echando mano únicamente a la venta de los bienes, restringiendo la liquidación por tanto a éste único medio.

Por otro lado, Kiper, Lisoprawski, Games – Esparza, entendían que la tesis antes descripta era un despropósito. Ello en tanto que la enajenación de los bienes fideicomitidos no siempre resultaba la mejor opción a luz de los intereses en juego. Esta tesitura entendía que el contrato de fideicomiso podía atenuar esta exigencia y determinar otro medio de liquidación fijando un procedimiento distinto.

De igual forma - si bien la ley no previó la cesación en el cargo del fiduciario por liquidación forzosa - los autores antes mencionados sostenía la posibilidad de que éste sea apartado del cargo a los fines de la liquidación, dado que era bastante probable que la insuficiencia patrimonial se de a causa de un mal desempeño del fiduciario quién hizo caer al fideicomiso en un estado de insolvencia que precipitaba su extinción.[485]

Asimismo, la norma del art. 16 de la Ley 24.441 vedaba expresamente que el fideicomiso declarara su quiebra. Esta prohibición se incluyó con la intención de procurar evitar que los

485 Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V.; Tratado de Fideicomiso; ed. Lexisnexis - Depalma; pág 433/434.

fideicomisos instituidos, en caso de atravesar una pronunciada desestabilización financiera, provocaran su propia insolvencia de manera fraudulenta y declarasen así su propia quiebra en desmedro de los intereses de sus acreedores.

No obstante haberse excluído al fideicomiso de los sujetos pasibles de ser declarados en quiebra, se estableció que el remanente de las liquidaciones efectuadas en caso de liquidación por insuficiencia patrimonial sea distribuido a los acreedores del mismo aplicando el orden de privilegios instituido en la Ley de Concursos y Quiebras. Todo ello normado en los siguientes términos:

Art. 16 "(…) *la insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto, y a falta de otro recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según visiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará en producido a los acreedores conforme al orden de privilegios previstos para la quiebra*".

En su momento esta norma fue ampliamente criticada por la doctrina puesto que entendía que, al darse el supuesto de liquidación por insuficiencia patrimonial, era menester contar con reglas o instrumentos legales que respetaran por igual el derecho de todos los acreedores en juego, debiendo por tanto la concurrencia de éstos ser plural e igualitaria. Manifestaron los autores que el hecho de que el fiduciario por sí solo proceda a la liquidación, sin el control de un tercero objetivo que aplique reglas claras e igualitarias (vg. El juez), terminaría atentando contra los derechos de los acreedores del fideicomiso.

En el marco de esta discusión doctrinaria surgieron dos tesis opuestas:

1- <u>Tesis Contractualista</u>: para esta postura las cláusulas dispuestas en el contrato deben prevalecer por sobre cualquier otra normativa; por tal motivo eran oponibles a los acreedores del fideicomiso (Tesis seguida por el Dr. Marquez, Fernando J.)

2- <u>Tesis que habla de la insuficiencia del régimen contractual:</u> dado que la tesis antes nombrada no equiparaba a todos los acreedores, ésta postura propone un mix entre el régimen liquidativo societario y los principios del proceso concursal. Los adeptos a esta tesis sostienen que debe analizarse la conducta del fiduciario y que se necesita de alguien que controle este proceso. (Tesis seguida por los Dres. Lisoprawki S. V. y Molina Sandoval C.)

Habiendo explicado brevemente el antiguo régimen del proceso liquidativo del fideicomiso ante la insuficiencia patrimonial, y previo a exponer su regulación de conformidad al Código Civil y Comercial, estimamos oportuno clarificar qué se entiende por insuficiencia del patrimonio fideicomitido. Cabe aclarar que la ley, en su literalidad, no define con precisión a qué hace referencia este fenómeno y ha sido trabajo de la propia doctrina encontrarle un encuadramiento.

Hoy en día, la doctrina mayoritaria es concordante en asimilar la situación de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso al estado de cesación de pagos que se erige como presupuesto objetivo indispensable en el concurso preventivo y la quiebra. Esto quiere decir que, en la insuficiencia patrimonial, el fideicomiso se encuentra ante la imposibilidad de enfrentar las deudas y obligaciones asumidas con los recursos normales u ordinarios provenientes del patrimonio de afectación constituido.

En este punto, nos adentraremos en el estudio de la situación jurídica derivada de la insuficiencia patrimonial del fideicomiso y cómo ha quedado regulado su proceso liquidativo con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Actualmente, y luego de los debates doctrinarios antes mencionados en relación al art. 16 de la ley 24.441, el art. 1687 del C.C.C.N. viene a poner fin a la discusión y establece expresamente que ante la insuficiencia patrimonial del fideicomiso se procede a realizar una liquidación judicial del mismo sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, ello en los siguientes términos:

Art 1687 "(…) *La insuficiencia de los bienes fideicomitidos para atender a estas obligaciones no dará lugar a la declaración de su quiebra. En tal supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario según previsiones contractuales, procede su liquidación, la que estará a cargo del juez competente, quien deberá fijar el procedimiento sobre las bases de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente"*.

Esta nueva regulación continúa manteniendo la prohibición de que el fideicomiso sea pasible de ser declarado en quiebra, pero modificando la extrajudicialidad de la liquidación y fijando pautas para un procedimiento intermedio judicial. En este proceso el magistrado deberá aplicar, conforme sea necesario para el caso concreto, los principios generales que se vierten en la ley de concursos y quiebras teniendo como norte garantizar la igualdad y correcto respeto a los derechos de todas las partes en juego.

Sin embargo, como se ahondará en las siguientes líneas, la ley continúa teniendo un gran vacío normativo ya que impone con mucha laxitud algunas pautas de cómo debe ser este procedimiento judicial de liquidación de fideicomiso. En este sentido, deja muchos aspectos del proceso a la libre interpretación jurisprudencial, por lo que el juez debe procurar soluciones adecuadas a cada caso en concreto para transitar el proceso de liquidación por insolvencia.

Pese a la decisión legislativa adoptada en el Código Civil y Comercial de la Nación, no puede soslayarse la crítica que se le realiza al procedimiento judicial dado que éste implica una mayor demora a los fines de resolver la situación patrimonial del fideicomiso. La solución adoptada parece no advertir la realidad de los procesos judiciales en los que, en numerosos casos, los sujetos procesales deben enfrentarse a inesperadas dilaciones que repercuten en innecesarias demoras en la obtención de una resolución, tornando de esta manera casi ilusorios los derechos de los acreedores que esperan hacer efectivos sus créditos. Ello sin tener en cuenta que existe la posibilidad de que se resuelva una injusta distribución del remanente de los bienes realizados, que se se traslada a un reparto misérrimo entre los acreedores.

Cabe tener presente que el actual régimen prevé lo propuesto por la teoría mixta. Ante una situación de insuficiencia patrimonial, en primer término, se debe estar a lo pactado en el contrato, con lo que se deberá investigar si existen otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario de acuerdo a las provisiones contractuales, y solo el caso de silencio o agotada esta posibilidad, estar a liquidación judicial.

Como ya se explicitara, el texto de la norma no establece formalmente cuál es el procedimiento (paso por paso) que deba aplicarse en este supuesto de liquidación. Por tal motivo ha estado a cargo de la jurisprudencia delinear el camino a seguir en el supuesto que nos ocupa.

Ante la hipótesis de tener que acudir a la liquidación judicial del fideicomiso, el primer interrogante al que nos hemos tenido que enfrentar es cuál sería el juez competente para entender en la misma. La doctrina mayoritaria entiende que, en estos casos, quien debería intervenir, es el juez propio del fuero de concursos y quiebras, al ser justamente especialista en la materia a decidir y tener la práctica cotidiana de resolver cuestiones liquidatorias de muchos bienes en conjunto aplicando los privilegios que establece la ley de concursos y quiebras.

Sin embargo, alguna doctrina minoritaria - Junyent Bas y Peretti – entiende que existen supuestos especiales (familia, civil) en los cuales puede intervenir un juez de ese fuero.

Cabe aclarar asimismo que, en lo que respecta específicamente a la Provincia de Córdoba, la acordada del Tribunal Superior de Justicia que determina la competencia especial (de Concursos y Quiebras) de Juzgados y Cámaras no prevé la liquidación del fideicomiso – como supuesto especial – por lo que, siguiendo estas pautas, toda liquidación de fideicomiso debería ingresar por los Juzgados civiles ordinarios.

Por otra parte, la intención del legislador al decir que se aplicaría la Ley de Concursos y Quiebras en lo que sea pertinente al proceso judicial de liquidación del fideicomiso, es que se le aplique a todos los acreedores del concurso igualdad de trato. En esos términos se intenta que todos los acreedores del fideicomiso puedan satisfacer sus créditos y que por tanto exista un reparto ordenado en caso de insuficiencia patrimonial; rigiendo así el principio de "universalidad" en la liquidación del fideicomiso.

Siguiendo a Lisoprawski y en relación a la legitimación activa para solicitar la liquidación judicial del fideicomiso, este autor entiende, que pueden darse dos variantes[486]:

1- Liquidación voluntaria, que es solicitada por el propio fiduciario ante la situación de desequilibrio patrimonial general y permanente que impide al fideicomiso hacer frente de manera regular a las obligaciones que son de carácter inmediatamente exigibles.

2- Liquidación coercitiva, que es solicitada ya sea por el fiduciante, beneficiario, fideicomisario o algún tercero acreedor del fideicomiso, quienes deberán demostrar hechos que acrediten la insuficiencia del patrimonio fideicomitido y la necesidad de que intervenga la justicia a los fines de su liquidación. La jurisprudencia se ha expedido también es este sentido, manifestando que las normas previstas en el Estatuto Concursal (art. 83 y ss. de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante se identificará como LCQ) – "pedido de quiebra por acreedor") resultan aplicables para encauzar y sustanciar el pedido de declaración judicial del fideicomiso incoado por un acreedor externo al mismo, debiendo probar el estado de cesación de pagos y que el crédito que se encuentran reclamando es exigible.[487]

En relación a esta última, la doctrina expresa que ¨*ante la inacción de las partes del fideicomiso y principalmente el fiduciario, creemos que el acreedor puede peticionar la liquidación acreditando la existencia de su crédito, la negativa o ausencia de respuesta frente a sus reclamos debidamente documentados e indicios de que den cuenta de un estado objetivo de insuficiencia. En tal supuesto, una vez oído el fiduciario el Juez decidirá acerca de la viabilidad de la liquidación. En lo que fuera compatible se aplicarían los arts. 83 a 87 de la LCQ.*" [488]. En la misma línea: "T*ambién será factible el pedido de la liquidación por parte de un acreedor, siempre que demuestre dicha insuficiencia o eventualmente que existe una situación pluriconflictiva (objetiva y subjetivamente) que requiere de un juez único que permita desarrollar adecuadamente una solución para todos los acreedores en el marco de una liquidación ordenada (en la que puede haber muchos acreedores que ya hayan trabado medidas cautelares o tengan juicios iniciados que puedan llevar a cabo ejecuciones que no*

486 Lisoprawski Silvio V., Fideicomiso en el Código Civil y Comercial; LL Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510, Cita online: AR/DOC/1073/2015.

487 ¨Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Inmobiliario - Liquidación Judicial (Mutuales - Cias de Seguro - Expte. Nª 6608096. Juzg. de 1° Inst. Civ. Com 39A - Con. Soc. 7 - Sec de la ciudad de Córdoba.

488 Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V., Insuficiencia del patrimonio fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código, LA LEY 29/09/2014, 1. LA LEY 2014-E, 987, Cita Online: AR/DOC/1199/2014.

respeten el principio de igualdad de los acreedores previsto por el régimen concursal). El mecanismo de los arts. 80, 83 y ss. de la LCQ, sería el cauce procesal más adecuado."[489]

Por otra parte, no debe soslayarse que es de vital importancia que, en el proceso judicial, el Tribunal disponga que se proceda a escuchar al fiduciario a los fines de garantizar el debido proceso y el ejercicio del legítimo derecho de defensa en juicio de todas las partes intervinientes e involucradas.

De igual forma el autor que estamos siguiendo – Lisoprawski- en este punto explica que ante este segundo tipo de liquidación judicial (coercitiva) el fiduciario, en su calidad de representante y administrador de los bienes fideicomitidos puede interponer recurso de reposición con apelación en subsidio en caso de que se decrete la liquidación judicial solicitada a instancia de las partes mencionadas anteriormente, y él fielmente entienda que no están dados los elementos fácticos para que esta sea procedente – no existe estado de insolvencia – o en su caso, que aún no se hayan agotado las vías fijadas contractualmente a los fines de evitar la liquidación.

Tal como puede observarse en el caso ¨Fideicomiso Inmobiliario Panorámico Inmobiliario - Liquidacion Judicial Mutuales - Cias de Seguro - Expte. Nº 6608096¨, la Cámara interviniente da lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora en autos – acreedora del fideicomiso que solicita su liquidación judicial – ya que entiende que el *a quo* había actuado incorrectamente al otorgarle al juicio el trámite de procedimiento abreviado a los fines de la liquidación judicial. En esta interpretación, la Cámara entendió que que seguir esa tesitura sería someter al acreedor externo a transitar un trámite procesal (juicio abreviado) no receptado por la ley de fondo frente a un fideicomiso que se encuentra en claro estado de insuficiencia patrimonial. La interpretación de primera instancia haría transitar a la requirente por un proceso de conocimiento abreviado previo a decretar la apertura de la liquidación, obligándola a transitar por un proceso que demandaría más de dos años - como mínimo- agravando así la situación patrimonial del fideicomiso y dando libertad al fiduciario a continuar generando pasivo y desbaratando derechos de terceros.

Por esos motivos, la Cámara interviniente, revocó el proveído de admisión en cuanto imponía trámite al proceso de juicio abreviado, y ordenó al magistrado de grado interviniente encauzar y sustanciar la pretensión incoada por la acreedora externa a través de un procedimiento sumario que se ajuste a las reglas del trámite previsto en los art. 83 y ss. de la LCQ.

Luego de la introducción antes efectuada, debemos adentrarnos en el estudio de los efectos que trae el dictado de la liquidación judicial del fideicomiso, basándonos para ello, como ya se expresara, en las creaciones jurisprudenciales existentes, dado que la ley no determina, a priori y específicamente, cómo es el procedimiento que se debe seguir.

V- EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL FIDEICOMISO

Dentro de los efectos que provoca la liquidación judicial del fideicomiso, podemos nombrar en primer lugar el del fuero de atracción – art. 21 LCQ -. Conforme a este fuero de atracción, todas las causas judiciales de contenido patrimonial iniciadas o por iniciarse en contra del fideicomiso mediante lo cual se procure la ejecución de los bienes fideicomitidos, por título o causa anterior al sometimiento del fideicomiso a la liquidación judicial deben sustanciarse por ante el juez que se encarga de la liquidación del mismo.

489 Molina Sandoval, Carlos A., La liquidación del patrimonio fideicomitido en el nuevo Código, LA LEY 08/07/2015, 1 LA LEY 2015-D, 1212, Cita Online: AR/DOC/2035/2015.

Otro de los efectos cuestionados es si el dictado judicial de la liquidación trae aparejado la inhabilitación y prohibición de salir del país del fiduciante. La mayoría doctrinaria, y así también de los fallos judiciales, entienden que en estos casos este instrumento no se aplicaría al fideicomiso por no tratarse ni de un concurso ni de una quiebra. Sin embargo, para otros, en una postura minoritaria, sostienen que se debería aplicar esta sanción al fiduciario de salir del país. No obstante los diversos criterios mantenidos, sí es unánime el deber del fiduciario de prestar cooperación y colaboración con el proceso de liquidación judicial.

Otro efecto a producirse es que, una vez abierta la liquidación, el Tribunal actuante debe emitir un comunicado – se libran oficios -, informando tal situación al Registro de Juicios Universales y al Registro de la Propiedad Inmueble para que la misma queda asentada. No se debe soslayar que, una vez iniciado el proceso de liquidación del fideicomiso, atento el carácter de ¨universal¨ del mismo, todos los acreedore que pretendan el cobro de sus respectivos créditos deben comparecer a la verificación de los mismos y concurrir en igualdad de derechos con el resto de los acreedores.

En este punto debemos retomar el hecho que, por expreso mandato legal, el fideicomiso tiene vedada su declaración en quiebra (art. 1687 pár. 3° C.C.C.N); no obstante -y adoptando la tesis mixta desarrollada *supra*- el legislador ha dado orden al proceso de liquidación por aplicación de las disposiciones de la LCQ otorgando mayor seguridad jurídica al trámite de liquidación. En este aspecto ¨*en relación a los contratantes o cualquier otro agente que se vincule con el fideicomiso, al leer el reglamento o contrato de constitución sabe perfectamente cómo se hará la distribución y con la nueva norma del Código Civil y Comercial de la Nación, bajo qué pautas tendrá lugar el proceso de liquidación*.¨ [490]

Por otra parte, en relación a los efectos de la apertura judicial de la liquidación del fideicomiso, podemos decir que la generalidad de los fallos es consecuente en determinar en primer lugar el apartamiento del fiduciario de la administración del fideicomiso y el nombramiento de un liquidador. Por lo general se determina que el síndico sea contador atento su calidad de profesional de Ciencias Económicas, a los fines de que proceda a la realización del activo o los bienes del fideicomiso y su consiguiente distribución, facultándolo a promover las acciones de recomposición patrimonial que sean pertinente – bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 255 de la LCQ-.

De igual manera, en la generalidad de los decretos de liquidación, los jueces fijan pautas o directrices a seguir similares a las que se determinan por ley en el concurso preventivo – art. 88 de la LCQ - a saber:

- disponer la publicación de edictos por cinco días en el Boletín Oficial en los términos del art. 89 de la LCQ, sin previo pago

- respecto al período informativo se aplicará el art. 200 de LCQ, fijando el procedimiento establecido en los art. 32 a 40 de la LCQ en cuanto a las facultades de información del liquidador, la formación de legajos correspondientes a los acreedores que soliciten la verificación de sus créditos, período de observación

- fijan un período de "verificación de créditos" durante el cual los acreedores del fideicomiso deben formular al liquidador el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegio – en concordancia con el art. 32 de la LCQ -

490 Arrázola, Federico; ¿Pueden los fideicomisos concursar?; Revista de derecho de Córdoba 05/04/2018

- fijación de la fecha en que el liquidador debe presentar ante el juzgado los informes individuales de acreedores – art. 35 LCQ - y el informe general – art. 39 LCQ-

- el juez deberá resolver la procedencia y alcance de las solicitudes presentadas, el crédito o privilegio que no ha sido observado por el liquidador, el fiduciario o los acreedores es declarado verificado si el juez así lo estima procedente; por el contrario cuando existan observaciones, el juez deberá decidir declarando admisible o inadmisible el crédito o el privilegio – art. 36 LCQ- . También se aplica el art. 37 LQC.

- de igual manera el decreto de apertura intima al fiduciario para que entregue al liquidador la totalidad de los bienes fideicomitidos que tuviera en su poder o informe sobre el lugar de su ubicación, para posteriormente proceder a su realización.

En esta línea, entendiendo que, si bien el fideicomiso no es un sujeto pasible de ser declarado en quiebra, pero al que se le aplican las disposiciones de la LCQ para dar transparencia a su proceso de liquidación, se aplica de manera análoga la solución adoptada en caso de quiebra a los acreedores hipotecarios y prendarios. Estos acreedores con privilegio especial, podrán reclamar en cualquier momento el pago de su crédito mediante la realización del bien sobre el cual recae el privilegio, sin necesidad de concurrir a la verificación previa. Ello en tanto que, al proseguirse el trámite previsto en la normativa concursal, la ejecución de las garantías reales (vg. hipotecas, prendas) sobre bienes que corresponden al patrimonio Fiduciario se rige por lo establecido en los arts. 126, párr. 2°, y 209 de la LCQ.

Asimismo, se entiende que la declaración de liquidación produce la caducidad de los plazos y las obligaciones pendientes de plazo se consideran vencidas de pleno derecho a la fecha de la sentencia de liquidación del Fideicomiso (art. 128, LCQ). En igual sentido al momento de declararse la liquidación se suspende el curso de los intereses de todo tipo y, en caso de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes, se estará a lo dispuesto en los arts. 143 y 144 del ordenamiento concursal.

De acuerdo a lo establecido en el art. 142 de la LCQ, el síndico designado para encargarse de la liquidación del patrimonio fideicomitido, se encuentra legitimado para el ejercicio de todos los derechos emergentes de las relaciones jurídicas patrimoniales establecidas por el fiduciario antes de que se diera inicio al proceso de liquidación.

En caso de que el fideicomiso en proceso de liquidación judicial haya celebrado contratos con prestaciones pendientes de cumplimiento, se debe estar a lo establecido en los arts. 143 y 144 de la LCQ, a saber:

- Contratos en curso de ejecución (art. 143): a- Si está totalmente cumplida la prestación a cargo del fideicomiso en liquidación, el otro contratante debe cumplir la suya; b -Si está íntegramente cumplida la prestación a cargo del cocontratante, éste debe requerir la verificación en el proceso de liquidación por la prestación que le es debida; c- Si hubiera prestaciones recíprocamente pendientes, el cocontratante tiene derecho a requerir la resolución del contrato.

- Prestaciones recíprocas pendientes (art. 144): En caso del supuesto ¨c¨ del punto anterior se aplican las siguientes reglas: I) Dentro de los veinte (20) días corridos de la publicación de edictos en su domicilio o en sede del juzgado si aquéllos no corresponden, el tercero contratante debe presentarse haciendo saber la existencia del contrato pendiente y su intención de continuarlo o resolverlo. En igual término, cualquier acreedor o interesado puede hacer conocer la existencia del contrato y, en su caso, su opinión sobre la conveniencia de su continuación o resolución; 2) Al presentar el informe del Artículo 190, el síndico enuncia los contratos con prestaciones recíprocas

pendientes y su opinión sobre su continuación o resolución; 3) El juez decide, al resolver acerca de la continuación de la explotación, sobre la resolución o continuación de los contratos. En los casos de los Artículos 147, 153 y 154 se aplica lo normado por ellos; 4) Si no ha mediado continuación inmediata de la explotación, el contrato queda suspendido en sus efectos hasta la decisión judicial; 5) Pasados sesenta (60) días desde la publicación de edictos sin haberse dictado pronunciamiento, el tercero puede requerirlo, en dicho caso el contrato queda resuelto si no se le comunica su continuación por medio fehaciente dentro de los diez (10) días siguientes al pedido; 6) En casos excepcionales, cuando las circunstancias del caso exijan mayor premura, el juez puede pronunciarse sobre la continuación o la resolución de los contratos antes de las oportunidades fijadas en los incisos precedentes, previa vista al síndico y al tercero contratante, fijando a tal fin los plazos que estime pertinentes; 7) La decisión de continuación: a) Puede disponer la constitución de garantías para el tercero, si éste lo hubiere pedido o se hubiere opuesto a la continuación, en la medida que no estime suficiente la preferencia establecida por el Artículo 240, b) Es apelable únicamente por el tercero, cuando se hubiere opuesto a la continuación; quien también puede optar por recurrir ante el mismo juez, demostrando sumariamente que la continuación le causa perjuicio, por no ser suficiente para cubrirlo la garantía acordada en su caso. La nueva decisión del juez es apelable al solo efecto devolutivo por el tercero.

De conformidad a lo establecido en el art. 147 de la LCQ, los contratos en los cuales las prestaciones pendientes por parte del fideicomiso sean de carácter personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la apertura de la liquidación. En igual sentido sucede con los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución.

En relación a los créditos de carácter laboral, se aplican las disposiciones de pronto pago (arts. 16 y 183 LCQ), a través de los fondos que ingresen como consecuencia de los actos de liquidación de los bienes.

Tal como se viene desarrollado, ante la apertura de la liquidación judicial del fideicomiso, serán de plena aplicación las reglas procesales previstas en los arts. 273 a 287 de la LCQ.

Por su parte, en relación a los Boletos de Compraventa de inmuebles, es aplicable el art. 146 de la LCQ. Aquellos que fueron otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles a la liquidación si el comprador hubiera abonado el 25% del precio, cualquiera sea el destino del inmueble.

VI- CONCLUSIÓN DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

Nos adentramos en este punto a desarrollar qué sucede una vez realizados los bienes del fideicomiso.

En primer término, debemos decir que, de ordinario, el dinero que se obtenga producto de la liquidación debe de distribuirse en los acreedores cuyos créditos han resultado verificados y declarados admisibles. El primer interrogante que surge es cómo se produce esta distribución.

Como se venía explicando, el art. 1687 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación determina que a la liquidación judicial del fideicomiso le son aplicables las normas previstas para los concursos y quiebras en lo que sea pertinente, por tanto, basándonos en dichas reglas y principios, la doctrina mayoritaria sostiene que a los fines de la distribución y en particular con el tema de los privilegios

a la hora de efectuar la misma, deberá observarse la prelación impuesta por los arts. 239 a 250 de la LCQ.

En consecuencia de ello comenzará abonándose los gastos de conservación y justicia, de acuerdo a lo establecido por el art. 240 de la LCQ, salvo que existan créditos con privilegio especial.

El art. 241 de la normativa aplicable dispone que tienen privilegio especial sobre el producido de los bienes: a) Los gastos hechos para la construcción, mejora o conservación de una cosa, sobre ésta, mientras exista en poder del fideicomiso por cuya cuenta se hicieron los gastos; b) Los créditos por remuneraciones debidas al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones por accidentes de trabajo, antigüedad o despido, falta de preaviso y fondo de desempleo, sobre las mercaderías, materias primas y maquinarias que, siendo de propiedad, del fideicomiso, se encuentren en el establecimiento donde haya prestado sus servicios o que sirvan para su explotación; c) Los impuestos y tasas que se aplican particularmente a determinados bienes, sobre éstos; d) Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante; e) Lo adeudado al retenedor por razón de la cosa retenida a la fecha de la resolución que dispone la apertura del proceso de liquidación. El privilegio se extiende a la garantía establecida en el Artículo 3943 del Código Civil; f) Los créditos indicados en el Título III del Capítulo IV de la Ley N° 20.094, en el Título IV del Capítulo VII del Código Aeronáutico (Ley N. 17.285), los del Artículo 53 de la Ley N. 21.526, los de los Artículos 118 y 160 de la Ley N. 17.418.

En el caso de los créditos con privilegios especiales, al igual que en las quiebras, los privilegios se extienden exclusivamente al capital del crédito, salvo 1) Los intereses por dos (2) años contados a partir de la mora de los créditos enumerados en el inciso 2 del Artículo 241 de la ley concursal; 2) Las costas, todos los intereses por DOS (2) años anteriores a la resolución que dispone la liquidación y los compensatorios posteriores a ella hasta el efectivo pago con la limitación establecida en el art. 126, cuando se trate de los créditos enumerados en el inciso 4 del Artículo 241; 3) El privilegio reconocido a los créditos previstos en el inciso 6 del Artículo 241 tienen la extensión prevista en los respectivos ordenamientos.

En relación a los créditos con privilegios generales, el art. 246 de la LCQ establece el siguiente orden: a- Los créditos por remuneraciones y subsidios familiares debidos al trabajador por seis (6) meses y los provenientes por indemnizaciones de accidente de trabajo, por antigüedad o despido y por falta de preaviso, vacaciones y sueldo anual complementario, los importes por fondo de desempleo y cualquier otro derivado de la relación laboral. Se incluyen los intereses por el plazo de dos (2) años contados a partir de la mora, y las costas judiciales en su caso; b) El capital por prestaciones adeudadas a organismos de los sistemas nacional, provincial o municipal de seguridad social, de subsidios familiares y fondos de desempleo; c) El capital por impuestos y tasas adeudados al fisco nacional, provincial o municipal; d) El capital por facturas de crédito aceptadas por hasta veinte mil pesos ($20.000) por cada vendedor o locador. A los fines del ejercicio de este derecho, sólo lo podrá ejercitar el libramiento de las mismas incluso por reembolso a terceros, o cesionario de ese derecho del librador. (Inciso incorporado por art.7° de la Ley N° 24.760 B.O. 13/1/97)

Conforme al art. 247 LCQ, los créditos con privilegio general sólo pueden afectar la mitad del producto líquido de los bienes, una vez satisfechos los créditos con privilegio especial, los créditos del Artículo 240 y el capital emergente de sueldos, salarios y remuneraciones mencionados en el inciso 1 del Artículo 246. En lo que excedan de esa proporción, los demás créditos enumerados en el Artículo 246 participan a prorrata con los comunes o quirografarios, por la parte que no perciban como privilegiados.

Respecto a los créditos quirografarios y respecto a los créditos con privilegio general que no logran cancelarse con los bienes respectivos, la distribución se realiza a prorrata entre ellos (art. 249 de la LCQ)

Otra pregunta que viene a colación luego de que se haya realizado el activo es determinar, en caso de que con posterioridad a pagarle a los acreedores del fideicomiso exista remanente de dinero, qué reglas se aplican, teniendo en consideración el derecho personal de los beneficiarios y fideicomisarios.

Entendemos entonces que ante ausencia de solución legal determinada, y en tanto la ley no le otorga al beneficiario ni al fideicomisario ningún derecho especial, corresponde en primer lugar abonar a los acreedores del fideicomiso, con posterioridad al beneficiario, y en su caso si existe remanente al destinatario final del fideicomiso quien sería el fideicomisario.[491]

Al final del procedimiento de liquidación se aplican también los arts. 230 a 232 de la LCQ en relación a la clausura del procedimiento por distribución final - luego de dos años desde la resolución que dispone la clausura del procedimiento sin que se reabra, el juez puede disponer la conclusión de la liquidación - o por falta de activo con las consecuencias que prevé el art. 233 LCQ: presunción de fraude y comunicación a la justicia penal.

VII- RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS INTERVINIENTES ANTE LA LIQUIDACION POR INSUFICIENCIA PATRIMONIAL DEL FIDEICOMISO

Ahora bien, por último, resta analizar, en el supuesto de liquidación judicial por insuficiencia patrimonial, qué responsabilidad se le podría achacar al fiduciario en su calidad de administrador de este patrimonio de afectación.

En principio, tal como ya lo adelantáramos - y como lo establece el art. 1687 C.C.C.N - al ser la principal característica del fideicomiso crear un patrimonio separado de afectación, por regla y principio general el patrimonio propio del fiduciario es ajeno a las deudas contraídas por el fideicomiso y, por ende, ante la insuficiencia del patrimonio fideicomitido en nada debe responder.

No obstante ello, nos podemos apartar de esta regla general cuando en el caso concreto se puedan aplicar las acciones genéricas de responsabilidad. Es decir, se presenten los presupuestos de la responsabilidad civil y exista en la conducta desplegada por el fiduciario factor de atribución subjetivo dolo o culpa, lo que corresponde cuando éste haya actuado desentendiendose del estándar de conducta de un buen hombre de negocios y traicionando la confianza que el fiduciante ha depositado en él. En estos últimos casos la acción de responsabilidad se debe establecer conforme lo indican los arts. 173 a 176 de la LCQ.

Por ende, se entiende que el fideicomiso crea un patrimonio separado salvo FRAUDE A LA LEY, por aplicación de la acción revocatoria o pauliana (art. 338 y ss. Código Civil y Comercial de la Nación). También se puede aplicar la acción de ineficacia concursal de acuerdo art. 119 LCQ y art. 1686 código Civil y Comercial de la Nación.

De igual manera, podemos tratar el tema vinculado a qué sucede cuando el propio fiduciante que dió bienes en garantía de una deuda - constituyendo un fideicomiso de garantía - luego se presenta en concurso.

491 Lisoprawski Silvio V., Fideicomiso en el Código Civil y Comercial; LL Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 510, Cita online: AR/DOC/1073/2015

En primer lugar y tal como ya se viene explicando en principio, y como surge del propio efecto de la constitución de fideicomiso, al crearse un patrimonio separado los bienes dados en garantía y que constituyen el fideicomiso no deben revertirse al patrimonio propio del fiduciante, salvo que en el caso concreto exista fraude a la ley ante lo cual deben interponerse las acciones pertinentes de recomposición patrimonial, logrando así que los bienes aportados al fideicomiso en garantía vuelvan al patrimonio particular del fiduciante, pero únicamente porque en el caso concreto quede demostrado que el fiduciante procedió a la creación del fideicomiso con el único fin de provocar su insolvencia, agravarla o violentar igualdad de los acreedores, por tanto debe estar probada la actitud subjetiva puesta en juego por el fiduciante.

Destacamos que una postura doctrinal entiende que, en caso de concurso del fiduciante en los fideicomisos de garantías, los acreedores del fideicomiso deben presentarse a verificar su crédito como "quirografarios eventuales o condicionales" a las resultas del fideicomiso -Kelly, Lorenzetti; mientras que otra postura entiende que esto no debe ser así y no deben presentarse a verificar -Kiper, Lisoprawski -.

De igual forma, la quiebra o concurso del fiduciario respecto del patrimonio general o personal de su pertenencia, es claro que no se extiende al patrimonio fideicomitido. Sin embargo, esta circunstancia sí puede traer aparejada la cesación del fiduciario en su cargo como administrador del patrimonio fideicomitido, ya que difícilmente pueda esperarse de un fallido la diligencia del buen hombre de negocios que es necesaria y se exige al fiduciario como estándar de conducta para el ejercicio de su función.

Por lo tanto, la quiebra o inicio del concurso del patrimonio personal del fiduciario conllevarán la pérdida de confianza en su actuar y por ende la remoción en su cargo, debiendo ser reemplazado por quien se designe en el contrato o proceder a la elección de un nuevo fiduciario de acuerdo a las disposiciones previstas en él. Por todo lo expuesto, se entiende entonces que, la quiebra o concurso del patrimonio personal del fiduciario no conlleva ni arrastra el de los patrimonios separados (en este caso el patrimonio fideicomitido).[492]

VIII- CONCLUSIÓN FINAL

Luego del desarrollo del presente trabajo, esperamos haber podido tratar con claridad los aspectos básicos del fideicomiso y cuáles son las diferencias introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación al régimen previsto por la Ley 24.441.

En particular, se ha expuesto la problemática que la liquidación judicial del patrimonio fideicomitido presenta y cómo la misma, en la regulación actual, trae aparejada esfuerzos de la jurisprudencia en ir delimitando el camino a seguir hasta que finalmente, y producto de una nueva reforma legislativa, las pautas prácticas que vienen aplicando diariamente -y que fueron puestas de resalto en esta obra- se cristalicen y queden incorporadas al plexo normativo, permitiendo así un mejor desenvolvimiento de la justicia y que ante el caso concreto sea más práctico para el juzgador definir qué lineamientos seguir.

492 Kiper, Claudio M. - Lisoprawski, Silvio V.; Tratado de Fideicomiso; ed. Lexisnexis - Depalma; pág 440/441.

FIDEICOMISO

Daiana Belén MONGE - Vanesa VIGUERA - Fernanda ZURANO

Resumen: El instituto del fideicomiso es un tema de gran relevancia a nivel jurídico y empresarial, donde constantemente surgen inquietudes y lagunas que son difíciles de resolver por su complejidad. Si bien el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación incorporó expresamente este contrato en su texto - siguiendo la Ley 24.441- introduciendo precisiones y mejoras a la figura, podemos observar controversias aún no definidas como algunos roles del fiduciario, el fideicomiso entre cónyuges o los efectos de la registración del contrato.
Palabras claves: Fideicomiso – Fideicomisario – Fiduciario – Patrimonio fiduciario – Conyuge.

Abstract: The trust institute is a topic of great relevance at the legal and business level, where concerns and gaps constantly arise that are difficult to resolve due to its complexity. While the new Civil and Commercial Code of the Nation expressly incorporated this contract in its text - following Law 24,441- introducing clarifications and improvements to the figure, we can see controversies not yet defined as some roles of the trustee, the trust between spouses or the effects of the registration of the contract.
Key Words: Trust – Trustee -Trust Property – Spouse.

I. INTRODUCCIÓN

I.-1) Nociones generales. Definición.

Para comenzar, haremos una breve introducción sobre el contrato de fideicomiso, para luego profundizar sobre cuestiones puntuales dentro de este tópico.

"Por fideicomiso, en general, puede entenderse un negocio jurídico por el cual una parte recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé un destino previamente convenido."[493]

En sentido similar Farina define: "El contrato de fideicomiso (o si*mplemente fideicomiso) es aquel por el cual una parte (fiduciario) recibe de la otra (fideicomitente) un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad este último se obliga a transferirle a titulo de confianza, para que el fiduciario, sujeto a un plazo o condición, le de el destino convenido".*[494]

Así, el Fideicomiso se trata de un contrato -acuerdo de voluntades- en donde una parte (fiduciante) transmite la propiedad de bienes o se compromete a transmitir bienes a otra parte (fiduciario), quien se obliga a ejercer en beneficio de otra (beneficiario) la propiedad, la cual es transmitida al cumplimiento de un plazo o condición a otra parte (fideicomisario). Dicha definición se plasma en el artículo 1666 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.).

Tomando la definición del C.C.C.N., cabe distinguir un elemento esencial de este contrato: la confianza del fiduciante ante el fiduciario al transmitir bienes a este último, los cuales quedan

493 CARREGAL, MARIO A., El fideicomiso, Buenos Aires, Universidad, 1982, p. 47.
494 FARINA, Contratos comerciales modernos, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, p. 361.

afectados a un fin determinado. Tal como se ha expresado la doctrina: "*La 'fiducia', el 'pactum fiduciae', también es nota característica del instituto, y revela que se trata de un negocio basado en confianza, en fe, de una parte respecto de la otra, lo que cobra importancia para considerar que se trata de un negocio intuitu personae.*"[495]

De la misma manera, pasamos en limpio las obligaciones recíprocas que generan este negocio: 1) La obligación del fiduciante de transmitir o comprometerse a transmitir bienes determinados al fiduciario. 2) La obligación del fiduciario a administrar y/o disponer estos bienes con responsabilidad y dando cumplimiento a la finalidad específica estipulada.

Otro elemento importante, es que el fideicomiso es temporal, nuestro ordenamiento jurídico pone un tope de 30 años de duración o al término de verificarse una condición. En caso de que se establezca un plazo que exceda el máximo estipulado no provoca la nulidad del contrato sino la reducción al plazo máximo legal.

Por último, se trata de un contrato que debe formalizarse por instrumento público o privado y debe ser inscripto ante el Registro Público competente, así lo requiere el artículo 1669 del C.C.C.N. Dicho abordaje será tratado a lo largo de este ensayo.

En cuanto a los sujetos, en este punto haremos una mera enunciación de ellos: 1) fiduciante, quien transmite los bienes al fiduciario en beneficio de un tercero; 2) fiduciario, administra y dispone los bienes fideicomitidos; 3) beneficiario, a favor de quien se administra o enajena los bienes fideicomitidos; y 4) fideicomisario, al cumplirse el plazo o la condición recibe los bienes del patrimonio fiduciario. Relativo a los sujetos, nos explayaremos posteriormente.

Finalmente, cabe aclarar que para ciertos sectores de la Doctrina el "fideicomiso", "trust" o "fiducia", a pesar de su tratamiento en el C.C.C.N. como un contrato, entienden que no se trataría de tal, sino de una *institución*, caracterizada por la transferencia de los bienes, la afectación a un fin determinado, la disociación entre la titularidad y la ventaja económica de los bienes, tal como sostiene el Dr. José Fernando Márquez. Lo cierto es que, sea un contrato o una institución, el fideicomiso no es una *persona jurídica*, como generalmente se lo suele confundir, y ello lo podemos ver, por ejemplo, en el hecho de que, al entablar una demanda, la misma se plantearía ante el fiduciario y sobre los bienes del fideicomiso.

I.- 2) Clases de fideicomiso.

En este punto brindaremos una breve reseña de los tipos de fideicomiso que regula nuestro C.C.C.N.:

- **Fideicomiso en garantía:** en simples palabras el fiduciante transfiere bienes formando el patrimonio fiduciario, al fiduciario, con la finalidad de garantizar con tales bienes o con su producido el cumplimiento de obligaciones a cargo del deudor.

Con respecto a ello, la Doctrina se ha pronunciado: "*El contrato de fideicomiso en garantía integra entonces, la lista de negocios jurídicos posibles, por el cual se transmite la propiedad fiduciaria al acreedor, con condición resolutoria, pensando en reforzar la garantía de financiamientos.*"[496]

- **Fideicomiso financiero:** El art. 1690 del C.C.C.N. lo define como "*el contrato de*

495 RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO, Contratos bancarios, Bogotá, Felaban, 1979, p. 617.
496 GHERSI, CARLOS, "Contrato de Fideicomiso" Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo – 4ta edición, Ciudad de Buenos Aires, 2017, pág. 502.

fideicomiso sujeto a reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por el organismo de contralor de los mercados de valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiarios son los titulares de los títulos valores garantizados con los bienes transmitidos."

- **Fideicomiso testamentario:** el fiduciante (causante) designa un fiduciario para que, al momento de la muerte, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos o administrarlos en beneficios de otro, que puede ser heredero, legatario o beneficiario; y cuando se cumpla el plazo o condición los adjudique en favor de los fideicomisarios.

"Permite durante su ejecución (después de la muerte del causante – testador – fiduciante) la administración del patrimonio de afectación, para preservar dichos bienes y gozar en el caso de menores de edad o incapacidad instituido heredero o legatario hasta que cese su imposibilidad de administración directa, el goce de los frutos o rentas de aquellos"[497]

- **Fideicomiso de administración:** si bien el C.C.C.N. no lo trata expresamente, cabe definirlo como aquel en el que se transfiere la propiedad de bienes al fiduciario para que los administre conforme a lo establecido por el constituyente y en caso de que hubiere frutos o productos, los destina al fin establecido. Esta clase de fideicomiso en estado puro es poco frecuente, ya que en el resto de las clases se da la administración por parte del fiduciario.

I.- 3) Patrimonio fiduciario - Beneficios.

Lo que resulta de vital importancia en este contrato es la formación de un patrimonio separado, de afectación y diferente del fiduciario, debido a que no ingresan en su patrimonio, se mantiene indemne frente a acciones y/o acreedores particulares que puedan tener los sujetos parte del contrato. Es completamente autónomo del patrimonio de las partes.

Cualquier tipo de bien puede ser objeto del contrato y formar parte de este patrimonio. También hay que destacar que al transmitirse la propiedad de los bienes que componen dicha masa, el fiduciario encabeza facultades amplias como administrar, disponer o gravar los bienes, siempre bajo los límites estipulados contractualmente y en pos de la finalidad específica por la cual se constituyó el fideicomiso. Este punto no es menor, ya que será de relevancia al tratar los roles de fideicomisario y fiduciario.

En función de las nociones y características hasta aquí mencionadas, creemos que es significativo resaltar un concepto más bien práctico y menos teórico*: "un instrumento que proporciona recursos para la realización de otros negocios que le son subyacentes y que pueden ser de la más variada naturaleza."*[498] Esta definición pone de manifiesto en simples palabras de qué se trata este negocio, cuál es su finalidad y beneficios.

II. NOVEDADES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El actual Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 01 de Agosto de 2015, entre sus múltiples modificaciones introduce cambios en materia de los contratos, ya que vino a tratar expresamente los contratos especiales o atípicos, dentro de los cuales algunos no tenían una regulación expresa en la ley, tales como los contratos bancarios o los de agencia, concesión,

497 CIURÓ DE CASTELLO NORMA – CASAS RENE, Leasing Financiero, operacional e inmobiliario, Fideicomiso, Fideicomiso Financiero, Revista de Dcho. Notarial Nro. 923 01/02/1999, citado en JA 1999-III- 1078.

498 NATALIO PEDRO ETCHEGARAY, FIDEICOMISO. TECNICA Y PRACTICA DOCUMENTAL - 2008- ED. ASTREA.

franquicia o factoraje; y otros, que se regían por alguna ley especial como es el caso del fideicomiso, regulado por la Ley 24.441.

Centrándonos en el fideicomiso, en términos generales, el nuevo Código sigue la estructura de la Ley 24.441 pero introduce algunos conceptos y novedades que hacen a un mejor funcionamiento y precisión de la figura. Como punto de partida podemos decir que se derogaron los artículos 1 a 26 de la Ley 24.441, que regulaban el fideicomiso ordinario y el fideicomiso financiero, para incorporarlos en el libro tercero, capítulo 30 (arts. 1666 a 1700) del C.C.C.N. No obstante, se mantienen los artículos 83 y 84 de la ley, por lo cual se mantienen las exenciones a los títulos valores, y a ciertas retribuciones del fiduciario.

A continuación, expondremos las principales modificaciones que introdujo el C.C.C.N. respecto al fideicomiso:

II.- 1) El fiduciario puede ser beneficiario.

La Ley 24.441 no se expresaba sobre la posibilidad de que el fiduciario pueda ser beneficiario, lo cual era fuertemente cuestionado y rechazado por una parte de la Doctrina al considerar que este mismo perdería objetividad e imparcialidad en sus funciones, las que debían ser llevadas a cabo en pos del interés ajeno. El nuevo Código introduce esta opción y nos aclara que en caso de que el fiduciario sea beneficiario, debe actuar evitando cualquier conflicto de intereses y privilegiando a los otros sujetos en el contrato, tal como lo establece el artículo 1673, al rezar: *"ARTÍCULO 1673.- Fiduciario. El fiduciario puede ser cualquier persona humana o jurídica. Sólo pueden ofrecerse al público para actuar como fiduciarios las entidades financieras autorizadas a funcionar como tales, sujetas a las disposiciones de la ley respectiva y las personas jurídicas que autoriza el organismo de contralor de los mercados de valores, que debe establecer los requisitos que deben cumplir. El fiduciario puede ser beneficiario. En tal caso, debe evitar cualquier conflicto de intereses y obrar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato."*

El fiduciario, tal como lo sostenía la ley, deberá cumplir las obligaciones impuestas por ella y por el contrato, obrando con las diligencias de un buen hombre de negocios, que actúa sobre la base de la confianza depositada en él. Además, se agrega la alternativa, que no contemplaba la Ley 24.441, de designarse a más de un fiduciario en el contrato, en esos casos, ya sea que actúen en forma conjunta o indistinta, serán responsables solidariamente por su gestión ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales. También es de importancia, resaltar que el fiduciario puede ser sustituido, según lo que se pacte en el contrato o por designación judicial cuando sea necesario.

Cabe aclarar que conforme los lineamientos de la Ley de Fideicomiso, que establecía en forma expresa que los fiduciarios debían rendir cuentas a los beneficiarios en periodos no mayores al año y la prohibición de dispensa de rendir cuentas, nace la acción de reclamar por parte de los sujetos del contrato. Los artículos 1675 y 1676 disponen dichas facultades y deberes.

En relación a la figura del fideicomisario respecto al fiduciario, el artículo 1672 del

C.C.C.N. dispone que el fiduciario no puede ser fideicomisario, tópico que será abordado en mayor profundidad a lo largo de este trabajo.

II.- 2) Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso.

El C.C.C.N. nos brinda la posibilidad de que los bienes objeto del fideicomiso puedan ser toda clase de bienes, presentes o futuros, determinados o determinables, a condición de que estén presentes en el comercio.

De esta forma contamos con el artículo 1670 del C.C.C.N., que establece que las universalidades de bienes, como un fondo de comercio, puedan ser objeto del fideicomiso; también el artículo 2493 del C.C.C.N. que nos indica que el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda, o una parte indivisa, de la herencia, dejando a salvo los derechos de los herederos forzosos sobre la legítima, con la salvedad del artículo 1670 ,antes mencionado, que prohíbe en forma expresa el fideicomiso sobre herencias futuras.

Por otro lado, conforme al artículo 2186 del C.C.C.N. los derechos reales de garantía no pueden ser transferidos sin el crédito que aseguran y, por lo tanto, no pueden ser objeto del fideicomiso; de esta forma se resuelve la discusión sobre la posibilidad de que se otorgue en fideicomiso un derecho real de garantía a favor del fiduciario sin que se convierta éste en un acreedor, caracterizándolo como agente de garantía en beneficio de los acreedores.

Es menester dejar en claro que no debe confundirse el contrato de fideicomiso que puede tener por objeto toda clase de derechos patrimoniales, con el dominio fiduciario que pueda resultar de él.[499]

II.- 3) Fideicomiso de garantía.

Anteriormente no estaba claro si la Ley 24.441 autorizaba el fideicomiso de garantía, ya que no lo mencionaba, pero el C.C.C.N. lo ha incluído expresamente en su artículo 1680 que dispone: *"Si el fideicomiso se constituye con fines de garantía, el fiduciario puede aplicar las sumas de dinero que ingresen al patrimonio, incluso por cobro judicial o extrajudicial de los créditos o derechos fideicomitidos, al pago de los créditos garantizados. Respecto de otros bienes, para ser aplicados a la garantía el fiduciario puede disponer de ellos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, asegurando un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes"*. Barreira Delfino sostiene que "afortunadamente prevaleció el criterio de la admisibilidad del fideicomiso de garantías como modalidad muy útil para los negocios"[500]

Lorenzetti define al fideicomiso en garantía como *"la operación a través de la cual una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria de ciertos bienes a otra persona (fiduciario) para que los retenga en garantía del cumplimiento de una o más obligaciones que se deben al fiduciario o a una tercera persona, en ambos casos el beneficiario. Se produce la transmisión fiduciaria del dominio sobre el bien: si la obligación garantizada no se cumple, el fiduciario puede afectar esos bienes al pago de la deuda. El acreedor es el beneficiario del fideicomiso."*[501]

El fideicomiso de garantía vino a aclarar finalmente, la tipicidad jurídica del fideicomiso ya que, hasta el momento, se utilizaban denominaciones diversas que obedecían a los criterios de comercialización del producto tales como operaciones de inversión, construcción, inmobiliario, agrario, accionario, de administración, etc. De esta manera queda zanjada toda discusión sobre la legalidad del fideicomiso de garantía.

499 GUILLERMO P, CALDERON - MAXIMILANO R., Contratos parte especial 3 según el Código Civil y Comercial, Zavalia, 2017, p. 429.

500 BARREIRA DELFINO, EDUARDO A., Fideicomiso de garantía crediticia en Tratamiento integral del fideicomiso, Ad. Hoc - Bs. As., 2007, p. 229.

501 RIVERA JULIO CESAR, MEDINA GRACIELA, Código Civil y Comercial, Págs. 932/933.

II.- 4) Obligación de contratar un seguro.

El artículo 1685 del C.C.C.N. nos indica que *"sin perjuicio de su responsabilidad, el fiduciario tiene la obligación de contratar un seguro contra la responsabilidad civil que cubra los daños causados por las cosas objeto del fideicomiso"*.

Sumado a ello, también se prescribe que en caso de que no haberse contratado el seguro o cuando este sea irrazonable en la cobertura de riesgos o en los montos, el fiduciario responderá en los términos del artículo 1757 del C.C.C.N. Entonces, en estos casos, el fiduciario tendrá una responsabilidad objetiva, y deberá hacer frente por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas.

III. SUJETOS EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Técnicamente las partes del contrato de fideicomiso son dos (fiduciante y fiduciario). Al existir terceros que forman parte del mismo, es que nos referiremos a todos ellos como "sujetos", o "posiciones jurídicas". Son cuatro los sujetos que pueden formar parte de este contrato. Los plantearemos a continuación haciendo una breve reseña de cada uno:

III.-1) Fiduciante

Es el propietario de un bien quien transmite o se compromete a transmitirlo al fideicomiso. Quién se desprende de la propiedad de estos bienes afectados, a fin de que quien lo reciba en fideicomiso cumpla con la finalidad acordada en beneficio de terceros. El Código Civil y Comercial de la Nación no lo trata expresamente, solo lo hace de manera enunciativa. Pero sí mejora la redacción anterior, donde se refería al fiduciante en singular, y ahora el C.C.C.N. utiliza la expresión "parte", dando la posibilidad de la pluralidad de los mismos.

III.- 2) Fiduciario

En segundo lugar, nos encontramos frente al fiduciario, que es quien recibe los bienes fideicomitidos, obligándose a su administración y/o disposición a favor del beneficiario y como así también a transferirlos al fideicomisario una vez cumplido el plazo o condición. Es decir, cumple con el destino que se establece en el contrato. Como lo dispone el artículo 1673 del C.C.C.N., puede serlo cualquier persona humana o jurídica.

El artículo 1674 del C.C.C.N. establece expresamente que debe cumplir con obligaciones impuestas por la ley y por el contrato, con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios. En este asunto, se pone el foco en la confianza del fiduciante frente al fiduciario.

Un punto importante, es la posibilidad de exigir la rendición de cuentas al fiduciario establecida en el artículo 1675, la cual puede ser reclamada tanto por el beneficiario, el fiduciante o el fideicomisario. La rendición de cuentas debe tener una periodicidad no mayor a un año.

Relacionado estrechamente con esta obligación, está la prohibición de la dispensa de la rendición de cuentas establecida en el artículo 1676, donde también prohíbe la dispensa de culpa o dolo en que pudiera incurrir el fiduciario y la posibilidad de adquirir los bienes fideicomitidos. Punto que se tratará en lo siguiente.

El fiduciario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1678, puede cesar en sus funciones por las siguientes causales:

a) remoción judicial por incumplimiento de sus obligaciones o imposibilidad

material/jurídica para desempeñar su función;

b) incapacidad, inhabilitación y capacidad restringida judicialmente declarada, y muerte;

c) disolución si se trata de persona jurídica;

d) quiebra o liquidación;

e) renuncia, si expresamente lo faculta el contrato, o por causa grave o imposibilidad jurídica/ material de continuar en el desempeño de tal función.

Habiendo acaecido alguna de las causales mencionadas ut supra, el mismo Código establece el mecanismo de sustitución del fiduciario, que será reemplazado por quien haya sido nombrado como sustituto en el contrato o bien, será designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. A falta de procedimiento previsto o no aceptación del cargo por el sustituto, la designación se hará judicialmente (artículo 1679).

Debemos destacar que en artículo 1678 in fine, claramente se determina que la renuncia tiene efecto después de la transferencia del patrimonio objeto del fideicomiso al fiduciario sustituto. Por lo cual, es importante tener en cuenta los casos en los que no se encuentra previsto un sustituto en el contrato, o si las partes no se ponen de acuerdo, donde será necesaria la intervención judicial, transformándose en un largo proceso en el cual el fiduciario renunciante sigue ligado al fideicomiso y la responsabilidad que ello conlleva. Por eso, es importante a la hora de realizar un contrato de fideicomiso tener en cuenta estas situaciones, las cuales, si se previenen y establecen con claridad, ahorran un problema futuro.

Figura importante es la del fiduciario, al tratarse como ciertos sectores de la Doctrina lo llaman del "dueño" del fideicomiso, lo cual se puede vislumbrar al momento de plantearse una demanda contra el fideicomiso, allí no se inicia ante este último como persona jurídica, sino ante la cabeza del fiduciario y sobre los bienes del fideicomiso.

III.- 3) Beneficiario

Por otra parte, el beneficiario es a favor de quien se ha constituido el contrato, es quien tiene derecho a percibir lo producido o a usar los bienes fideicomitidos durante la vigencia del acuerdo. Es de importancia resaltar que puede ser una persona jurídica o física, que puede existir o no al momento de celebrar el contrato. En caso de que no exista a tal momento, deben constar los datos que permitan su individualización en el futuro (artículo 1671). No solo es necesario esto último, sino también la aceptación por parte de este sujeto, ya que como dice Moisset de Espanés: *"Para que pueda recibir el beneficio es menester que lo acepte. Aunque haya habido una estipulación en favor de un tercero, si éste no la acepta, no será el destinatario de los beneficios."*[502]

El Código introduce algo que no se encontraba en el régimen derogado: si se designan varios beneficiarios se benefician por igual, salvo estipulación en contrario.

III.- 4) Fideicomisario

Por último, el artículo 1672 describe al fideicomisario, que es a quien se le transmite la propiedad de los bienes fideicomitidos al finalizar el fideicomiso. Nuestra ley realiza una distinción entre el beneficiario y el fideicomisario, los cuales pueden encontrarse en cabeza de una misma persona o no.

502 MOISSET DE ESPANES, LUIS, "Contrato de Fideicomiso", REVISTA DEL NOTARIADO (número extraordinario), Buenos Aires, mayo de 1995, p. 67.

Sobre este último sujeto, nos expresaremos a continuación al abordar la prohibición de desarrollarse como fiduciario.

III.- 5) Fiduciario en el rol de fideicomisario.

El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 1671, primer párrafo in fine establece que el fiduciante puede ser beneficiario y en el artículo 1672, tercer párrafo aclara *"No puede ser fideicomisario el fiduciario*". Frente a ello, cabe realizar un análisis de la situación.

Los argumentos de la posición doctrinaria que no admitía el doble rol de fiduciario y beneficiario, se basaban en *"a) Va contra la lógica jurídica; b) Es contrario al sentido económico y funcional de la figura; c) Es contrario al deber de lealtad del fiduciario; d) Es una fuente potencial de conflictos de intereses y abusos por parte del fiduciario; e) Salvo por su remuneración, el fiduciario es propietario imperfecto en "interés ajeno" y no en "interés propio". Se estaría contradiciendo la definición del art. 1666 CCyC, en la que se expresa, respecto del fiduciario, …"quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamado beneficiario…"; f) Es absurdo que el fiduciario se rinda cuentas a sí mismo; g) Al fiduciario le está prohibido adquirir para sí los bienes del fideicomiso; h) Por su función y naturaleza el fiduciario no figura en la cadena de reemplazos por ausencia, vacancia o negativa de aceptación de las demás partes del contrato; i) Las desventajas superan en exceso las pocas ventajas, sin que esta - social y económicamente - sean significativas."*[503]

Si dicha postura resultó de la minoría y con el nuevo Código se establece la posibilidad de que el fiduciario sea a la vez beneficiario, ¿porque no también fideicomisario? ¿Cuales serian los nuevos fundamentos, diferentes a los nombrados, para que no se permita el doble rol o triple rol de fiduciario - fideicomisario, fiduciario beneficiario - fideicomisario?

Nuestra postura se direcciona a plantear la posibilidad de doble o triple rol del fiduciario en el contrato de fideicomiso, ya que habiendo superado las ideas que se encontraban en contra del doble rol fiduciario-beneficiario, en la misma dirección se encuentra la postura de la posibilidad de que el fiduciario sea al mismo tiempo fideicomisario. Otorgando de esta forma, funcionalismo al desenvolvimiento práctico en la utilización de la figura jurídica del contrato de fideicomiso. Porque si el fiduciario puede recibir todos o parte de los beneficios derivados de los bienes fideicomitidos, ¿porque no la transferencia de los mismos? En los casos de fideicomisos de inversión/inmobiliario, donde se realiza la construcción de obras, y se desea pactar la retribución del fiduciario con la entrega de uno de los inmuebles que se construyen en vez de pactar un monto en dinero, no se podría realizar con el sistema vigente. Por ende, dicha prohibición nos resulta innecesaria, y en caso de considerarse una postura demasiado amplia, se pueden plantear excepciones a dicha regla general, como el caso del ejemplo anterior.

III.- 6) Fideicomiso entre cónyuges

Se debe tener especial cuidado a la hora de constituir un fideicomiso en donde intervienen ambos cónyuges que se encuentran bajo el régimen de comunidad de bienes, a los efectos de evitar complicaciones a la hora de inscribir el contrato, transferir los bienes y evitar planteos de nulidad que generen responsabilidad futura.

503 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, Tratado de Fideicomiso - Código Civil y Comercial de la Nación - Tomo I – 4ta edición actualizada y ampliada, 2017, pág. 87,88.

El artículo 1002, inc. d. del C.C.C.N. prohíbe el contrato de cónyuges entre sí al establecer: *"Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: … d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí."*

El dictamen de la Comisión Bicameral brinda un breve fundamento diciendo: *"La eliminación de la prohibición de contratar entre cónyuges propicia conductas fraudulentas. El fin principal de la prohibición es tratar de evitar los fraudes a los acreedores de alguno de los cónyuges, por lo que sugiere su inclusión".*

A nuestro parecer, en consonancia con Kiper y Lisoprawski, es una explicación totalmente exagerada ya que los derechos de los acreedores se protegen mediante la normativa que regula el fraude y la simulación. Estamos frente a una reglamentación que se prohíbe con el único fundamento de evitar el fraude, siendo que como ya dijimos, para eso se encuentra una normativa específica. No sería correcto regular pensando en las personas que van a transgredir las leyes, sino apuntando a la naturaleza de las figuras jurídicas y su necesidad jurídica y práctica, dejando de lado la posibilidad de incumplimientos, que tienen su regulación en caso de suceder. Es decir, si los cónyuges deciden realizar un contrato de fideicomiso en el cual ambos intervengan, no se debería prohibir por el solo hecho del miedo al fraude. Debe ser con real fundamento, de acuerdo al tipo de contrato de que se trate. En este caso, nos referimos específicamente al contrato de fideicomiso. En el cual se debería realizar una distinción, de acuerdo al rol que ocupen los cónyuges en el mismo para terminar si se vulnera el régimen patrimonial.

En el supuesto de que los cónyuges sean fiduciante y fiduciario en un contrato de fideicomiso, es similar a un mandato, en donde uno de los cónyuges se compromete a administrar la propiedad fiduciaria en beneficio de un tercero. Debería analizarse cada caso concreto para determinar si se afectan derechos de terceros o no, pero estamos hablando de un traspaso de bienes de manera temporaria, donde se transmite un dominio imperfecto. Por otro lado, si son fiduciante y fideicomisario, aquí la transferencia es final, dominio perfecto; lo cual se encuentra prohibido expresamente por la ley. En cambio, si en un mismo contrato ocupan el rol de fiduciario y beneficiario o fideicomisario, es el caso en el cual un tercero (fiduciante) transmite bienes al fiduciario (cónyuge) para que lo administre a favor del beneficiario y los transfiera a nombre del fideicomisario. Pudiendo el otro cónyuge ocupar el lugar de beneficiario, fideicomisario o ambos. En este caso, uno de los cónyuges es un mero administrador de los bienes, por lo cual no se vería alterado el régimen patrimonial del matrimonio. Por ello, no encontramos impedimento a que participen en un mismo contrato bajo dichos roles.

IV. OBJETO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO

Como se dijo anteriormente sobre el objeto de este negocio jurídico, no debe confundirse el objeto del contrato de fideicomiso, que puede comprender toda clase de derechos patrimoniales, con el dominio fiduciario que pueda resultar de él que sólo puede recaer sobre cosas.

El fideicomiso conforme lo establece el artículo 1667, inc a y b, puede recaer sobre toda clase de bienes, presentes o incluso futuros, determinados (aquellos en que se precisa con exactitud al tiempo de la celebración del contrato) o determinables (aquellos donde se debe dejar constancia de la descripción de los requisitos y características que deben reunir estos bienes, identificando su especie aunque no se haya realizado su individualización o no se hubiera especificado la cantidad), dentro del comercio. Resulta útil indicar el lugar en que se encuentran, o si se trata de una cuenta

bancaria, que se le dé la denominación fiduciaria.[504] Puede comprender bienes muebles o inmuebles.

Molina Sandoval sostiene que "*en materia fiduciaria el objeto tiene, a diferencia de los contratos de cambio, naturaleza especial (funcional), y que se trata de un objeto de ejercicio continuado derivado de las características particulares del negocio fiduciario, consistiendo en esencia en la transmisión fiduciaria de un determinado bien para su ejercicio por el fiduciario en beneficio de otro sujeto (beneficiario).*"[505]

La transmisión del dominio no es posible sobre cosas que no estén debidamente individualizadas, según el derecho real. No obstante, en el ámbito de los derechos personales esto no es un impedimento, pues incluso los créditos futuros pueden ser cedidos.

V. FORMA DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO.

El C.C.C.N., a diferencia de la ley 24.441, trata expresamente la forma que debe tener el contrato de fideicomiso. El artículo 1669 dispone: "*El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso*."

Primero, podemos vislumbrar la obligatoriedad de inscribir el contrato. La normativa es bastante genérica, no específica cuál es el Registro Público que corresponde, si es uno que ya existe o la necesidad de crear uno para dichos fines, independientemente de ello, en la práctica en la provincia de Córdoba se ha resuelto inscribir los contratos de fideicomiso en el Registro Público, iniciando el proceso en la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas. La cual dictó la Resolución del 06/10/2015 diciendo *"... IV) Que otra cuestión sobre la cual hay que adoptar criterio es en relación al contrato de FIDEICOMISO en cuanto el Art. 1669 del C. Civ. y Com. exige que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda. Que, ahora bien, está claro que deberá crearse un Registro específico para los fideicomisos, la cuestión pasa por develar en qué órbita de la Administración Pública va a funcionar tal registro. Que al no aclarar la mencionada norma (art.1669 C.C.C.N.) cuál es el registro correspondiente, si es uno ya existente o a crearse en el futuro, no puede esta área de estado reglamentar sobre ese punto, ya que sería arrogarse facultades legislativas, lo cual resulta inconstitucional. Que, por otra parte, conforme la enumeración emanada del Art.148 del Código Civil y Comercial, el Contrato de Fideicomiso no crea una persona jurídica, como para considerar una ampliación de la competencia registral de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas sobre ese punto. Que nada obsta a lo considerado precedentemente, el hecho de que la Inspección General de Justicia de la Nación mediante Resolución 07/15 haya tomado a su cargo la inscripción en el Registro Público; ni resulta vinculante como antecedente válido; toda vez que, la competencia registral es competencia de las Provincias, y al ser la Dirección la que regula la actividades inherentes a las Personas Jurídicas, se entiende que es incompetente para disponer la inscripción de*

504 Conf. PUERTA DE CHACÓN, A., "El dominio fiduciario en la ley 24.44. ¿Nuevo derecho real?".
505 MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., El fideicomiso en la dinámica mercantil, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 71.

dicha figura, siendo susceptible de inscripción por ante el Registro General de la Provincia o en su defecto en el registro a crearse por ley que se dicte a tales efectos."

Kiper y Lisoprawski no dejan de lado el tema de la confidencialidad de la información que contienen los contratos de fideicomisos, remarcando que la divulgación de los mismos podría afectar al negocio en cuanto a su privacidad. Existiendo en la actualidad un régimen de libre acceso a la totalidad de los contenidos del contrato, siendo que existen multiplicidad de motivos lícitos por los cuales los sujetos que forman parte del mismo quieren mantener su confidencialidad, o algunos de sus contenidos. Posibilitando de esta forma convertir en inconveniente la figura del fideicomiso, ya que deja de ser un negocio personal reservado.[506]

Dicha imposición por parte del C.C.C.N., genera a nuestro entender un control excesivo, invasivo y poco claro, causando inseguridad en las partes del negocio, provocando muchas veces la decisión de adoptar otra figura jurídica que no sea exactamente la que necesitan, pero que les otorgue mayor certeza, privacidad, menos demoras y costos.

Podemos decir que la propiedad fiduciaria se adquiere una vez que se inscribe el bien mueble en el Registro correspondiente y cuando se trata de un inmueble al momento de la tradición, siendo oponible a terceros a partir del momento de la inscripción en el Registro.

"Pensamos que la inscripción del contrato de fideicomiso, especialmente cuando se trate de cosas registrables, solo servirá para darles más publicidad y, en definitiva, para en su caso valorar la buena o mala fe de un tercero. No vemos mucho más que esto ... Cuando se trate de cosas no registrables, según el Código la tradición es la publicidad, de modo que llegamos a la misma conclusión."[507]

V.- 1) Obligatoriedad de instrumento público en el nuevo Código.

El C.C.C.N. sostiene que el fideicomiso puede celebrarse por instrumento público o privado, salvo en el caso en que se trate de bienes cuya transmisión se debe realizar por instrumento público. Si no se cumple, valdrá como promesa de otorgarlo. Al realizar dicha aclaración, se estaría permitiendo que el contrato se realice por instrumento privado, por más que deba realizarse por instrumento público, permitiendo que luego, al momento de realizar la escritura de transmisión del bien en cuestión, se transcriba en el mismo el contrato.

Por ende, no sería un requisito esencial que el contrato se celebre por instrumento público, cuando se trate de bienes cuya transmisión se deba realizar por este medio. Además, no hay que confundir, si el contrato se celebra por instrumento público no implica que luego las adendas deban ser realizadas también por éste, ya que las mismas perfectamente pueden ser por instrumento privado.

El artículo no establece cuales son los efectos de la registración, pero la Doctrina entiende que son declarativos, ya que brinda oponibilidad frente a terceros, de la constitución de un patrimonio separado de las partes, de los plazos, de las cláusulas limitativas de las facultades que tiene el fiduciario, de los mecanismos de decisiones, las causales de extinción, los modos de liquidación, etcétera.

506 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, Tratado de Fideicomiso - Código Civil y Comercial de la Nación - Tomo I – 4ta edición actualizada y ampliada, 2017, pág. 115.

507 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, op. cit., pág. 122.

VI. PATRIMONIO FIDUCIARIO

Uno de los elementos característicos y distintivos del fideicomiso es, sin lugar a dudas, el patrimonio fiduciario. Cuando hablamos del mismo, necesariamente debemos conectarlo y diferenciarlo del *dominio fiduciario.* El artículo 1701 del C.C.C.N. define al dominio fiduciario como el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley. Este concepto debemos corresponderlo con el sistema de *separación patrimonial* que introduce el nuevo Código en el artículo 1685 al rezar *"los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario…"*, implicando que el fiduciario tendrá un patrimonio común y universal, destinado a responder ante sus propios acreedores (la famosa "prenda común de los acreedores") y uno o más patrimonios especiales y de afectación (como tantos contratos de fideicomiso encabece), totalmente separados, una universalidad de bienes, que responden a los acreedores del fideicomiso, siendo el "patrimonio fiduciario", que este sujeto administra legalmente.

La novedad del "patrimonio de afectación" es de vital importancia, ya que, sin el reconocimiento jurídico del mismo, era de difícil utilización el contrato de fideicomiso. La ventaja era evidente: aislar los activos comprometidos, de la suerte que pudieran sufrir los patrimonios propios, a los fines de evitar que se frustre el negocio por cuestiones ajenas, de terceros interesados sobre los mismos, era decisivo a la hora de buscar que efectivamente el fideicomiso se desarrolle y concluya de manera satisfactoria.

Corresponde agregar que, en consonancia con lo expuesto, el artículo 1686 del

C.C.C.N. expresa que los bienes quedarán exentos de toda acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario, y que tampoco podrán agredir esos bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, salvo la acción por fraude o ineficacia concursal.

El artículo 1687 también reafirma el principio de separación patrimonial, al prescribir que los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. Esto implica claramente, que los acreedores del fideicomiso tendrán como prenda común los bienes del negocio fiduciario, no pudiendo extender sus pretensiones al patrimonio del fiduciario. Es por ello que se hace hincapié en el obrar diligente y claro como administrador, por parte del fiduciario, ya que como sostiene Fernando R. Mantilla *"...es importante que los terceros puedan conocer en todo momento cuáles bienes pertenecen al patrimonio del fiduciario y cuáles al patrimonio fideicomitido [...] por razones de seguridad jurídica, en caso de duda, frente a terceros, se presumirá que el bien pertenece al patrimonio propio del fiduciario."*[508]

La distinción entre los patrimonios tiene una implicancia directa sobre la limitación de la responsabilidad, ya que el fiduciario, conforme las obligaciones pertinentes del fideicomiso, no es responsable por las obligaciones imputadas a la ejecución del contrato de fideicomiso, salvo en caso de acción de fraude, donde los acreedores del fiduciante respecto a la transferencia fiduciaria, pueden afectar bienes más allá de los fideicomitidos. Esto se sostiene porque, *"El fiduciario tiene*

508 MANTILLA, FERNANDO R., Una introducción al fideicomiso, JA 1995 -B, p. 791.

una sola personalidad (física o jurídica), y tendrá tantos patrimonios separados o afectos a una finalidad, como contratos de fideicomiso suscriba, amén de su - único - patrimonio universal."[509]

Respecto de todo lo expresado anteriormente, el fideicomiso se caracteriza por el principio de separación patrimonial y cuenta con una modalidad de dominio imperfecto, donde los bienes del negocio pasan a formar parte del patrimonio fideicomitido con carácter "transitorio" hasta su posterior transferencia de dominio perfecto, conforme lo estipulado en el contrato. Es por ello que el traspaso del dominio fiduciario resulta como una vía para facilitar el desarrollo del negocio al que se encuentra supeditado ese dominio.

VII. EXTINCIÓN DEL FIDEICOMISO

Debemos hacer distinción entre lo que es la extinción propia del contrato y la extinción del dominio fiduciario. La extinción del contrato es lo que provoca el fin del dominio fiduciario sobre los bienes objeto del mismo; situación que se da con la tradición de la cosa o con la inscripción registral en caso de bienes registrables. Hecha la aclaración ut supra, desarrollaremos las causales de extinción previstas.

En primer lugar, el artículo 1697 del C.C.C.N. su inc. a) establece que se extinguirse por el cumplimiento del plazo o condición, circunstancias que pueden coexistir y no se eximen entre sí. Esta causal configura una extinción típica o normal. Debe tenerse en cuenta lo mencionado anteriormente acerca de que el plazo máximo que puede durar son 30 años, y en caso de estipularse uno mayor, se considerará este máximo previsto.

También, es importante destacar en cuanto el plazo que: "*Si en un contrato de fideicomiso se especifica que el mismo tendrá una duración determinada, se extingue por cumplimiento de ese término (…) produciéndose la mora automática, puesto que existe un plazo cierto que torna operante lo dispuesto por el Código Civil art. 509 (…*)"[510]

El artículo 1697 del C.C.C.N. en su inc. b) reza: *"la revocación del fiduciante, si se le ha reservado expresamente esa facultad, la revocación no tiene efecto retroactivo"*.

Este efecto de la revocación debe interrelacionarse con lo dispuesto por el artículo 1705 del C.C.C.N., ya que la revocación del dominio fiduciario no surte efectos sobre actos ya realizados por el fiduciario, a excepción de los que queda fuera de las estipulaciones contractuales y de su finalidad, y que el adquirente carezca de buena fe y título oneroso. Entonces, citando a la Doctrina *"No se trata de estrictamente de una 'revocación' en sentido técnico porque no deja sin efecto lo acordado por la partes, sino hacia el futuro."*[511] Lo que refiere a salvedades amplias de diferentes actos y no solo los de disposición.

Por último, el inc c) enuncia la posibilidad de que se prevean causales contractualmente.

VII.- 1) Liquidación

El C.C.C.N. regula que, ante la insuficiencia del patrimonio fiduciario para responder a sus obligaciones, la solución será la liquidación de los bienes. Más allá de lo dispuesto por el artículo 1687, donde se prevé esta solución extrema y salvo algún mecanismo acordado expresamente en

509 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, op. cit., pág. 71.

510 C. Nac. Com., Sala C, sent. Del 26/03/1999, "Fernández, Jorge v. Cía Financiera Universal S.A. s/ ordinario"; Magistrados: Di Tella, Caviglione Fraga. Sumarios Lexis N° 11/29198.)

511 CLAUDIO M. KIPER Y SILVIO LISOPRAWSKI, op. cit., pág. 105.

el contrato, el régimen no nos brinda un proceso o esquema liquidativo, lo que genera un vacío normativo.

Tanto durante la vigencia de la Ley 24.441 como actualmente con el C.C.C.N., se mantiene esta laguna acerca de qué sucede con el patrimonio fiduciario al extinguirse el contrato, ya que no se establece si esa masa separada se disuelve e integra con el patrimonio propio del fiduciario o si bien, se mantiene separado y diferenciado.

Lo que nos lleva a la existencia de una brecha temporal entre el momento que culmina el contrato y el momento efectivo donde se transmiten efectivamente los bienes. Este tiempo va a depender del tipo de bienes objeto de fideicomiso. Sostienen Junyent Bas y Molina Sandoval "... *el proceso de extinción no puede ser automático, sino que debe ser gradual, si se tiene en cuenta que puede haber acreedores impagos o estar pendiente el cumplimiento de alguna obligación acordada."*[512]

La Doctrina opina, y creemos en su acierto, en que es diligente la preservación del patrimonio fiduciario separado del propio del fideicomisario. La extinción del contrato no produce "ipso iure" la desaparición de la separación de ambos patrimonios.

La normativa impone la siguiente obligación al fiduciario en el artículo 1698: "*Producida la extinción del fideicomiso el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, a otorgar los instrumentos y a contribuir a las inscripciones registrales que correspondan".* El fiduciario queda constituido como tenedor de los bienes durante este proceso de entrega al fideicomisario.

La falta de previsión normativa de un proceso "liquidativo" llegado el momento de extinción o de alguna otra alternativa para afrontar la insuficiencia de bienes, genera ciertas discusiones acerca de qué papel juega el fideicomisario en esta etapa que podemos llamar de transición hasta la entrega de los bienes al fideicomisario y cuales son las pautas a seguir, ya que solo se regulan obligaciones genéricas en cabeza del fiduciario.

VIII. CONCLUSIÓN.

No caben dudas sobre ciertos avances en el régimen del fideicomiso a la luz de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Su tratamiento como un contrato típico ha zanjado algunos de los vacíos o lagunas que guardaba la Ley 24.441, aunque habiendo profundizado en diferentes aspectos del mismo a lo largo de este trabajo, denota que aún carece de aristas que marcar.

Vemos que el C.C.C.N. brinda la posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario, y como ya enunciamos, alude a la superación de la antigua discusión sobre el doble rol fiduciario-beneficiario. Sin embargo, en el mismo cuerpo legal se impone la prohibición de que el fiduciario pueda constituirse como fideicomisario, lo que se nos hace paradójico y nos hace concluir en que la normativa resulta contradictoria en cierto punto.

También hemos analizado las diferentes alternativas que puedan darse al constituirse un fideicomiso entre cónyuges y qué pasaría al ocupar estos diferentes roles: fiduciante - fiduciario; fiduciario - beneficiario o fideicomisario. Sostenemos que la prohibición del artículo 1002 del C.C.C.N., es extremista y rigurosa. Nos encontramos frente a un truncamiento normativo sin otro

512 JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., Bases para una reforma del régimen del fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción. LL 2007-C-782 del 27/4/2007.

motivo que no sea el temor a fraude o simulación.

La forma del contrato, en particular la obligatoriedad de que sea otorgado por instrumento público, fue motivo de investigación dada las dudas acerca de qué interpretación debe darse a este articulado. En un sentido más práctico, además, hemos resaltado en ese punto las desventajas que a nuestro parecer, implica la obligación de registración en el Registro correspondiente. El artículo que reza sobre la forma del contrato es poco claro y ha sido objeto discusión, a raíz de una falencia legislativa en su redacción.

Estos, consideramos que son algunos de los aspectos más trascendentales del contrato de fideicomiso que aún requieren de un tratamiento legislativo más claro y con menor rigor.

Es inminente que todavía nos encontramos en el reconocimiento e inspección de esta figura. Los aspectos teóricos y prácticos no están del todo claros, lo que nos genera incertidumbre y sobre todo inseguridad. Pero a pesar de las dificultades que sigue teniendo el fideicomiso, los avances normativos hasta hoy logrados deben ser remarcados ya que este contrato es un medio útil para los negocios económicos y la vida empresarial.

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO. LA PERSONA JURÍDICA FIDUCIARIA

Agustín MARTÍNEZ PLINIO

Resumen: El presente, a manera de resumen, refiere a la fundamentación histórica y doctrinal de la figura del fideicomiso, su fuente contractual y la centralidad de la figura del Fiduciario. A su vez, respecto la persona jurídica se busca dilucidar sus orígenes y naturaleza jurídica en la legislación anterior, la actual y el derecho comparado. Finalmente se desarrollan las vicisitudes que pueden darse ante el nombramiento de una persona jurídica como fiduciario de un fideicomiso ordinario.
Palabras Clave: Fideicomiso- Fiduciario- Persona Jurídica- Contrato- Sociedades

Abstract: The present paper, summing it up, refers to trusts, as a legal figure, with its historical and doctrinal grounds; Contracts as its main source and the centrality of the Trustee as a part of the contract. Besides, Regarding the legal person, it seeks to elucidate its origins and legal nature in the previous legislation, the current one and the comparative law. Finally, the vicissitudes that can occur upon the appointment of a legal person as a trustee of an ordinary trust.
Key Words: Trust - Trustee- Legal Person - Contract- Corporations

INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente se intentará dar una noción, tanto histórica como actual, de la figura del fideicomiso y de la persona jurídica como tal.

El principal objetivo será entender el porqué de la expansión del fideicomiso en los distintos ordenamientos jurídicos y como un ente colectivo llegó a ser una opción valedera como figura central del mismo pudiendo, incluso, ser nombrada como fiduciario.

En un primer momento se tratarán los fundamentos históricos del fideicomiso. Su nacimiento, su evolución y su forma de impregnar las legislaciones, sobre todo las europeas y americanas. A la par, se buscará indagar en los fundamentos filosóficos y en los antecedentes de la persona jurídica en sí misma. Bien sabido es que tanto sus orígenes como su naturaleza jurídica han sido ampliamente discutidos a lo largo de la historia.

Siendo el Fideicomiso una figura ampliamente comentada, se intentará desarrollar las diversas posiciones doctrinales que lo rodean y hacer un análisis de su situación legislativa actual.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación tuvo implicancias directas tanto en materia de fideicomiso como en materia de persona jurídica. Contamos ahora con una legislación específica relativa a un contrato típico cuál es el fideicomiso y, además, se legisló ampliamente en materia de Persona Jurídicas dejándose establecido un verdadero régimen general.

La realidad del tráfico jurídico mercantil propició a la utilización de personas jurídicas como fiduciarias por lo que se buscará explicar las vicisitudes de dicha designación. Para ello, habrá que adentrarse en cuestiones relacionadas a la materia societaria y comercial persiguiendo así vincularla al tema en cuestión. Especial importancia revisten las situaciones particulares que pueden sucederse si se opta por esta vía.

Respecto a la figura del fiduciario, parte central y objeto de la presente, se referirá a su designación, sus funciones y responsabilidades para, finalmente, determinar también las causales del cese de su función.

La temática reviste, a mi parecer, gran importancia por cuanto la figura del fideicomiso es ampliamente utilizada en el tráfico jurídico por lo que debemos considerar todo aporte para su esclarecimiento de suma utilidad.

CAPÍTULO PRIMERO: LA FIGURA DEL FIDEICOMISO.

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

1.1. El Derecho Romano

Bien sabido es que la "figura jurídica" del Fideicomiso remonta su origen al derecho romano siendo esencialmente un instituto basado en la confianza, la cual incluso le provee su nombre. Hablamos de una figura y/o instituto ya que, de acuerdo al momento histórico, el ordenamiento jurídico aplicable y la doctrina en la que nos enrolemos puede ser considerado un acto unilateral, un contrato, un patrimonio de afectación y/o una persona jurídica, entre otros.

En el Derecho Romano la fiducia, es decir la confianza, en la persona designada revestía trascendental importancia siendo incluso esencial para el acto. En sus comienzos no existían acciones tendientes al cumplimiento de la manda dada al fiduciario al que se le otorgaba un verdadero derecho real, por lo que resaltaba a todas luces la necesidad de contar con la buena fe del administrador constituyendo el cumplimiento un deber moral. El paso del tiempo revistió al instituto de ciertas formalidades tales como controles consulares y pretorianos.

Desde sus albores podemos identificar y/o diferenciar al instituto como acuerdo de voluntades o como una manifestación unilateral de voluntad. El derecho romano conoció ambas, teniendo implicancias en materia sucesoria también.

En sus inicios, la "garantía" fiduciaria venía de la mano de la entrega de la cosa lo cual generó grandes abusos por parte de los acreedores, sobretodo cuando enajenaban el bien a terceros sin que el deudor tuviera acción persecutoria. Este "pactum fiducia" recibió el nombre de "fiducia cum creditore".

En paralelo a dicho pacto encontrábamos otro acuerdo de voluntades, denominado "fiducia cum amico" centrado ya más en el criterio de la confianza depositada en el administrador. Así, una parte, encomendaba a otra, por ejemplo, la administración de sus bienes. El acuerdo se formalizaba solo entre partes y el mismo no era conocido por terceros contratantes sobre los bienes encomendados en administración. Resultaba de suma utilidad para aquellas personas que se ausentaban de un lugar determinado y necesitaban que quien tuviera la manda de cuidar de sus bienes pudiera actuar con cierta libertad de acción. ROSENFELD destaca los inconvenientes que presentaba la figura: *"... al permanecer oculta la convención que limitaba las atribuciones del fiduciario, permitía la comisión de abusos que los contratantes de buena fe no estaban en condiciones de advertir…"*[513] Como vemos se necesitó del paso del tiempo para pulir ciertas conductas abusivas. Indudablemente, la figura revistió una importancia tal que llegó hasta nuestros días con conceptos similares, aunque con un alcance inimaginable para el ordenamiento jurídico romano.

513 Rosenfeld, Carlos. "Antecedentes históricos del fideicomiso" -1998-revista Verba Iustitiae. Revista De La Facultad De Derecho De Moron Nro. 7, Pág. 109 Universidad De Morón Id Saij: Dacf000121

En paralelo, tomaba relevancia el *fideicommisum* cuya causa fin residia en el beneficio a una persona luego de producida la muerte del causante. Dicho beneficiario, probablemente, carecía de capacidad para ser instituido heredero. El estipulante encargaba a un heredero la ejecución de la manda que consistia en la entrega de una cosa. Tal como sucedía con los pactum, en un principio las acciones le fueron negadas a los beneficiarios, siendo un mero deber moral el cumplimiento.

En el tema que especialmente nos compete, no existe aún en Roma una formada idea de persona jurídica y es la piedra troncal del fideicomiso la confianza en una persona física, aspecto que se desarrollará más adelante.

1.2. El Derecho Anglosajón.

El Derecho Anglosajón supo nutrirse del ordenamiento jurídico romano dándole un papel fundamental a la figura y otorgándole una impronta propia.

El denominado *"trust"* tuvo en realidad un precursor conocido como *"uses"*, estos últimos surgieron como una respuesta social ante presiones fiscales, clericales y/o feudales y se tradujo en la necesidad de proteger la propiedad o lograr transmitirla pese a los impedimentos vigentes en cada época y lugar. Evoluciona pasando a ser una figura con fines múltiples.

Coincide con su antecesor en los elementos y características que revestía, es decir, la buena fe y la confianza continuaban en su rol de pilares fundamentales.

Una parte transmitía a otra parte, o cedía sus derechos sobre, por ejemplo, una heredad tratando de evitar una confiscación o buscando una sustitución sucesoria, etc. Quedando en manos de nuevo propietario respetar el uso del beneficiario.

El derecho inglés, intentando superar su extremo rigorismo medieval, vio surgir un segundo sistema en que se recurre a la cancillería en búsqueda de una justa solución a los conflictos generados por el derecho común. La cancillería comienza a aplicar el *"equity"* en sus resoluciones dando un manto de protección al beneficiario.

Así las cosas, el dualismo permitió se apacigue la situación y se ponga un cierto control sobre el uso abusivo de la figura. KIPER Y LISOPRAWSKI[514] marcan que la función de la cancillería era *"...morigerar los efectos del use, su cumplimiento no dependio ya de la conciencia del feoffee to use sino que el canciller podía compelerlo a cumplir sus obligaciones…"* se creaba entonces una dualidad en materia de propiedad, así el derecho del titular propiamente dicho, regido por el derecho común y la del beneficiario amparada por la *equity law*.

La situación bifronte deviene en la sanción del reconocido *"statute of uses"* que termina por reconocer al beneficiario como el verdadero propietario. Bilvao Aranda explica *"...cuando una persona tenía una heredad en provecho de otra, use, trust, a la persona llamada a recoger los frutos y ventajas de la heredad se la reputo legalmente posesionada de esta heredad, mientras que antes no tenia mas que el disfrute…"*[515].

Comienza así a reconocerse y/o equipararse el *Use* al *Trust*. Las decisiones judiciales se entremezclan. Primero se limita la aplicación del statute of uses a través del trust, luego se

514 KIPER, Claudio M. - LISOPRAWSKI, Silvio V.- Tratado de Fideicomiso- Tomo I. Tercera edición.Pág. 5. Ed. Abeledo Perrot año 2012

515 BILVAO ARANDA, Facundo M. El contrato de Fideicomiso Inmobiliario en la Argentina. Ed. Abeledo Perrot. Pag 19. año 2012.-

considera que el trust se circunscribia a negocios de importancia para concluir en una recopilación de dichas resoluciones en un único acto.

El Fideicomiso anglosajón comienza entonces a ser una herramienta de uso generalizado, con infinidad de objetivos y en el cual terminan abrevando (en parte) las legislaciones latinoamericanas.

1.3 El Derecho Europeo.

Las legislaciones europeas occidentales, sobretodo en momentos decisivos como el de la codificación decimonónica, optó en su mayoría, por dejar de lado la figura del fideicomiso como hoy la conocemos. Fundamentalmente el rigorismo respecto el carácter absoluto de la propiedad y el concepto de patrimonio influyeron en la decisión. Otro factor determinante fue el intento del legislador del momento de evitar grandes concentraciones de riquezas echando mano a sustituciones fiduciarias.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que surge la necesidad de su incorporación, incluso varios países europeos suscriben en La Haya en el año 1985[516] convención referida, entre otros temas de derecho internacional privado, a los fideicomisos y sus efectos. La realidad posterior mostró que numerosos ordenamientos jurídicos y compañías inversoras internacionales utilizaban el formato trust por lo que era menester compatibilizar los principios jurídicos de las legislaciones continentales europeas y la figura sajona del trust.

El emblemático Código Civil Francés, pese a que existían en siglos anteriores aplicaciones particulares del fideicomiso romanista, optó por descartar la figura del fideicomiso. Expresamente se consignó la prohibición de sustitución fiduciaria en el mismo.

Los cambios sucedidos en la europa del Siglo XX, por los motivos ya expresados más arriba, junto con una necesaria actualización del código napoleónico, culminan en una reforma al mismo que introduce de manera expresa la figura. Respecto el objeto del presente, justamente se centra fundamentalmente su art. 2015 en la persona jurídica como fiduciaria del mismo.

En Italia también el codificador optó por excluir al Fideicomiso. En un proceso similar al francés, suscribe el convenio de La Haya, que ratifica y lo hace derecho interno en el año 1992. En paralelo crea una figura jurídica denominada *"trust interni*" que permitía la creación de fideicomisos radicados en Italia mas regidos por la ley extranjera. La práctica contractual fiduciaria se expandió en dicho país de manera generalizada, doctrina y jurisprudencia son contestes en aceptar que la persona fiduciaria puede ser tanto física como jurídica.

El derecho alemán nunca estuvo ajeno a las disposiciones relativas al fideicomiso. Pese a no estar expresamente regulado en el BGB[517], el derecho alemán trató detalladamente el tema sobretodo a través del reconocido *"Treuhand"* que divide el derecho de propiedad e impone al derecho adquirido una condición resolutoria.

516 Define en su art. 2.: "For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics. a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate. b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust."

517 Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil Alemán.

En resumen, y habiendo desarrollado sólo una breve reseña, podemos observar como la figura del fideicomiso penetra de distinta manera en las legislaciones de cada país europeo en particular. Varios estados han intentado repelerlo, otros tomaron en camino de legislarlo de manera expresa y en una tercera concepción intentaron contenerlo, pero solo por la realidad del comercio internacional. Coinciden los ordenamientos en permitir, incluso en algunos casos promover, que la figura del fiduciario recaiga en una persona jurídica.

1.4 El Derecho Latinoamericano.

Similar al proceso europeo, la legislación latinoamericana (de base romanista) chocó en un principio con la idea del trust anglosajón. No podía concebirse un derecho de propiedad que careciera del carácter de perpetuidad y/o exclusividad.

Históricamente Latinoamérica, casi en su totalidad, se volcó en la búsqueda de un intercambio comercial con Estados Unidos. La legislación americana, parte del common law, se respaldaba en reiteradas oportunidades en la figura del trust por lo que comenzó a gestarse un cambio primeramente en el derecho comercial, cuya base consuetudinaria es cambiante.

Méjico y Panamá son los estados más influidos a principios del Siglo XX por estas prácticas lo que lleva a los panameños a ser el primer ordenamiento jurídico latinoamericano en incorporarlo con características propias. Señalan Kiper y Lisoprawski[518] que fue gracias a Ricardo Alfaro, reconocido doctrinario de nacionalidad panameña, que se sientan las bases para un concepto de "fideicomiso latinoamericano".

Son contestes los autores en admitir que existe una conjugación de los principios del fideicomiso romano y el anglosajón que han creado una figura que, a grandes rasgos, puede diferenciarse de ambos creando una nueva concepción.

La figura tomó relevancia en la primera mitad del Siglo XX, momento en el cual se lo circunscribe a actividades bancarias que buscaban el fomento del comercio, sobretodo en Méjico.

Como caracteres comunes pueden resaltarse la creación de patrimonios separados, la constitución por acto unilateral o contractual y la necesidad de que se tenga un objeto-fin a lograrse.

Respecto al fiduciario, la persona jurídica es troncal en prácticamente todas las legislaciones persiguiéndose que sociedades comerciales y entidades financieras o profesionales se dediquen profesionalmente a la tarea del administrador.

2.- EL FIDEICOMISO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

2.1- El Código Civil. La ley 24441.-

El codificador no dedicó grandes consideraciones en materia de fideicomiso, limitándose a prohibir las sustituciones fiduciarias y a incluirlo como una especie de "dominio imperfecto" atento su revocabilidad. El tan comentado art. 2662 generó las más diversas construcciones doctrinarias. Salas y Trigo Represas, glosando dicho artículo, sostenían a modo de ejemplo *"...la garantía*

518 Op. citada

mediante la venta de un terreno con pacto de fiducia no está admitida en nuestro derecho, sin que pueda hacersela revivir en virtud del principio de libertad contractual - 1197- ….”[519].

Por su parte, Molina Sandoval, sostuvo que previo a la vigencia de la ley especial ya se podía libremente constituir dominios fiduciarios. Mariani de Vidal, en la misma linea, planteaba la posibilidad de su constitución, aunque aclaraba *“...el fideicomiso sólo puede crearse por actos entre vivos y relativamente a cosas determinadas. Están prohibidos los fideicomisos universales y los establecidos por actos de última voluntad...”*[520]

Los intentos legislativos no fueron pocos, así el renombrado proyecto Michelson presentado con fines de expansión económica, el proyecto de reformas del año 1992 que introducía la posibilidad de su constitución por contrato o testamento. Los proyectos presentados por diversas comisiones de legisladores, etc. Todo ello llevó a la sanción de la ley 24.441 que comenzara a regir en el año 1995.

La ley en cuestión no fue exclusivamente destinada a regular el fideicomiso, sino que se tituló “financiamiento de la vivienda y la construcción” lo que se llevó cierta crítica de la doctrina al no darle la importancia que ameritaba la temática. Pese a ello, el avance fue notable, es a partir de ese momento que contamos con un contrato nominado y especialmente regulado. Contrario a lo que sucedía con el art. 2662 expresamente la ley refiere a él como un contrato e impone diversos requisitos. Incluso acepta su constitución por disposición testamentaria.

La propia ley nos brindaba una definición clara al respecto, en su artículo primero: *“Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”* como notas distintivas encontramos existen al menos dos desplazamientos o traspasos de propiedad desde el fiduciante al fiduciario y desde éste al destinatario final en un momento posterior. Confluyen disposiciones de derechos reales, al referirse al dominio imperfecto y de derechos personales al tratarse esencialmente de un contrato.

El gran protagonista será el FIDUCIARIO, materia de estudio en la presente, encargado de la administración. Podrá ser tanto una persona física como jurídica, sin que la ley de lugar a discusión. Sobre este punto se desarrollará *in extenso* más adelante.

La ley en cuestión tuvo vigencia plena durante veinte años, siendo reemplazada por el Código Civil y Comercial de la Nación. El fideicomiso excedió con creces el fin al que lo circunscribió el título de la Ley llegando a ser una util herramienta jurídica para múltiples objetivos, aunque, en no pocas situaciones, un canal de actividades fraudulentas.

2.2- El Código Civil y Comercial de la Nación.

A partir del año 2015 el contrato de fideicomiso pasa a ser no solo un contrato típico sino también codificado. Entre los fundamentos de la comisión redactora se destaca el hecho de que *“...se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles…”* y es por ello que se incluye en el articulado dicho contrato.

519 SALAS, Acdeel Ernesto. TRIGO REPRESAS, Félix A- Código Civil y leyes complementarias anotado. 2da edición actualizada, pág.700. ed: Depalma- año 1974.

520 MARIANI DE VIDAL, Marina. Curso de Derechos Reales. Tomo I. Pag 362. ed. Zavalía. año 1988.-

No existieron grandes variaciones de fondo ya que, nuevamente citando los fundamentos de la comisión redactora *"...El régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación..."*

Así el nuevo art. 1666 nos trae la definición actual *"Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario."* Con criterio similar al de la ley 24441 se define al contrato de fideicomiso, aunque con algunas precisiones: Queda de esta manera zanjada la discusión, aunque de una doctrina minoritaria, de que se tratara de un contrato real admitiendo la promesa de transmisión de la propiedad; Se deja plasmado con claridad que se trata de un contrato (aunque pueda ser instituido por testamento) incluso legislándolo dentro de la materia contractual; Se pone en cabeza del fiduciario la mayor responsabilidad ya que no hay lugar a dudas que NO se crea una persona jurídica.

Los Dres. Tinti y Calderón consideran existen tres elementos esenciales en el contrato de fideicomiso: El primero de ellos, expresan, es la existencia de sucesivas transferencias, es decir del fiduciante al fiduciario y posteriormente del fiduciario a quien resulte destinatario final de los bienes. El segundo elemento esencial lo centran en la necesidad de contar con un plazo o condición. Y, por último, es que la propiedad transmitida lo sea a título fiduciario. *"...y también resulta esencial a nuestro juicio que la primera transferencia de propiedad sea a título fiduciario, entendiendo por ello que no se incorpora al patrimonio del sujeto designado como fiduciario sino como patrimonio separado y afectado a una finalidad prevista...."*[521].

Como se puede observar claramente, el ordenamiento jurídico argentino se inclina por la postura que considera que no se trata de una persona jurídica sino, más bien, de un contrato propiamente dicho que genera un cúmulo de derechos y obligaciones y que tiene su centro en la persona del fiduciario. El fiduciario, podrá ser una persona física o jurídica siempre que no se oferte al público como fiduciario, en tal caso deberá ser una entidad autorizada al efecto.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PERSONA JURÍDICA

1.- ANTECEDENTES

1.1. Breve reseña histórica.

Los antecedentes históricos de la "persona jurídica" como tal no se encuentran exentos del debate doctrinal. No es posible, prima facie, determinar un origen concreto y exacto.

Algunos autores marcan el comienzo de su existencia en el derecho romano, pues dicen ya se concebía la noción de una idea de colectivo unificado sin adentrarse en cada una de las partes del mismo. El Dr. Eduardo Elguera sostuvo *"... desde comienzos de la época clásica. vemos que hay grupos de personas unidas con un objeto determinado, formando corporaciones o colegios que obran como verdaderos sujetos de derecho. Como estos grupos constituyen unidades jurídicas, formadas por personas, los comentadores les dieron el nombre de "Universitates Personarum"*.[522]

521 TINTI, Guillermo P. - CALDERÓN, Maximiliano R.- Contratos Parte Especial- 1 edición- pág 427.- Ed. Zavalia. año 2017.-
522http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/6/el-concepto-de-la-persona-juridica-en-el-derecho-romano.pdf

continúa manifestando que posteriormente se reconoció a ciertos municipios como "unidades jurídicas" más allá de la totalidad de sus miembros individuales.

Por su parte Salvat, de manera tajante, comienza su capítulo referido a los antecedentes históricos de la figura manifestando: *"La teoría de la personalidad jurídica ha tenido su origen el el derecho romano…"*[523] siempre refiriéndonos a la abstracción de una idea de colectivo. De manera coincidente el Dr. Juan Carlos Palmero nos habla de una primer gran etapa histórica donde surge el llamado principio de diferenciación hoy plasmado en el art 143 del CCCN.

Sin perjuicio de lo desarrollado, se puede dilucidar que la idea de "colectivo" viene principalmente, en la época romana, de la mano del derecho público y paulatinamente se va trasladando al derecho privado.

En el derecho europeo posterior comienzan a existir indicios de su reconocimiento. Así, en materia de derecho público cobra relevancia el fisco, las municipalidades, etc. El Derecho Canónico empieza, en paralelo, a reconocer a la Iglesia como ente autónomo.

Se comienza paulatinamente a transitar el camino del reconocimiento, sobretodo en la edad media, de la diferenciación entre la persona física y el colectivo que derivan en la formulación de diversas teorías.

Los Dres. Richard y Junyent Bas explican que la teoría de la ficción legal, predicada por Savigny, expresa que la ley recurre a una ficción legal con fines de lograr diferenciarla de la persona jurídica. A su vez, divide a la persona jurídica entre aquellas necesarias (estado) y las que requieren autorización estatal para funcionar, en cabeza de quien pone la facultad para determinar su existencia. En paralelo, enseñan los autores, la Teoría Organicista sostenida por Grocio y Puffendorf distingue la persona física de la moral manifestando que esta última tendrá su propia sustancia, un "cuerpo moral".[524]

Sostenía el Dr. Buteler Cáceres que las teorías acerca de la naturaleza jurídica de la persona jurídica podían clasificarse en tres: la primera de ellas, la de la ficción legal ya citada. En segundo lugar, encontramos las teorías negativas que no consideran sea la persona jurídica un sujeto de derecho basándose, sobretodo, en el empirismo y en la crítica al subjetivismo de Kelsen. En tercer lugar, la teoría realista seguida entre otros por Gierke, que plantea la real existencia de un ente colectivo como fenómeno social y la aparición de una voluntad común distinta a la de cada integrante particular.[525]

A partir del siglo XIX resalta la dicotomía entre quienes sostenían que el nacimiento de la persona jurídica venía de la mano de la autorización estatal y quienes veían en la intervención del estado un mero reconocimiento. Las distintas teorías y concepciones determinaron que las legislaciones no hayan sido uniformes a la hora de dejar plasmadas las mismas en el ordenamiento jurídico.

Varios países europeos, durante su codificación, no receptaron la figura o la trataron de manera aislada y/o limitada. En un principio el Código Napoleónico dejó de lado a la persona jurídica para

523 Salvat Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General. Décima Edición. pág 650. ed Tipográfica Editora Argentina. Año 1954.-

524 Junyent Bas Francisco. Richard, Efraín Hugo. Acerca De La Persona Jurídica.
http://www.acaderc.org.ar/search?SearchableText=persona+juridica -

525 Buteler Caceres, Jose A. Manual de Derecho Civil. Parte General. Editorial Abaco, Bs. Aires. 1975

terminarse por incorporarla en reformas introducidas comenzado el siglo XX. El derecho Alemán también se mostró reticente.

Como veremos a continuación, nuestro codificador dejó plasmada una verdadera teoría general de la persona jurídica que sería sumamente ventajosa y que serviría como fuente directa del actual CCCN.

1.2.- Legislación argentina. Siglo XIX- Siglo XX

Tal y como se refirió más arriba, Vélez Sarsfield impone una parte general y una teoría general de la personalidad. Divide así la persona física de la ideal. Destaca nuestro codificador, en su nota al derogado título referido al tema, que utiliza el término persona jurídica como un opuesto a la persona natural para mostrar que *ellas no existen sino con un fin jurídico.* El mismo aclara que su fuente directa es Freitas quien toma las doctrinas de Savigny.

Por exclusión, el art. 32, definía: *todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible son personas de existencia ideal o personas jurídicas."*

Podemos deducir entonces como se le otorga al nuevo sujeto un verdadero cúmulo de derechos y obligaciones dotando al ente ideal de capacidad para actuar en la vida civil. Se regula su clasificación, comienzo de existencia y fin de la misma.

El codificador fue especialmente concreto en las notas al articulado del título de referencia. Intentó, exitosamente a mi parecer, tomar postura acerca que como debe diferenciarse el ente y sus partes y la importancia de los representantes en su actuación. *"... el carácter esencial de una corporación es que su derecho repose, no sobre sus miembros reunidos, sino sobre un conjunto ideal…"*[526]

En paralelo se desarrollaba el Derecho Comercial, especialmente en lo referido a "sociedades". El Código de Comercio, en el título III, reguló la materia societaria no sin generar un gran debate acerca de sus alcances. Así, comienza a existir la distinción entre las sociedades civiles y comerciales. Ambas se constituían por contrato, aunque se discutía que crearan una persona jurídica. Zavala Rodríguez sostuvo "*las sociedades pueden ser civiles o comerciales… según su objeto, salvo las sociedades anónimas…"* para continuar explicando que es casi unánime la doctrina de la época que reconoce en las sociedades comerciales la personalidad.[527] La discusión tiene su origen en el listado de personas jurídicas enumeradas por el Código civil en su art. 33 que sólo reconocía las Sociedades Anónimas.

La ley 19950 viene a derogar el articulado del Código de Comercio referido a las sociedades y a establecer una rama específica y regulada detalladamente al respecto. Pese a que existían voces en la búsqueda de la unificación de las sociedades civiles y comerciales, la ley 19550 marca la diferencia nuevamente regulando la materia mercantil y consagrando en su art. 2 la existencia y creación de un verdadero sujeto de derecho.

Es así como durante el Siglo XX se mantiene la postura de un sistema societario civil y comercial y se consagra la personalidad jurídica societaria.

526 Código Civil Argentino. Nota al art. 35.-

527 Zavala Rodríguez, Carlos Juan. Código de Comercio y leyes complementarias comentados y concordados. Tomo I. Ed. Depalma. año 1959

2.- EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El CCCN recepta, en su Libro Primero relativo a la parte general, un título dedicado a la parte general de la persona jurídica. Los fundamentos del anteproyecto explican *"...La regulación de las personas jurídicas en la parte general de un código civil y comercial unificado se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema también general, aplicable a todas las personas jurídicas. Sin embargo, esta puridad dogmática debe ceder a la conveniencia de incorporar las regulaciones de las asociaciones civiles, las simples asociaciones y también las fundaciones…"*[528] Así vemos existe hoy en día una parte general de la personalidad jurídica aplicable a todo el ordenamiento, sin perjuicio de las disposiciones de cada ley especial. Fundamento de ello, también, es el proceso unificatorio en que se intentó evitar contradicciones en materia de capacidad, nombre, domicilio, etc. Llama la atención, y así lo han remarcado varios autores, la falta de una teoría general y es que el legislador ha optado por regular aquello que atañe a la persona física y a la jurídica, eliminando el art. 31 pilar de una teoría general.

Sostuvo el Dr. Junyent Bas, respecto a la nueva parte general, *"... La reformulación del Código Único articula una teoría general de la persona jurídica admitiendo la fuerza jurígena de la voluntad de los integrantes para crear un ente con personalidad, salvo supuestos especiales que requieran autorización. En esta línea, reconoce que la persona jurídica privada comienza desde su constitución, y no necesita autorización legal para funcionar, así como también que tiene una personalidad distinta de la de sus miembros…"*[529]

El art. 141 nos trae, ahora sí, una definición en sentido positivo *"Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación."* La definición legal pone de manifiesto la recepción de la postura doctrinal que sostiene que el estado "confiere" la aptitud. Se critica la misma cuando refiere a los "fines de su creación" como si fuese una limitante a su capacidad confundiendo el fin con su objeto. En concordancia, el art. 142 viene a zanjar toda discusión acerca del comienzo de la existencia instituyendolo en la constitución y no exigiendo autorización estatal.

Adentrándonos en la materia que nos compete, cabal importancia reviste la personalidad diferenciada del art. 143 por cuanto nos permite distinguir, a la hora de nombrar una persona jurídica fiduciaria, entre cada una de las partes que la compongan y el todo.

En materia societaria los cambios a partir del año 2015 fueron sustanciales. Como primera medida se dispuso directamente omitir cualquier referencia a la sociedad civil, postura que provocó la reacción de diversos autores que veían en la sociedad civil una útil figura del tráfico jurídico. En segundo lugar, la ley de sociedades comerciales cambió su denominación a ley general de sociedades, de manera de incluir aquellas cuyo objeto no fuera mercantil. En tercer lugar, se creó la tan comentada Sección IV cuyos preceptos serán aplicables, según una amplia doctrina, a las históricas sociedades civiles, de hecho y las irregularmente constituidas, entre otras. Por último, es dable destacar la posibilidad de existencia de sociedades unipersonales.

528 FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

529 Junyent Bas, Francisco. Apostillas Sobre La Persona Jurídica En El Código Civil Y Comercial. Publicación: Doctrina Societaria Y Concursal Errepar (Dsce)- Tomo/Boletín: -xxvii-página: Mes: Febrero Año:2015

CAPÍTULO TERCERO: EL FIDUCIARIO

1.- Noción

Resulta superfluo destacar que el fiduciario es la figura central del contrato de fideicomiso. Sea que se lo nombre como tal, o administrador, trustee, etc. su función, al menos en nuestra legislación, viene de la mano de ejercer la propiedad fiduciaria de los bienes que le son transmitidos. ¿Cómo se debe ejercer dicha propiedad?, en procura de obtener beneficios para los denominados beneficiarios y de transmitirlos al fideicomisario al cumplimiento del plazo o de la condición impuesta en su creación. En la Argentina el fiduciario es parte esencial de un contrato de fideicomiso y puede revestir la calidad de persona física o jurídica.

Molina Sandoval ilustra que debe entenderse por fiduciario *"... a la persona física o jurídica que se obliga a recibir del fiduciante la propiedad fiduciaria de bienes determinados y que deberá ejercer en beneficio de una persona designada en el contrato hasta tanto se cumpla el plazo o condición, luego de la cual deberá transmitirlo a quien se designe al finalizar el contrato…"* [530] Por su parte, el Dr. Guillermo Tinti sostuvo: *"...Fiduciario es el sujeto que interviene como parte en el negocio de fideicomiso y que adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes que le transmite el fiduciante, con la misión ordenada de ejercer esa propiedad en beneficio de otro sujeto y la obligación de transmitir los bienes al advenimiento de un plazo o condición."*[531].

El fiduciario es parte esencial del contrato por cuanto, al menos, es necesario contar con un fiduciante y un fiduciario para lograr que se perfeccione. Su rol será, básicamente, el de administrar el patrimonio fideicomitido.

Entonces, ¿cuál será la naturaleza de la relación jurídica entre el fiduciario y el fideicomiso? Algunos han sostenido se trata de un mandatario, de un prestador de servicios, incluso se ha planteado la posibilidad de considerarlo un "órgano" asimilándolo a una sociedad. [532] Considero, por su complejidad y autonomía, no debe ser equiparado a otra figura contractual. El fiduciario es, en sí mismo, parte de un contrato nominado y el legislador se ha ocupado de dejar plasmados sus derechos y obligaciones. Ello sin perjuicio de normativa que pudiera ser aplicable por analogía y/o haciendo uso del diálogo de fuentes en cada caso particular.

Se debe tener en cuenta el abanico de derechos y obligaciones que recaen en cabeza del fiduciario y es que frente a cada parte deberá actuar de manera diferente. Habrá que hacer foco en cada relación jurídica y en cada caso particular sobre todo teniendo en cuenta que no es lo mismo ser fiduciario de un fideicomiso de administración que de aquel que tenga como fin la inversión o un desarrollo inmobiliario, etc. Sin perjuicio de las particularidades, la ley exige como estándar de responsabilidad minimo el de un buen hombre de negocios y prohíbe se lo dispense de rendir cuentas.

El elemento de la "confianza" ha sellado a fuego esta figura. Así también lo entiende el Dr. Hayzus, en su obra referida al tema, planteando dos notas características del fiduciario para ser designado como tal: la primera está inclinada en contar con las cualidades necesarias y la segunda será el sentimiento de mutua confianza[533].

530 Molina Sandoval, Carlos A. El Fideicomiso en la dinámica mercantil. tercera ed. actualizadas. Ed. B de F. año 2013.-
531 Tinti Guillermo Pedro. FIDEICOMISO. Teoria y Practica. ed. Alveroni Ediciones. Año 2008. pag 57.-
532Papa, Rodolfo G. Relación Jurídica Entre El Fiduciario Y El Fideicomiso. Inaplicabilidad De La Legislación Laboral. Calificación De La Prestación O Actividad Realizada Por El Fiduciario
. Doctrina Societaria Y Concursal Errepar (Dsce). Tomo/Boletín: Xxvi.Mes: Febrero. Año:2014
533 Hayzus Jorge Roberto. Fideicomiso. 3ra edición actualizada y ampliada. pág 160.Ed. Astrea. Año 2011.

El concepto de confianza ha ido mutando con el correr del tiempo. Salvo excepciones, ya no se emplea de la forma de la que fue en un principio. Como primera medida, hoy se cuenta con acciones tendientes a controlar el actuar del fiduciario, y, en segundo lugar, cuando se trata de grandes operaciones del tráfico jurídico se tiende cada vez más a la profesionalización de la figura.

2.- El Fiduciario Profesional:

Tal y como se viene manifestando, el fideicomiso, se ha convertido en una herramienta útil para los fines más diversos. Así, encontramos aquellos cuyo objeto recae en el desarrollo de un complejo inmobiliario, de administración de un patrimonio, de beneficencia, de administración de un paquete accionario. etc.

Sin perjuicio de lo mencionado, en una visión legalista, podemos clasificarlo como fideicomiso "ordinario" o "financiero". Centrándonos en el fideicomiso ordinario, es que nos preguntamos acerca de la profesionalización del fiduciario ya que, a todas luces, el fiduciario de un fideicomiso financiero deberá atenerse a reglamentaciones especiales como entidad financiera o sociedad especializada (art. 1690 CCCN).

Nuestra legislación no refiere a requisito alguno de ciencia, técnica, experiencia o profesión a la hora de designar un fiduciario. Llamativo es que el art. 1673 reza textualmente *"...puede ser cualquier persona...".* Ello no quita que, a la hora de redactar un contrato, se pueda exigir (además de la confianza) una pericia adecuada para la función a ejercer.

Adentrándonos en el art. 1674, nos trae una "pauta de actuación" basada en el histórico piso de responsabilidad referido "en el buen hombre de negocios" y claramente inclinándose hacia una responsabilidad subjetiva y vinculada a una obligación de medios. La ambigüedad del término puede prestar a confusión, creo recomendable establecer parámetros y objetivos a cumplir por el fiduciario acordes a su función en especial. Tanto para el fiduciario como para las restantes partes sería conveniente contar con el mayor detalle para poder así reclamar el cumplimiento de lo acordado.

Algunos autores consideran al estándar de responsabilidad impuesto como una util herramienta ya que, del mismo, podría desprenderse la obligación de pericia en el actuar del fiduciario. Lisoprawski, literalmente sostenía *"específicamente, el fiduciario debe conocer las reglas, las costumbres, las prácticas y los métodos propios del tipo de negocios que se comprometió a realizar, de lo contrario, habrá impericia"*[534]. Se ha marcado la necesidad de contar con una persona idónea para el encargo a cumplimentar.

En derecho comparado numerosos ordenamientos jurídicos han optado por la "profesionalidad del fiduciario", restringiendo quiénes pueden detentar la calidad de fiduciarios. Ejemplos claros son: el colombiano donde son entes sujetos a control, en Perú deberá ser ejercido por una empresa del sistema financiero nacional[535] y está sujeto a contralor. La profesionalidad exigida viene de la mano del nombramiento de una persona jurídica que, de acuerdo a cada legislación, debe cumplir con requisitos preestablecidos. Ahora, cabe preguntarse, ¿y si exigimos profesionalismo a una persona humana? es decir, no necesariamente recaer en la exigencia de la creación de un ente ideal.

534 Lisoprawski, Silvio V. Práctica del fideicomiso. Problemas y Soluciones.1ed. pag 368. Abeledo Perrot. Año 2009.-
535 Art. 241 ss y cc Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros LEY Nº 26702. Perú.

En la vereda de enfrente tenemos legislaciones como la argentina, en consonancia, Quebec expresamente refiere en el art. 1274 de su Código Civil *"Any natural person having the full exercise of his civil rights, and any legal person authorized by law, may act as a trustee."* Básicamente permite que cualquier persona natural, que cuente con capacidad suficiente, o cualquier persona jurídica podrá desempeñarse como fiduciario. Debemos notar que el término "*any*" puede traducirse como "cualquier" término utilizado en el art. 1673 de nuestro CCCN.

En conclusión, encontramos ordenamientos jurídicos inclinados hacia la búsqueda de un fiduciario profesional en la materia y otros que optan por la libertad de contratación. Cabe destacar, nuevamente, que el ordenamiento argentino limita la libertad de elección cuando se trata de oferta al público. La práctica ha demostrado que la falta de control ha provocado abusos y nombramientos de fiduciarios que, a todas luces, son meras "pantallas" frente a quienes toman las verdaderas decisiones. Puntualmente, a manera de ejemplo, en los desarrollos inmobiliarios, muchas veces la figura del fiduciario se ve desdibujada y debe administrar cantidades importantes de dinero, lo que lleva a un desmanejo que termina en la liquidación del fideicomiso solicitada por alguno de sus acreedores.

Lo mencionado no implica que considere deba limitarse la libertad de contratación sino, más bien, la existencia de cierto contralor para determinados casos de relevancia para terceros.

CAPÍTULO CUARTO: LA PERSONA JURÍDICA FIDUCIARIA

1.- Noción

Se han desarrollado hasta aquí, de manera acotada, los fundamentos históricos y doctrinales del por que de la existencia de una persona jurídica que actúe como fiduciaria. Evidentemente, la idea era inconcebible en sus inicios, pero, el devenir de los años, el tráfico mercantil y la necesidad de limitar la responsabilidad de las partes intervinientes llevaron a que sea expandida la práctica.

Actualmente la realidad lleva, cada vez más, a encontrar una persona jurídica desempeñando la función fiduciaria. Más específicamente, las "sociedades comerciales" han acaparado la mayor atención. El rol a desempeñar y su característica de ser un contrato de ejecución continua deviene en un temor de la persona física o humana a asumir el riesgo que implica.

Primeramente, debemos distinguir la persona jurídica fiduciaria del fideicomiso en sí mismo. Hemos dejado claro que en nuestro ordenamiento no se ha dotado de personería jurídica al fideicomiso, limitándose el legislador a crear un patrimonio separado al de las partes. Por más que el fiduciario sea una persona jurídica titular del dominio fiduciario ello no conlleva que se haya creado una nueva persona jurídica. De igual manera, si los fiduciantes lo fueran.

Las confusiones vienen de la mano de la especial figura del fiduciario ya que, como adelantamos, no puede ser considerado un "órgano" propiamente dicho. Nos encontramos frente a una situación *sui generis* que da nacimiento a un "patrimonio separado".

2.- Designación. Situaciones particulares.

El fiduciario es parte esencial y figurará en el contrato original como tal. En caso de que la actividad fiduciaria recaiga en una persona jurídica será quien tenga a su cargo la administración de la "sociedad" quien deba prestar consentimiento suscribiendo el contrato. La práctica ha determinado que, usualmente, suelen ser fiduciarios Sociedades de Responsabilidad Limitada, Sociedades Anónimas y, más recientemente, las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Debemos analizar el caso de la sociedad "en formación" y/o "en etapa de registración". Así, se presenta el caso de una sociedad que ya cuenta con contrato constitutivo y el mismo aún no se encuentra inscripto en el respectivo Registro Público, a pesar de ello se propone ser fiduciaria. ¿Será factible? para dar respuesta debemos tener en cuenta que en la materia de sociedades en formación la doctrina no ha sido, históricamente, unánime.

Algunos autores consideraron la registración como "constitutiva" restando validez a los actos que puedan desempeñarse en el iter constitutivo[536]. Otros, tildaban a las mismas de "irregularmente constituidas" (hoy sección IV de la ley). Verón, por su parte, hablaba de una registración constitutiva pero le otorgaba efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento del instrumento constitutivo[537].

En un punto intermedio, coincidimos con quienes ven en la sociedad en formación un verdadero sujeto de derecho en los términos del art. 4 de la ley 19550 y creemos debe tenerse en cuenta el art. 142 del CCCN por cuanto el comienzo de la existencia de la persona jurídica lo es desde su constitución. El art. 7 de la Ley General de Sociedades, al exigir la registración, lo hace con efecto de otorgar "regularidad". Por todo ello, considero posible que una sociedad en formación suscriba un contrato de Fideicomiso, siempre teniendo en cuenta que su objeto lo permita.

Debemos ahora a centrarnos en el "objeto social" de la sociedad fiduciaria. El art. 11 de la Ley General de Sociedades en su inciso tercero exige que en el instrumento constitutivo se cuente con una descripción precisa y determinada del objeto. Zunino, nos dice que el objeto *"...es un elemento esencial que determina la capacidad y por ende los límites a la actividad societaria y sus administradores..."* [538]entonces, ¿debe encontrarse expresó en su objeto social la actividad fiduciaria? ¿podrá desempeñarse como tal si es similar el objeto del fideicomiso y el de la sociedad fiduciaria? como ejemplo, podría mencionarse, una sociedad cuyo objeto social sea la inversión y el desarrollo de complejos inmobiliarios y un contrato de fideicomiso que tenga como objeto la construcción de un edificio y la adjudicación de sus unidades a los beneficiarios. Considero que, de estar previsto expresamente, podrá la sociedad suscribir el contrato sin objeción alguna pues dentro de sus previsiones se encontrará la de desempeñar el rol de fiduciaria y recibir el dominio fiduciario en tal sentido. La cuestión se torna al menos vidriosa cuando no se establece de manera directa, sino que debe inferirse, entonces habrá que estar al caso particular y contar, al menos, con autorización del órgano de gobierno (dependiendo el tipo social).

Cabe destacar que respecto al objeto social, El Registro Público de la Provincia de Córdoba sólo exige que *"El objeto social debe ser expuesto de conformidad con la normativa vigente."*[539] por lo que no hace grandes consideraciones ni hará un examen minucioso al momento de disponer la registración.

Resta aclarar otra situación particular como es la del fideicomiso "socio", el cual tiene como objeto la transmisión al fiduciario de la titularidad de las acciones de el o los fiduciantes para que el fiduciario ejerza derechos y cumplimente obligaciones de socio (sin perjuicio de lo pactado en el contrato de fideicomiso). El contrato de fideicomiso de participación societaria es un contrato

536 Vgr. Zaldivar, Halperín.

537Veron, Alberto Victor. Sociedades Comerciales. Ley 19550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada. Tomo I. Pag.57. Ed. Astrea. Año 1982.-

538 Zunino, Jorge Osvaldo. Régimen de Sociedades Comerciales. 23va ed. actualizada y ampliada. 2da reimpresión. pág. 91. Ed. Astrea. Año 2011.-

539 Resolucion de Direccion de Inspeccion de Personas Jurídicas de la provincia de Córdoba N° 133/19 Resolución General de Sociedades por Acciones. art.22.-

plenamente válido y, en el caso particular, será la persona jurídica titular de las acciones quien ejerza los derechos derivada de los mismos y quien deba cumplimentar con las obligaciones. Tal importancia reviste la temática que la La Inspección General de Justicia ha dispuesto que sólo se inscribirán en su dependencia los contratos de fideicomiso que tengan por objeto acciones y/o cuotas sociales de sociedades inscriptas en el mismo[540]. En el Registro Público de la Provincia de Córdoba, en cambio, se utiliza la situación particular solo como parámetro de competencia registral. *"...Se registrarán en el Registro Público a cargo de esta Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas los contratos de fideicomiso en los siguientes supuestos:...3) Sus objetos incluyan acciones y/o cuotas sociales y/o partes de interés de sociedades inscriptas ante esta Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas…."*[541]

3.- La novel Sociedad por Acciones Simplificada.

Hasta el año 2017 la constitucion e inscripcion en los organismos estatales de los distintos tipos de sociedades se veía inmerso en un espiral burocrático de gran magnitud. A lo largo del país y, especialmente en Córdoba, se debía transitar un largo camino hasta lograr la regularidad de la sociedad que se pretendía inscribir lo que repercutía de manera directa en materia de nombramiento del fiduciario. En la provincia de Córdoba, las Sociedades Anónimas debían sortear un sinnúmero de requisitos para lograr la inscripción definitiva en el Registro Público y, en paralelo, las Sociedades de Responsabilidad Limitada tenían y tienen impuesto un control judicial que ordena, una vez cumplidos los requisitos, la inscripción en el registro.

La necesidad de destrabar la cuestión, sobre todo para emprendedores y pequeñas y medianas empresas, fue notoria. Paralelamente, en el derecho comparado, se fue gestando la idea de sociedades "simples" que permitieran morigerar las exigencias de los tipos sociales utilizados por las grandes empresas. Tanto en europa como en Latinoamérica los ordenamientos jurídicos se hacen eco de la necesidad del mercado. Casos emblemáticos en materia de SAS son el Colombiano y el Francés que, sin derogar sus regímenes generales otorgan al emprendedor este tipo de figuras más flexible.

Así, inmersa en una ley destinada a incentivar al emprendedor, se consagra a la SAS como un nuevo tipo societario.

Jose Luis Sirena, describe la misma como *"una figura societaria que se aproxima más a la sociedad de responsabilidad limitada en cuanto su funcionamiento, pero con la conformación del capital social como la sociedad anónima, para la ágil incorporación de socios y transmisibilidad de los títulos representativos de acciones"* [542]

Entre sus características encontramos un capital social dividido en acciones, la posibilidad de pactar objetos múltiples y funciones de los órganos sumado a que legalmente queda consagrada la simplificación de los trámites referidos a la misma. La administración debe desempeñarla una persona humana.

En la práctica, la SAS ha tenido una expansión exponencial siendo realmente el tipo social elegido en su gran mayoría por pequeñas empresas y emprendedores relegando las S.A y S.R.L a empresas de gran magnitud o con perspectivas de crecimiento rápido.

540 Resolución GENERAL 6 / 2016- INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

541Resolucion de Direccion de Inspeccion de Personas Jurídicas de la provincia de Córdoba N°01/17 Resolución General Contrato de Fideicomisos. art.1.-

542 Sirena, José Luis. Sociedades por Acciones Simplificadas- SAS y Simples. 2a ed. pág 5. Errepar. año 2018

Es entonces que surgió la pregunta: ¿puede una SAS ser fiduciaria de un fideicomiso? y la respuesta es afirmativa sin lugar a dudas ya que no existe disposición alguna que lo prohiba.

Ahora bien, dicha SAS fiduciaria podrá constituirse por personas jurídicas o humanas más deberá ser administrada por una persona humana. Habiendo sorteado dicha duda ponemos especial énfasis en materia de responsabilidad. La ley aclara en su art. 34: *"La SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el artículo 43…"* es decir que nos encontramos frente a una limitación legal de responsabilidad al aporte de cada accionista teniendo en cuenta existe una responsabilidad solidaria de los mismos respecto dicha integración.

Lo manifestado, en materia societaria, ha llevado a los autores a preguntarse si ese límite de responsabilidad puede traspasarse. El Dr. Richard, al respecto, sostiene lo siguiente: *"...Consideramos que todas las personas jurídicas, y sus miembros y administradores, están sujetos al derecho de daños. No deben dañar. Nos basamos en la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la existencia de daño, conducta antijurídica con culpa o dolo –por acción u omisión- y vínculo causal. En materia societaria y concursal, en la que aplicamos, advertimos que la fuente de responsabilidad de administradores y socios no se encuentra sólo en las normas específicas del derecho societario o concursal, sino en las que devienen de esa teoría general de la responsabilidad, contenida en el ahora CCC..."*[543] Claramente, busca incluir al administrador de la SAS y a los socios en las disposiciones relativas a la responsabilidad civil en general. A los fines de ampararse en las limitaciones legales debe existir un acabado cumplimiento por parte de la sociedad de las obligaciones y cargas que le son impuestas.

Es necesario destacar el rol que hoy ocupa el fiduciario constituido bajo este tipo societario. Cada vez lo más frecuente es encontrarnos en esta situación. La desventaja viene de la mano de la "estandarización" ya que, con fines de acceder a la rapidez del sistema registral actual, en no pocas ocasiones los registros exigen se utilice un "modelo pre-redactado" donde solo basta con cargar datos básicos online. Creo necesario aspirar a una verdadera redacción detallada por parte de los suscriptores de un contrato de sociedad persiguiendo una reglamentación acabada de cómo se perseguirá cumplimentar el objeto social, sobre todo si ese objeto comprende la actividad fiduciaria.

4.- Responsabilidad del Fideicomiso y de la persona jurídica Fiduciaria.

Habiendo adelantado en párrafos anteriores la temática, hacemos foco ahora en la responsabilidad en materia de Fideicomisos. Nos encontramos frente a la particular situación de una persona jurídica fiduciaria. Entonces, tenemos un patrimonio de afectación que es administrado por una persona jurídica que, a su vez, es titular de su propio patrimonio distinto al de los socios que la componen.

Podemos afirmar que existe más de un régimen de responsabilidad en juego: por un lado, el de la parte fiduciaria para con las demás partes partes del contrato. Por el otro, la responsabilidad del fiduciario para con los terceros acreedores del fideicomiso. Debemos tener en cuenta, por último, la situación intrasocietaria del fiduciario.

543 RICHARD, Efraín Hugo. La Limitada Responsabilidad Limitada De Los Socios De La Sociedad Por Acciones Simplificada (y una referencia al caso Von Seiden) pág. 143 de la Revista de Las Sociedades y concursos, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, Edición Especial año 19, 2018-1,

Reiterando lo desarrollado en el punto dos, podemos decir que el CCCN trae un estándar agravado de responsabilidad para el fiduciario y una protección para el patrimonio del mismo, específicamente el art. 1686 le permite repeler las acciones de terceros acreedores de las partes salvo existencia de fraude o ineficacia concursal.

Las disposiciones de la Ley 24441 y del actual CCCN han obligado tanto a la jurisprudencia como a la doctrina a aclarar la cuestión. Primeramente, hay que destacar el hecho de que son aplicables al fiduciario las disposiciones generales relativas a la responsabilidad civil. La palabra "fraude" citada en el artículo puede llevar a ambigüedades en su interpretación. ¿Quiso el legislador darle un sentido amplio al concepto? comparto la opinión de aquellos autores que así lo entienden. La glosa al art. 1686 del Código comentado de los autores Rivera y Medina sostiene *"...tanto el texto anterior como el actual, omiten toda referencia expresa a otros supuestos de ineficacia. Pensemos en defectos en sus elementos sustanciales u operativos, podrían existir vicios en la voluntad de los sujetos, lesión, simulación, falta de asentimiento conyugal del cónyuge no titular, etc. Y esto no significa que el negocio de transmisión fiduciaria no puede ser impugnado con fundamentos en los citados defectos, ya que la figura no es ajena a los principios generales del derecho…"*[544]. Las disposiciones relativas a la responsabilidad son de orden público, así como también el deber de reparación plena de quien ha resultado dañado.

El contrato de fideicomiso y su incolumidad deben ser protegidos, debe defenderse férreamente aquel postulado que sostiene que el patrimonio de afectación responde por sí mismo, aunque, todo ello, no empece a que el fiduciario debe respetar la normativa vigente, obrar de buena fe y ejercer tanto sus derechos como los del patrimonio que representa de manera regular.

Las decisiones judiciales, últimamente, han comenzado a extender la responsabilidad al fiduciario cuando puede constatarse un accionar contrario a derecho.

En reciente resolución judicial del juzgado de 11va nominación de la ciudad de Córdoba se sostuvo *"…. Que acredita, a través de un haz de indicios precisos y concordantes el vaciamiento empresario que como acción ilícita fue ejecutada a sabiendas y con intención de dañar, lo que constituye el basamento troncal de la responsabilidad patrimonial de los demandados personalmente. En los términos del art. 1.674... El fiduciario debe cumplir con las obligaciones impuestas por el contrato y la ley con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él…."*[545] Entendiendo el magistrado entonces que la condena no solo debía imponerse al fideicomiso en sí mismo sino también a la sociedad fiduciaria por su obrar malicioso.

Continúa el magistrado, al tratarse de una persona jurídica fiduciaria, aclarando: *"... La decisión de la norma sigue el criterio del artículo 59 de la ley 19.550 de sociedades... Entre ambos parámetros de conducta exigidos existe una coincidencia: ambos tienen en mira la diligencia del hombre de negocios y resaltan el elemento confianza, al referirse expresamente a él la ley de fideicomiso, y al mencionar la ley de sociedades a la lealtad que se le exige al administrador de la sociedad. La ley impone al fiduciario una conducta específica y agravada, pues además de exigir un estándar propio del ámbito de los negocios (superior al de un mandatario común) ...".*

544 Rivera, Julio Cesar- Medina, Graciela. Directores. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo IV. Ed. La Ley. año 214.-

545 Barotti, Susana Laura C/ Antigua Cc Fideicomiso Financiero Y Otro - Ordinario - Cumplimiento / Resolución De Contrato Expte 7193891. Juzg 1ra Inst.Civil Y Comercial 11 Nominación-sentencia Número: 138. Córdoba, 23/07/2019.-

Es decir, al administrador del fideicomiso y el administrador de la persona jurídica se encuentran protegidos el uno por la separación del patrimonio de afectación y el otro por la diferenciación de la persona jurídica y el renombrado "velo societario" Sin embargo tienen a su cargo una responsabilidad marcada por su condición y que puede derivar, en caso de comportamientos que así lo ameriten, en una responsabilidad personal.

Respecto a los administradores, dice la jurisprudencia, CÁMARA NACIONAL COMERCIAL SALA B *"... el mal desempeño de los administradores consiste en la omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar subsanar en correctos procederes que no podían desconocer de haber aplicado la debida atencion y preocupacion por los asuntos sociales (59, 264 ycc de la ley de sociedades comerciales; 502 y 902 del CC)y, además por participar directa o indirectamente en hechos o actos violatorios de la ley y los estatutos…."*[546]

Resulta necesario aclarar la cuestión relativa a la responsabilidad del fiduciario frente a las demás partes del contrato. Será de aplicación la normativa genérica referida al cumplimiento contractual pero solo en cuanto sea compatible con las disposiciones específicas. La labor del fiduciario estará necesariamente atada a lo pactado en el contrato de fideicomiso, sujeta a un "deber diligencia", a una responsabilidad subjetiva principalmente. Las partes podrán reprocharle al administrador su conducta culposa o dolosa y el mismo se libera probando su obrar diligente. Aquí también le podrá ser de aplicación el art. 144 del CCCN y el art. 59 a la persona jurídica y sus miembros o directores en caso que actúen de manera antijurídica.

Por último, resta aclarar la situación intrasocietaria de la fiduciaria por cuanto se aplicarán las reglas generales, estatutarias y las relacionadas al tipo social de la misma. Puede ocurrir que el administrador (o el director, gerente, etc.) haya obrado de mala fe tanto como encargado de la manda fiduciaria y como administrador societario.

4.- El Fiduciario frente a la Defensa del Consumidor

Complementando la temática tratada en el punto anterior cabe fijar la atención en la situación del consumidor cuando se encuentre frente a un fideicomiso.

La jurisprudencia se ha inclinado por aceptar la legitimación pasiva del fideicomiso, para ser demandado como tal, por cuanto estamos frente a un patrimonio de afectación y, como es sabido, el patrimonio es la prenda común de los acreedores (art. 242 [547]CCCN). Más aún cuando podemos encuadrar la actividad del fideicomiso y su relación con terceros en una relación de consumo es decir que el mismo actúe como proveedor. La noción de proveedor debe interpretarse en sentido amplio sobretodo cuando se intenta proteger a la parte débil de la relación.

Dentro de la práctica jurídico mercantil se intentó "disfrazar" a ciertos consumidores otorgándoles el título de "beneficiarios adherentes" u otro similar cuando en realidad se intentaba eludir la normativa consumeril. El caso emblemático de los últimos años es el de los fideicomisos inmobiliarios: generalmente se encarga a al fiduciario la construcción de un edificio con fines de ofrecer al público las unidades a cambio de un precio, así, el fiduciario incorpora a los terceros "adquirentes" como beneficiarios o facilita cesiones de posición contractual de los fiduciantes

546 Gpcom Srls/Quiebra C/ Perez, Marcelo Javier S/ Ordinario, Cámara Nacional Comercial Sala B29/03/2010.-

547 ARTÍCULO 242.- Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.

beneficiarios sin que los consumidores tengan injerencia alguna el devenir de la vida del fideicomiso.

Va de suyo que debe descartarse la aplicación de la protección consumeril cuando nos encontramos frente a verdaderos inversores o partes del contrato que realmente perseguían utilizar dicho tipo de contrato teniendo en cuenta las pautas de interpretación aportadas por el CCCN en su art. 1061 y siguientes.

Molina Sandoval, manifestó, *Teniendo en cuenta lo señalado en orden al ámbito objetivo de aplicación de la LDC y la realidad económica del negocio, todo parece indicar que el estatuto del consumidor sería plenamente aplicable al contrato de fideicomiso. El fideicomiso, en esencia, no es más que un mero vehículo de un negocio subyacente. Lo que tipifica la relación es el negocio que subyace al fideicomiso y que caracteriza la finalidad establecida en el contrato.*[548]

Entonces, la expansión de la protección al consumidor no ha sido ajena a la figura estudiada donde es cada vez más habitual encontrarnos con decisiones judiciales al respecto.

Ahora bien, ¿qué injerencia tendrá entonces la cuestión en el devenir del contrato de fideicomiso y sus efectos? primeramente debemos destacar que será de aplicación la interpretación más favorable al consumidor, los derechos a la información, trato digno, dinámica probatoria, entre otros. Sobretodo revisten importancia los arts. 10 bis y 40 ante los incumplimientos del fiduciario.

Claramente si se persiguió la incorporación o adhesión de los terceros como si fueran verdaderos fiduciantes o beneficiarios, pero no se les dió a los mismos la posibilidad de participar de la redacción del contrato de fideicomiso ni se les dio tampoco la posibilidad de ejercer ningún control no podemos considerar a dicho tercero como una parte del contrato madre por cuanto la única actividad de dicho tercero fue la de abonar un precio con fines de obtener una cosa, una verdadera compraventa. Todo obrar tendiente a "engañar" al consumidor facilita extender la responsabilidad en cabeza del fiduciario.

5.- Disolución, Quiebra o Liquidación de la Fiduciaria.

El art. 1678 deja establecidas las causales de cese del fiduciario, entre las cuales destaca en sus incisos "c" y "d" cuestiones específicamente relativas a la persona jurídica fiduciaria. El cese del fiduciario disparará la cláusula contractual de reemplazo del mismo o la aplicación del art. 1679, en sus partes pertinentes. No necesariamente el cese del fiduciario implicará la extinción del fideicomiso.

El art. 94 de la LGS y el art. 163 del CCCN nos brindan un catálogo de situaciones que pueden acaecer y que determinarán la disolución de la sociedad. Por disolución, Según Farina, debemos entender *"el acto o hecho jurídico que, previsto por la ley o el contrato con tales efectos, detiene la existencia normal de la sociedad y abre su proceso liquidatorio para llegar a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica"*[549] el fin ya no será el cumplimiento del objeto social sino proceder a la liquidación de la sociedad con todo lo que ello implica por lo que se tornaría dificultoso cumplir con su rol de fiduciario.

Cuando hablamos de liquidación, en los términos del art. 167 del CCCN, implica proceder al cumplimiento de las obligaciones pendientes y al pago de los gastos de la propia liquidación. Al respecto y comentando el art. 105 de la LGS, Perciavalle explica que *"...El Liquidador no tiene por*

548 Molina Sandoval, Carlos A. La Protección Jurídica Del Adquirente De Unidades Funcionales Y El Fideicomiso Inmobiliario. La Ley, 2007. E, 1288

549 Farina, Juan M. Tratado de Sociedades Comerciales. Parte General. Ed. Zeus editora. pág 470. año 1980.-

función cumplir el objeto social (aunque sí cumplir con los contratos en curso de ejecución) y los límites de sus funciones están dados por la finalidad liquidatoria y en su caso por las instrucciones que impartan sus socios…" [550]. Es entonces determinante el viraje de la persona jurídica en liquidación pues debe el administrador focalizarse en el procedimiento liquidatorio. Es correcta la causal de cese en sus funciones de fiduciaria.

Por último, resta analizar la cuestión de la quiebra de la fiduciaria. Antes que nada, debemos diferenciarla de la liquidación del fideicomiso en sí mismo. El legislador dejó expresamente preceptuado en el art. 1687 del CCCN que la insuficiencia de bienes fideicomitidos no da lugar a su quiebra sino a su liquidación. Tenemos entonces que la fiduciaria puede ser declarada en quiebra, pero no el patrimonio fideicomitido. A su vez, se deja exento al patrimonio fideicomitido de las acciones individuales o colectivas de los acreedores del fiduciario reafirmando así la indemnidad del mismo.

A la sociedad fiduciaria le serán aplicables las disposiciones generales respecto la ley de concursos y quiebras. La quiebra de la misma disparará la causal de cese del fiduciario mas subsistirá el fideicomiso como tal, debiendo en su caso sustituir al mismo. Ahora bien, ¿qué sucede con el concurso de la fiduciaria? Gran parte de la doctrina, con la que coincido, considera que debe aplicarse el mismo criterio puesto que se trata de una situación que generará la pérdida de confianza de las demás partes por lo que debería ser considerada también una causal de cese en su intervención.

El criterio del legislador respecto la insolvencia del patrimonio fideicomitido fue el de optar por un régimen liquidativo. En principio habrá que estar a lo pactado, y a falta de "otros recursos" (art. 1687) procederá la liquidación aplicando ciertas reglas del proceso de quiebra. El fin de la norma era el de perseguir un sistema laxo y adaptable a la situación particular lo que en la práctica judicial no sucedió o, al menos, no se encuentra del todo definido hasta el momento. En la Provincia de Córdoba, a modo de ejemplo, al momento de ordenarse la liquidación se dió competencia a los juzgados especializados en materia comercial y los mismos, en su gran mayoría, dirigen en proceso de manera casi idéntica al procedimiento falencial. Sería conveniente dotar a las partes de facultades suficientes a los fines de lograr el salvataje del patrimonio fideicomitido y la posibilidad de reestructurar sus deudas.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, podemos afirmar que se ha perseguido brindar una noción general acerca de los fundamentos históricos y doctrinales de la existencia tanto de la figura del fideicomiso como de la persona jurídica.

Hemos logrado observar como el Fideicomiso surgió, principalmente en el derecho romano, como un instituto basado casi exclusivamente en la confianza. La realidad llevó a su evolución, sobre todo exigiendo formalidades y reconociendo derechos a quienes actuaban como aportantes.

El traslado de sus conceptos al common law y posteriormente a las legislaciones latinoamericanas fueron determinantes para que el legislador argentino abreve en dichos antecedentes y termine por reconocerla y reglamentarla a través de la ley 24441.

550 Perciavalle, Marcelo Luis. Ley General de Sociedades comentada. 2da ed. pág.214. ed. Erreius. Año 2015.-

Pese a que Vélez Sarsfield no se adentró en la figura, dejó las puertas abiertas para que en los años venideros los autores se preguntaran acerca del dominio fiduciario, sus características y su forma de constituirse.

Se intentó demostrar la importancia de la sanción del CCCN y sus principales disposiciones referidas al tema. El legislador optó, por razones de política legislativa, por no concederle personería jurídica al fideicomiso por lo que se explicaron las consecuencias de dicha decisión.

En paralelo, se analizó a la persona jurídica como tal y como evolucionó hasta nuestros días por lo que se intentó armonizar los conceptos del Código, de la ley especial y de leyes complementarias tales como aquella que dio nacimiento a la Sociedad por Acciones Simplificadas.

La confusión a la que puede prestarse la temática obligó a explicar las diferencias e implicancias entre el fiduciario y el fideicomiso sobretodo en materia de responsabilidad.

La actualidad demuestra que la figura del fideicomiso es cada vez más utilizada y con los más diversos fines. Cuestiones como las relaciones entre partes y la protección a terceros son y serán de trascendental importancia, más aún cuando nos encontramos frente a un consumidor.

En conclusión, el presente trabajo tuvo como objetivo advertirnos la realidad que afrontamos, encontrar sus fundamentos y hacer un análisis crítico de la legislación actual teniendo siempre en mira el perfeccionamiento de esta emblemática figura.

COMERCIO ELECTRÓNICO Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR
RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS DE E-COMMERCE EN RELACIÓN A LOS USUARIOS

Gabriela Anabel PÉREZ

Resumen: Durante las últimas dos décadas, surgieron en el mundo modalidades de intercambio comercial que permanentemente desafían las reglas de juego tradicionales. Si bien estas amplían y facilitan el acceso al mercado, el escenario digital y el protagonismo de actores que desempeñan roles complejos -como las plataformas de comercio electrónico-, pueden colocar al consumidor en una posición de desventaja. En el presente artículo analizaremos el rol de las plataformas intermediarias, como así también la responsabilidad que se les atribuye frente al consumidor en la legislación y jurisprudencia argentina y del mundo.
Palabras clave: Comercio electrónico - plataformas - responsabilidad – consumidor.

Abstract: During the last two decades, commercial exchange modalities have emerged in the world, permanently challenging the traditional rules. While these modalities expand and facilitate market access, the digital arena and the role of actors who play complex roles -such as E-commerce platforms- can put consumers at a disadvantage. In this article we will analyze the role of intermediary platforms, as well as the responsibility attributed to them in relation to the consumer in Argentine and world legislation and jurisprudence.
Key words: E-Commerce - online platforms - liability rules - consumer

I) COMERCIO ELECTRÓNICO O E-*COMMERCE*

Se puede definir como la actividad que tiene por objeto el intercambio de bienes y servicios, utilizándose un medio digital para celebrar, cumplir o ejecutar un acuerdo.

Es un concepto amplio que comprende no sólo el perfeccionamiento del intercambio, sino también actividades tales como el marketing, procesamiento de pagos y reembolsos, soporte técnico, etc. Como bien lo define la autora española Ángela Guisado Moreno (2004),se entiende por comercio electrónico aquel que abarca las transacciones comerciales electrónicas –intercambios de bienes y servicios entre empresarios, o bien entre empresarios y consumidores–, a través de los soportes electrónicos proporcionados por las nuevas tecnologías de la comunicación, básicamente Internet; así como también las negociaciones previas y posteriores estrecha y directamente relacionadas con aquellos contratos.

Por su parte, el contrato electrónico se constituye en el acto jurídico destinado al perfeccionamiento de un negocio dentro del marco del comercio electrónico, siendo definido como aquel contrato que "*se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo"* (Lorenzetti, 2001, p. 173)*,* admitiendo el autor que el contrato pueda ser celebrado digitalmente en forma total o parcial.

I.-a) Tipos de E-commerce:

Según las características de las partes

1. B2B (*business-to-business)*: como su nombre lo indica, implica la existencia de transacciones comerciales entre empresas. Generalmente se establece entre empresas que se dedican a fabricar productos complejos transformando materia prima con los proveedores de estos materiales. También entre proveedores mayoristas y minoristas, que se encargarán de vender un producto final al público.

2. B2C (*Business-to-consumer*): El intercambio tiene lugar entre una empresa y el consumidor.

3. C2B (*Consumer-to-Business*): El usuario es quien oferta bienes y servicios a empresas. Es el caso de las plataformas de trabajo *freelance.*

4. C2C (*Consumer-to-Consumer*): Modalidad según la cual los intercambios tienen lugar entre consumidores (es decir, por parte de vendedores no profesionales), a través de una plataforma facilitadora. Por ejemplo: *Ebay, Amazon*, etc., aunque también admiten ofertas de proveedores profesionales.

Según el soporte utilizado

-E-commerce propiamente dicho: Se trata de transacciones que se realizan a través de una interfaz digital. Inicialmente su uso sólo estaba adaptado a dispositivos fijos (computadoras).

-MEC (Mobile E-Commerce): Es una adaptación de las plataformas de comercio electrónico compatible con dispositivos móviles. Permite proveer información tal como la localización del usuario

I.-b) Características

El comercio electrónico representa numerosas ventajas en relación a las modalidades comerciales tradicionales, tanto como para usuarios como para proveedores profesionales:

*****Variedad: permite ofrecer al público una gama mucho más amplia y específica de productos en comparación a la que puede encontrarse en muchos comercios físicos, debido al alto costo que generaría su almacenamiento.

*Alcance: facilita a los compradores el acceso a una amplia oferta, y permite a los vendedores captar un público amplio y variado en términos geográficos sin invertir grandes montos en publicidad.

*Oferta personalizada: los vendedores tienen la posibilidad de ofrecer en forma asertiva a sus clientes los bienes y servicios que -presumiblemente- se encuentran dentro de su rango de intereses, de acuerdo a los datos provistos por el comprador que se almacenan en los servidores web.

*Información y toma de decisiones: el comercio electrónico, a través de sus plataformas de venta, facilita al consumidor el acceso a la información referida a las características técnicas del producto. Esto adquiere especial relevancia cuando se trata de productos como, por ejemplo, software o una maquinaria compleja, cuyas especificaciones son extensas y deben ser analizadas cuidadosamente. Esto no es algo imposible de lograr en un comercio tradicional, pero ciertamente resulta más complejo y requiere una mayor disponibilidad de tiempo.

*Favorece el acceso a nuevos productos de manera inmediata.

II) COMERCIO ELECTRÓNICO EN ARGENTINA

Durante la última década surgieron con fuerza en Argentina el E-commerce. De acuerdo a las estadísticas de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico, esta modalidad generó una facturación de $152.000 millones durante el primer semestre del año 2019, representando un incremento del 56%respecto al mismo período del año anterior[551].

Uno de los elementos fundamentales para el crecimiento de esta modalidad de comercialización está constituido por las plataformas de comercio electrónico, y que sirven como intermediarios entre oferentes y consumidores. La principal plataforma es Mercado Libre S.A. fundada en el año 1999. Su importancia se debe, en primer lugar, a que facilita el acceso a productos de todo el país y realizar una comparación relativa al precio, calidad y características de productos similares expuestos por distintos vendedores. Además, permiten al usuario formular preguntas e interactuar con los oferentes en un marco de relativa seguridad, como así también formular una evaluación del producto o servicio y del vendedor mismo una vez finalizada la compra mediante un sistema de puntaje que, a su vez, redundará en beneficios para el oferente en cuanto a la visibilidad que obtendrán en el sitio.

Como bien dijimos, la función de estas plataformas es esencialmente la intermediación entre compradores y vendedores, ofreciendo un espacio de exposición a todo aquel que desee vender públicamente un producto o servicio a cambio del cobro de un precio fijo. O bien, ofreciendo exposición de manera gratuita a cambio de una comisión consistente en un porcentaje del precio de cada venta lograda.

II.a) El comercio electrónico en el Código Civil y Comercial

Se encuentra regulado, a partir del 2015, en el Título IV, Cap. 5, Sección III (Forma y prueba del acto jurídico), el cual establece:

ARTICULO 288, 2° p.-: *En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.*

II.b) El comercio electrónico desde la perspectiva de los derechos del consumidor

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial argentino, la Comisión Redactora declara que *"En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo."*

En el apartado relativo a los contratos de consumo, la comisión explica:

"En este Capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son las siguientes:

• *El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado.*

551Cámara Argentina de Comercio Electrónico (CACE), Estudio de Comercio Electrónico 1er Semestre – 2019.

• La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.

• El derecho a la revocación.

• El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción."

Dentro del articulado del Código, los contratos electrónicos celebrados entre un proveedor profesional y los consumidores se han plasmado en el Libro Tercero, relativo a los Derechos Personales, Título III:

ARTICULO 1106.- *Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.*

ARTICULO 1107.- *Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.*

ARTICULO 1108.- *Ofertas por medios electrónicos. Las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.*

ARTICULO 1382.- *Información periódica. El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año.*

III) RESPONSABILIDAD EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En el marco de estas transacciones, el consumidor puede sufrir perjuicios de distinto tipo, principalmente económicos. Esto -que no es inusual- se da cuando el mismo no recibe el producto cuyo precio ya depositó, o bien cuando el producto es defectuoso o no se encuentra en las condiciones que habían sido acordadas al momento de la negociación. También puede suceder que lo adquirido genere un daño a la salud al comprador debido a un fallo en su composición o manejo inadecuado mientras es transportado.

Es indudable que al vendedor u oferente profesional que publicita su contenido en una plataforma de comercio electrónico, le es aplicable el régimen de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor[552]. Sin embargo, como hemos visto en el apartado anterior, no se encuentra previsto un régimen especial en relación a la determinación de responsabilidad del intermediario en la contratación por medios electrónicos.

Tampoco existen disposiciones que garanticen al consumidor el acceso a información acerca de los productos publicados, tales como especificaciones técnicas y advertencias de uso, como así también información relativa a la persona jurídica del intermediario (entre otros, su domicilio legal).

552 "Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios", entre otros.

Por último, no existe legislación relativa a la administración de contenido vinculado a actividades ilícitas que obligue al proveedor en el sitio web del intermediario.

Creemos que es imperativo contar con un régimen específico aplicable a estos actores, ya que cumplen un rol complejo en la cadena de comercialización. Si bien su función es esencialmente técnica, esta es, proveer un espacio en línea para el intercambio de bienes y servicios, también poseen un rol determinante al momento de perfeccionar las ventas, y cuentan con una posición privilegiada en lo que respecta al manejo del contenido publicado y a la información provista por los usuarios (profesionales y consumidores).

Cuando un nuevo mercado surge, y ante la ausencia de legislación, son los proveedores los que establecen las reglas de juego. En el caso del E-commerce, este rol está ocupado principalmente por los intermediarios, aunque esta ya no constituye -evidentemente- una actividad novedosa en nuestro país, Por lo tanto, predominan las regulaciones impuestas por los proveedores originales.

Estas regulaciones están diseñadas para dar un marco amplio de protección al comprador, ya que lo contrario redundaría en una masiva pérdida de confianza que minaría la credibilidad del intermediario.

La mayoría de las plataformas intermediarias cuentan con sistemas de procesamiento de reclamos y de solución de conflictos entre comprador y vendedor, que prevén la posibilidad de obtener reembolsos, devoluciones, o cambios. En el caso de Mercado Libre S.A., si una transacción no se perfecciona por incumplimiento de alguna de las partes, o si no se ajusta a lo convenido, tanto comprador como vendedor tienen la posibilidad de interponer un reclamo a través de la plataforma, aportado los elementos de prueba que consideren pertinente (fotografías, registros de conversaciones, etc). Ahora bien, la existencia de estos sistemas de resolución de conflictos y la resolución que se adopte siempre estarán sujetas al criterio de la intermediaria.

En nuestro país, ha sido a través de la jurisprudencia que se han delineado criterios para determinar qué tipo de responsabilidad es atribuible a los intermediarios de comercio electrónico de acuerdo al rol que cumplen en las transacciones. En el apartado siguiente analizaremos una serie de sentencias dictadas por distintos tribunales a partir de reclamos interpuestos, principalmente, contra Mercado Libre S.A.

IV. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

1.-"Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios"[553]

Los actores adquirieron entradas para un evento musical a través Mercado Libre S.A. Al momento de utilizarlas, no solo se les niega la entrada al lugar, sino que además son detenidos, puesto que los tickets habían sido denunciados como robados. Ante esto, los compradores promueven demanda de daños y perjuicios contra la plataforma.

En primera instancia[554], el reclamo contra la empresa es rechazado, y se condenó a quien actuó como vendedor en la operación. El tribunal entendió que la relación de consumo se estableció entre comprador y vendedor, únicamente. Ello porque el actor conocía que el producto adquirido no era propiedad de Mercado Libre, y además pactó las condiciones de la transacción y pagó el precio

553Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala k. Fecha: 05/10/2012.

554Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 47.

directamente al vendedor. Además, porque al registrarse en la plataforma de compra-venta, cada usuario acepta la responsabilidad exclusiva tanto como por los productos que ofrece, como por los que adquiere.

Mercado Libre, por su parte, únicamente "*permite poner a disposición de los distintos usuarios un espacio virtual que les habilita a comunicarse mediante internet para encontrar una forma de vender o comprar servicios o bienes*", sin intervenir en el perfeccionamiento del contrato, de acuerdo al fallo de primera instancia.

La sentencia es apelada, y la Cámara en lo Comercial interviniente sostiene que la demandada es, efectivamente, parte en la relación de consumo, dado el carácter profesional de la actividad desplegada por la plataforma.

Como fundamento de la extensión de la responsabilidad a la plataforma como proveedor más allá de que el comprador no hubiera perfeccionado un contrato de consumo directamente con esta, la Cámara argumenta que, con la consagración del artículo 42 a través de la reforma constitucional de 1994 *"el elemento activante del régimen tuitivo del consumidor había dejado de ser el contrato de consumo, pasando a serlo una figura mucho más amplia como lo es la relación de consumo. En tal entendimiento, desde dicha oportunidad, siempre que se estuviera ante una relación de consumo en cualquiera de sus etapas, debía aplicarse el sistema de protección del consumidor".*

Es por ello que considera aplicable a la demandada -en su calidad de integrante de la relación de consumo-. el régimen de responsabilidad objetiva y solidaria por vicio o riesgo de la cosa.

Aún más, Mercado Libre no sólo se limita a ofrecer un espacio virtual de intermediación entre compradores y mediadores, sino que la plataforma, al cobrar una comisión por cada venta, contribuye en la determinación del precio final de los productos, constituye parte de un contrato de tipo electrónico.

En relación a esta modalidad contractual, y citando al Dr. Ricardo Lorenzetti, el tribunal afirma que "*El sistema de comercio por medios electrónico, lejos de atenuar la responsabilidad de los proveedores que lo utilizan, agrava sus obligaciones porque presupone el uso de una tecnología que exige un mayor conocimiento de su parte. Podríamos afirmar que no solo se mantiene, sino que se profundiza. Debe tenerse en cuenta también que la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultado de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurado en un trato no familiar." (LORENZETTI, ob.cit., página 220 y 222.).*

Finalmente, la Cámara reafirma su criterio basándose en que la plataforma opera creando una apariencia en la cual los usuarios depositan su confianza. Apariencia tal que por sí misma justificaría la atribución de responsabilidad a la demandada.

Ante esta resolución, la empresa interpone recurso extraordinario, el cual es declarado inadmisible, como así también la posterior queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación[555], con lo cual quedó confirmada la resolución de la Cámara de Apelaciones.

555CSJN. Fecha: 19 de noviembre de 2013. Id SAIJ: FA13000193

2.-"Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial – Recurso de Apelación c/ Decisión de Autoridad Administrativa o Persona Jurídica Pública No Estatal"[556]

El presente caso se origina en el recurso interpuesto por Mercado Libre en contra una resolución dictada por la Dirección de Defensa del Consumidor, en la cual se condena la empresa al pago de una multa, además de la obligación de publicar el texto condenatorio en el periódico local, a favor de una consumidora que adquirió un par de zapatos a través de la plataforma, los cuales no se encontraban en las condiciones que habían sido acordadas.

La Cámara, de acuerdo a los términos de la resolución recurrida, sostiene: "*resulta innegable que, quien pone a disposición de compradores y vendedores un sitio web, cobra por publicitar y por la concreción de la operación, deviene responsable en los términos del estatuto consumeril*". Destaca que, mal podría considerarse como ajena la actividad de la intermediaria en relación a la compraventa, ya que esta tiene acceso a los detalles del producto adquirido, de la transacción realizada y del procesamiento de los pagos, el cual fue efectuado a través del sistema de pagos propiedad de Mercado Libre. Por lo tanto, entiende la Cámara, se trata de un caso de conexidad contractual donde los intervinientes asumen una garantía solidaria frente a la contraparte.

El tribunal refuerza su argumento basándose en el precedente sentado por el fallo "Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios", en cuanto afirma que Mercado Libre es integrante de la cadena comercial tanto por el hecho de cobrar una comisión por las ventas realizadas a través de la plataforma, como por la apariencia de seguridad y transparencia en las transacciones que genera para atraer la confianza de los compradores. Además, (…) la sentencia dictada en por la Cámara Civil y Comercial de Jujuy en Autos "Ferreiro, Pablo Alberto c/ Mercado libre", según la cual Mercado Libre "*está involucrado y tanto que contribuyó a formar el consentimiento, elemento indispensable para la toma de decisiones*." y que desconocer su rol activo en las ventas que se realiza por intermedio de la plataforma "*raya con la deliberada aniquilación de la confianza del comprador en pos de un sistema que se supone resguardo del principio de la buena fe, entre otros, como la seguridad prometida*".

3.-"Ferreiro, Pablo Alberto c/ Mercado Libre s. Acción emergente de la Ley de Defensa del Consumidor - Recurso de inconstitucionalidad" [557]

El hecho que dio lugar al inicio de la presente acción consistió en la adquisición, por parte del actor, de un producto a través de la plataforma Mercado Libre, el cual fue abonado en su totalidad, pero que sin embargo no fue recibido por el mismo.

Es útil aclarar aquí que el sistema de pagos de la plataforma, denominado "Mercado Pago", retiene provisoriamente el dinero depositado por el adquirente hasta tanto éste dé aviso de haber recibido el producto en las condiciones pactadas, lo cual no ocurrió en el caso bajo análisis. Formulado el pertinente reclamo, la empresa analiza el caso, y si surge de la prueba de la correspondencia intercambiada entre las partes que el vendedor había hecho envío del producto a una provincia diferente de aquella en la cual residía el comprador, Mercado Libre decida considerar cumplida la prestación y, consecuentemente, liberar el importe depositado a favor del destinatario.

556Cámara 4° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba. Fecha: 29/12/2016

557Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. Fecha:15 de julio de 2017.

La Cámara Civil y Comercial que intervino en grado de apelación[558] resolvió condenar a la empresa al pago de un monto equivalente al perjuicio económico sufrido por el comprador, como así también daño moral y de la multa estipulada en el artículo 52 de la ley 24.240 (conocida como daño punitivo), con el fin de desalentar las prácticas inescrupulosas.

El fundamento que se esgrime es, en primer lugar, la falta de prudencia de la demandada al momento de resolver la disputa, calificándola de "*apresurada e inconsulta a simple vista*", ya que mal pudo tenerse por cumplida la prestación cuando, del simple análisis del intercambio de mensajes entre las partes, surgía claramente que el vendedor envió el producto a un destino que no era el acordado.

En segundo lugar, se basa en la apariencia de seguridad y celeridad generada por Mercado Libre en su sitio web, sosteniendo que "*no era eso lo esperado de acuerdo a sus promesas y seguridades del sistema que con solo consultar el sitio aparecen prometidas: seguridad, eficacia, prontitud, etc.*"

Por último, reafirma el carácter de proveedor de la demandada en el marco de la relación de consumo, entiendo que "*Mercado Libre y Mercado Pago comercian a través de la red a la que acceden los usuarios."* Y continúa "(*Mercado Libre) actúa por un interés lógico y comercia con el servicio, ajustando sus tarifas al negocio. Está involucrado y tanto, que contribuyó a formar el consentimiento, elemento indispensable para la toma de decisiones*".

Frente a este pronunciamiento se interpone recurso de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal de Justicia, el cual lo rechaza, ratificando la postura de la Cámara en todos los aspectos, ofreciendo también algunas particularidades interpretativas.

En relación a la alegada falta de prudencia de la demandada, resuelve que "*resulta acreditado cuanto menos una falta de diligencia de la accionada, puesto que pudo constatar con el consumidor la recepción del producto adquirido -librando el mail correspondiente-, a pesar de que el supuesto vendedor adjuntara un comprobante de envío de correo y recién allí liberar los fondos. Ello hace a la prestación de un servicio profesional que es lo que ofrece puesto que, cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 del CCyCN).*"

Además, refuerza la posición que atribuye responsabilidad a la demandada con base, entre otros, en la apariencia que esta genera frente al consumidor: *"Aparece relevante la publicidad que ofrece Mercado Pago sosteniendo que es un pago seguro y especificando "que una vez que se acredite el pago, recibirás el producto. Si no lo recibes o tienes algún problema, protegeremos tu dinero y te ayudaremos" (fs. 32) y conforme el art. 1106 del CCyCN las precisiones formuladas en la publicidad se tienen incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente."*

El Tribunal rechaza el agravio en virtud del cual la demandada se autocalifica como mera intermediaria, y afirma que el accionado no puede pretender eximirse de responsabilidad sosteniendo que no intervino en la compraventa "*en virtud de la conexidad contractual existente, sería responsablemente por el daño causado al usuario-comprador, aún cuando el incumplimiento contractual ocurrió en un contrato del cual el titular de la plataforma no es parte, es decir, en el contrato celebrado entre el usuario-comprador y el usuario-vendedor" (Cfr. Romina Iannello, "La conexidad contractual y los contratos de consumo Comentario al fallo, Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial").*"

558Sala Tercera, Cámara Civil y Comercial de Jujuy. Fecha 15 de setiembre del 2016

Por último, la sentencia convalida la aplicación del instituto del Daño Punitivo en base a la necesidad de "*desalentar la práctica de procederes inescrupulosos e instar a los operadores de este tráfico sistematizado, para que lo mejoren y hagan cierto lo que prometen, lo que resulta fundamento*"; y también de la condena al resarcimiento de daño moral, dado que el consumidor "*se vio privado del uso de los teléfonos que pretendió adquirir y perjudicado por la indisponibilidad del dinero depositado para su compra, sino los malos momentos, pérdida de tiempo, constantes intentos de comunicación y la frustración que experimentó al sentirse estafado, cuando tomó los recaudos necesarios para realizar una transacción que aparecía publicitada como segura.*"

4.-" Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L s/ Ordinario." [559]

La demanda que dio lugar al caso bajo examen fue interpuesta por el señor Kosten, quien efectuó la compra de un automotor a través de Mercado Libre, mediante la modalidad denominada "subasta". Luego de haber pagado el precio del mismo, como así también una serie de gastos en concepto de gastos de "entrega y documentación", el actor no recibió el automotor, en virtud de lo cual interpuso demanda contra la plataforma solicitando el reintegro de las expensas realizadas, reparación de daño moral y aplicación de multa en concepto de daño punitivo.

La sentencia de primera instancia hace lugar a la excepción de legitimación pasiva interpuesta por la empresa, rechazando así la pretensión del sr. Kosten.

Frente a esta resolución se interpone recurso de apelación.

La Cámara en lo Civil y Comercial interviniente, frente a la escasez de herramientas legislativas locales, fundamenta gran parte de su en el análisis de legislación y jurisprudencia extranjera, llegando a las siguientes conclusiones:

Como base para la determinación de responsabilidad, entiende que es necesario indagar en el rol que la plataforma cumplió en la operación comercial.

Como particularidad, debemos aclarar que en el presente caso la compra no se realizó a través de la modalidad habitual dentro de las plataformas de comercio electrónico, mediante la cual comprador y vendedor se suscriben a las mismas y, al perfeccionarse una venta, el intermediario percibe una comisión proporcional al precio del producto, sino que se utilizó una modalidad que -en ese entonces- era relativamente novedosa, denominada "subasta" (por contraposición a la tradicional, denominada "*marketplace*").

El comprador tuvo acceso a la oferta y a la información de contacto del oferente sin necesidad de suscribirse a la plataforma, y procedió a negociar directamente con el mismo.

Posteriormente, realizó el pago a través de un sistema de transferencias ajeno al correspondiente a Mercado Libre.

Primero, sostiene la inconveniencia de responsabilizar al operador que actúa como mero intermediario entre las partes contratantes, limitándose a prestar un servicio de alojamiento de datos (hosting). Entiende que la empresa demandada ocupó "*una posición neutra, meramente técnica, automática y pasiva, lo que impide que tenga conocimiento y control de la información almacenada*."

Actuando en esta calidad, entiende el Tribunal, no podría imponérsele un deber activo de control sobre la información que como intermediario administra, basándose en la Directiva sobre

559Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. Fecha: 22/03/2018

Comercio Electrónico del Parlamento Europeo que consagra la inexistencia de una obligación general de vigilar. De ello se deriva *"la inexistencia de una responsabilidad, tal como lo declaró nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al analizar el régimen de responsabilidad de los ´motores de búsqueda´ en Internet" (conf. CSJN, 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc.s/ daños y perjuicios", considerando 16)."*

Es decir, reafirma la teoría según la cual la responsabilidad del intermediario es de carácter meramente subjetivo.

La sentencia admite que podrían existir supuestos de atribución de responsabilidad objetiva al intermediario, que solo admiten una interpretación de carácter restringido. Refiere específicamente al supuesto en que el autor de un contenido ilícito dentro de una plataforma, actúe bajo la dirección o control del responsable de la misma, perjudicándose de esta forma al consumidor. Fuera de este caso, y sin probarse que la plataforma cumplió un rol activo en la transacción, la responsabilidad atribuible a la demandada es de naturaleza subjetiva.

A continuación, el tribunal sostiene que el rol de las plataformas que gestionan el mercado electrónico "*consiste en un servicio electrónico que permite acceder al conjunto de una información enderezada a la consecución de una finalidad, cual es que unos adquieran productos o servicios que otros enajenan, obteniendo el operador por ese servicio una retribución."*

Si bien es posible que las plataformas intermediarias presten otro tipo de servicios conexos en virtud de los cuales sean pasibles de atribución de responsabilidad objetiva, en el caso bajo examen, Mercado Libre actuó "*con relación a la oferta de venta del automotor que interesó al actor como un simple sitio web de alojamiento de datos (hosting)*.", ya que de la prueba presentada surge que no es necesario registrarse ni proporcionar información de ningún tipo para poder acceder al sitio de ventas, entendiendo así que ello encuadraría únicamente en el marco de un contrato de publicidad. De ello deriva que el rol de la demandada fue de tipo pasivo. Ello sumado a que, el apartado "Términos y condiciones" del sitio web declarada que "*Mercado Libre sólo pone a disposición de los Usuarios un espacio virtual que les permite ponerse en comunicación mediante internet para encontrar una forma de vender o comprar servicios o bienes*…" y que "…*Debido a que Mercado Libre no tiene ninguna participación durante todo el tiempo en que el artículo se publica para la venta, ni en la posterior negociación y perfeccionamiento del contrato definitivo entre las partes, no será responsable por el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Usuarios en el perfeccionamiento de la operación"*, apartado que, según entiende el sentenciante, cumpliría con el deber de proveer información de la ley 24.240, que el oferente manifieste que se eximirá de responsabilidad no significa que efectivamente no vaya a responder.

Como bien se mencionó previamente, la Cámara admite la atribución de responsabilidad de tipo objetivo a las actividades o servicios prestados por la plataforma que revistan un carácter activo en las transacciones. Este sería el caso del servicio de pagos de propiedad de Mercado Libre, denominada Mercado Pago, citando como precedente de este supuesto los Autos "Ferreiro, Pablo Alberto c/ Mercado Libre".

Sin embargo, como mencionamos, el señor Esteban Kosten no hizo uso de esta plataforma de pagos, sino que transfirió el monto requerido por el vendedor mediante un sistema de pagos provisto por un tercero.

Por lo tanto, no es aplicable a la demandada el carácter de proveedor por cuanto tuvo intervención en la operación de compra-venta, sino que tampoco cobró una comisión por el

perfeccionamiento de la misma (recordemos que este había sido uno de los criterios considerados en el citado fallo Ferreiro.)

Por último, se señala que el actor actuó con "evidente torpeza" en el proceso de adquirir un rodado, por cuanto no verificó físicamente su estado, no pudiendo alegar la misma en juicio para beneficiarse. Además, no pareció dudar de la legalidad de la oferta en base al precio requerido por el mismo, el cual habría sido casi la mitad del precio de plaza para un automóvil usado similar, con lo cual mal podría ser considerado adquirente de buena fe.

5.- "Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección General de Defensa y Protección del consumidor por Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor"[560]

La presente causa se originó a partir del reclamo formulado por B., quien resultara damnificado por una operación realizada a través de Mercado Libre en virtud de la cual, no sólo no recibió el producto solicitado, sino que tampoco obtuvo el reembolso del monto pagado.

Mercado Libre cuenta con un sistema de procesamiento de pagos propio, Mercado Pago, el cual, como mencionamos con anterioridad, retiene el importe depositado hasta tanto el comprador dé aviso de haber recibido el producto en las condiciones acordadas. La plataforma asegura a los compradores, en relación a este sistema, que el pago se encuentra

"100% protegido" ante cualquier inconveniente en la operación. Ahora bien, Mercado Pago también funciona como una "billetera digital" (así se lo promociona en el sitio web de la empresa), que permite a los usuarios depositar fondos en la misma para pagar distintos bienes y servicios no sólo por medio de compras electrónicas sino también en comercios físicos adheridos al sistema, a través de transferencias.

Esta última modalidad es la que, según se desprende de la prueba, utilizó el señor B. para efectuar el pago por el producto adquirido: depositó el monto correspondiente al precio a su cuenta de Mercado Pago, y desde allí, a su vez, lo transfirió al vendedor.

Mercado Libre garantiza que la compra se encuentra protegida hasta el momento en que el comprador califique positivamente la operación realizada, pero esta garantía únicamente abarca los casos en que el pago se vincule directamente a una oferta de la plataforma. No así cuando el comprador decide transferir el monto al oferente en forma independiente, el cual es considerado un simple envío de dinero a un tercero, aunque utilice la misma plataforma. Esta discriminación de consecuencias respecto a cada una de las modalidades de pago no se encontraba especificada en el sitio web de la demandada

Transcurrido un lapso de tiempo razonable, al no recibir el producto ordenado, y tras numerosas consultas a Mercado Libre, el comprador formuló el pertinente reclamo ante la Dirección de Defensa del Consumidor, instancia en la que se condenó a la demandada al pago de una multa por violación al artículo 19 de la ley 24.240 (deber de información), y por daño directo al actor.

El fundamento brindado por la autoridad de aplicación consistió en que, tal como surge de la prueba rendida en el expediente, "*la respuesta dada por la sumariada ante la consulta del señor B., dio a este la certeza de que su pago estaría asegurado y que el mismo no sería transferido al vendedor hasta tanto confirmase la recepción del producto adquirido, toda vez que nada dice respecto a la posibilidad de que ese pago sea tomado como envío de dinero y que fuese excluido del Programa de Protección al Comprador"* y a continuación, que *"la información referida a la*

560Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I. Fecha: 8/10/2019

acreditación del pago constituye un aspecto sustancial del contrato celebrado, por lo que su conocimiento o desconocimiento pueden tener incidencia directa en la celebración del mismo".

Cámara: Mercado Libre no puede considerarse ajeno a la relación de consumo.

Mercado Libre S.A. no puede desconocer que, en su calidad de intermediario, se encuentra alcanzado por la Ley de Defensa del Consumidor (...) A mayor abundamiento, cabe señalar que a través de 'Mercado Pago' se brinda un servicio al consumidor que también genera obligaciones para la recurrente en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor".[561]

La confianza del usuario B. en la plataforma ofrecida por el recurrente resultó clave para la concreción final de la operación. Desde este punto de vista, los términos y condiciones no fueron respetados por la sumariada y, aún cuando ello pudo tener como fundamento la alegada distinción entre "pagar" y "enviar dinero" a través de Mercado Pago; lo cierto es que falló la información que proporcionó la empresa durante la concertación del contrato, lo cual vició la voluntad del consumidor, quien pudo creerse con una legítima expectativa a tener una protección.

El Dr. Balbín expresó en su voto:

"Mercado Libre no desconocer que, en su calidad de intermediario, se encuentra obligado a respetar y garantizar las disposiciones relativas a defensa del consumidor"

"Debió ser la propia empresa quien -dando cumplimiento al deber de información- comunicara acabadamente sobre las alternativas de pago y las consecuencias de optar por una u otra, máxime cuando una de las posibilidades implicaría el no otorgamiento de una garantía sobre la transacción"

6.- "Ferraro Antonio Fabián c. Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L." [562]

En el caso en cuestión, el actor demandó en forma simultánea a la plataforma Mercado Libre y a la empresa Car Group S.A. por el perjuicio que estos le ocasionaron a partir de la publicación de fotografías del automóvil del actor para promocionar la venta de rodados, sin contar con la autorización del mismo.

La Cámara rechazó la demanda en contra de Mercado Libre, estableciendo que la responsabilidad de la misma, en tanto intermediaria, es de carácter subjetivo, reeditando así el argumento brindado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Autos "*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios"*, del año 2014, en que se juzgó el rol de una plataforma de búsquedas online. Así, la Cámara argumentó que se trata de *"un fallo con distintas aristas, pero sin dudas con puntos en común que permiten la aplicación de la doctrina del mismo a este caso. Allí, la Corte resaltó la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda y concluyó que el factor de atribución con el que debe ser juzgada la responsabilidad de los mismos es subjetivo, es decir, que serán responsables cuando hayan tomado efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido publicado si tal conocimiento no es seguido de un actuar diligente.*

Una vez sentado este criterio, afirma que la falta de comunicación a la demandada de la situación perjudicial -que impidió a la misma actuar en consecuencia- tiene el efecto de eximir a la misma de responsabilidad en la presente causa: "*La confiabilidad del sistema se basa no necesariamente en el control de que, como en este caso, las fotografías que se utilizan sean fidedignas respecto a lo que cada anunciante desea comercializar, sino, como dije, en la adopción*

561 Mercado Libre SRL c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ Recurso Directo sobre Resoluciones de Defensa al Consumidor. Fecha: 11/06/2018

562 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires. Sala C. Fecha: 01/10/2019

de medidas necesarias para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva. En el caso, no ha sido acreditado, ni siquiera alegado por el actor haber puesto a "Mercado Libre" en conocimiento del ilícito denunciado. Nótese que tal como quedó probado en el expediente a través del informe de la perito, en las publicaciones analizadas existía la posibilidad de "denunciar la publicación" y de solicitar "ayuda". Ninguna de estas herramientas fue utilizada por el actor para denunciar la conducta lesiva."

V. DERECHO COMPARADO

A. Unión Europea

La Unión Europea cuenta con una regulación específica y extensa del comercio por medios electrónicos. En miras a establecer normas claras que fomenten la seguridad jurídica y, de esta manera, crear un ambiente propicio para atraer inversiones en el campo de la tecnología necesaria para el E-commerce.

Las normas comunitarias adoptan la forma de Directivas y Reglamentaciones, que en principio rigen en forma subsidiaria al derecho interno de cada país.

El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone, en su artículo 5 que los contratos celebrados por consumidores se regirán, en principio, por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual.

Sin embargo, algunos de estos cuerpos normativos, tales como la Directiva sobre Comercio Electrónico, unifican concepto y criterios que se observarán en todos los Estados miembros

Marco normativo

El primer antecedente en la materia está dado por la Directiva 85/577/CEE del Consejo Europeo, relativo a la Protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera del establecimiento comercial.

Posteriormente, se dictó la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Estos cuerpos normativos fueron unificados y reemplazados por la Directiva 2011/83/UE sobre los Derechos de los Consumidores, actualmente en vigencia. Esta establece directivas generales en relación a los contratos a distancia, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembro mantener o adoptar sus propias normas nacionales en la materia.

En los considerandos de la presente Directiva, se destaca la importancia de la protección al consumidor en su participación en contratos entre ausentes y fuera del establecimiento comercial, sin afectar la competitividad de las empresas, como elemento que refuerza la seguridad jurídica del tráfico.

«Contrato a distancia»: todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo;

Directiva sobre Comercio Electrónico[563]

Advertida la necesidad de coordinar las legislaciones nacionales en materia de comercio electrónico, se dicta la presente Directiva que unifica conceptos jurídicos a nivel comunitario, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores.

En los apartados N° 17 y 18 de los considerandos se define el término "Servicios de la sociedad de la información", tomando como base la definición existente Directiva relativa a la Protección Jurídica de los Servicios de Acceso Condicional o Basados en Dicho Acceso y la Directiva relativa al Procedimiento de Información en Materia de Reglamentaciones Técnicas y de Reglas Relativas a los Servicios de la Sociedad de la Información. Se entendía por tales a "*cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico (...) y a petición individual de un receptor de un servicio*".

La Directiva sobre Comercio Electrónico amplía esta acepción, abarcando a todos los servicios prestados en línea que, a partir de una solicitud individual del consumidor, dan lugar a una contratación por medios electrónicos, especialmente la venta de mercancías, como así también todo servicio que -aun no siendo remunerada por el destinatario-, constituyen una actividad económica para el prestador tales como los servicios de provisión de información, y herramientas de búsqueda, acceso y recopilación de datos.

Se define además qué se entiende por "prestador de servicios", siendo este *cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información*;

El término consumidor cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.

También se introduce la expresión "comunicación comercial", entendiéndose por tales a *todas las formas de comunicación comerciales destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas.*

En materia de responsabilidad, se realiza una distinción en base a la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entre comprador y vendedor. Así, la Directiva establece en su apartado 40 que se podrá eximir de responsabilidad a aquellos proveedores que únicamente se dediquen a la transmisión de información (*mere conduit*) y los que almacenen datos en forma automática, provisional y temporal (*caching*). En ambos casos, siempre que el proveedor no tenga participación alguna en el contenido publicado (por ejemplo, modificando la información).

Para beneficiarse con la eximición de responsabilidad, el intermediario deberá probar que, al tomar conocimiento de la existencia de una actividad ilícita, procedió de manera rápida a retirar la información relativa a la misma, o bien a prohibir el acceso a esta (apartado 45).

La Comisión Europea explicó, en 1998, que este régimen persigue fundamentalmente cuatro objetivos:

1.- Repartir la responsabilidad por la seguridad en internet entre todas las partes involucradas, en cooperación con las autoridades nacionales.

5632000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior

2.- Promover el desarrollo del comercio electrónico creando seguridad jurídica respecto al rol de cada uno de los actores, y asegurando al intermediario la dispensa de la obligación de monitorear el material que almacenan y manipulan, lo cual resultaría excesivamente costoso e inconveniente (al menos al momento de pronunciarse la Comisión).

3.- Crear un equilibrio entre los derechos fundamentales de los involucrados. Especialmente, el derecho a la privacidad y protección de la información personal, libertad de expresión e información, libertad comercial y el derecho de propiedad.

4.- Fortalecer el mercado digital adoptado un estándar común a nivel comunitario de exención de responsabilidad.

Artículo 5: información general exigida. La directiva establece que los Estados deberán garantizar al consumidor el acceso fácilmente, en forma permanente y directa a la siguiente información relativa al intermediario:

a.-Nombre;

b.-Dirección;

c.-Indicación de canales de contacto rápido y directo con el proveedor, como por ejemplo, dirección de e-mail;

d.-Si está inscripto en un registro público, datos de la inscripción;

e.-Si la actividad está sujeta a un régimen de control especial, información de la autoridad supervisora;

f.- Si ejerce una profesión regulada: título, inscripción en el colegio profesional correspondiente, normas profesionales aplicables al establecimiento;

g.-Identificación fiscal, si ejerce una actividad gravada con Impuesto al Valor Agregado.

En relación al precio, el mencionado artículo exige la publicación clara del mismo, discriminando impuestos y gastos de envío.

En el artículo 6, se establecen las exigencias relativas a las comunicaciones comerciales que formen parte o constituyan un servicio de la sociedad de la información. Estas deberán ser claramente identificables como tales, identificándose también a la persona física o jurídica en cuyo nombre se realicen (inc. a y b).

El artículo 10 (parte pertinente) exige que, antes de que el consumidor efectúe un pedido, el proveedor debe facilitarle como mínimo la siguiente información:

a.- Pasos técnicos que deben seguirse para perfeccionar el contrato;

b.- Si el intermediario va a registrar o no el contrato, y si este va a ser accesible al consumidor;

c.- Medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de datos;

Al realizar un pedido por vía electrónica, el prestador debe acusar recibo del mismo sin demora, y por la misma vía. Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las cuales se dirigen puedan tener acceso a los mismos (art. 11, inc. 1).

En su sección 3, el Artículo 9 regula el tratamiento de los contratos por vía electrónica: *Los estados miembros velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica, garantizando que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la*

utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.

La sección 4 de la Directiva sobre Comercio Electrónico se dedica a regular específicamente la responsabilidad de los intermediarios.

Art. 12: En su inciso 1 Se impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la eximición de responsabilidad a aquellos proveedores que transmita datos facilitados por el destinatario del servicio en una red de transmisión de informaciones, o faciliten el acceso a una red de comunicaciones, en los supuestos en que:

a. El proveedor no haya originado la transmisión.

b. No seleccione al destinatario de la información

c.No seleccione ni modifique los datos transmitidos.

En estas actividades de transmisión y facilitación del acceso a redes de comunicaciones están incluidas también aquellos proveedores que almacenen la información de modo automático, provisional y transitorio. (inc 2).

El artículo 14, dispone en su inciso 1 que el prestador de un servicio de la sociedad de la información que se dedique a transmitir información no podrá ser considerado responsable por los datos almacenados, a condición de que:

a. No tenga conocimiento efectivo de que la actividad de la información es ilícita y, en lo que respecta a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que;

b. En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador del servicio actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ella sea imposible.

El inciso 2 establece que la exención de responsabilidad "*no será aplicable cuando el destinatario actúe bajo la autoridad o el control del prestador del servicio",* este es el caso en que el proveedor actúa junto, o a través del titular de la información para perjudicar a un tercero.

En su artículo 15 inciso 1, la Directiva consagra la prohibición de imponer a los intermediarios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, como así también de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de ilícitos.

El inciso 2 del mismo artículo dispone que los Estados podrán establecer a los prestadores la obligación de comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos o actividades ilícitas llevadas a cabo a través de sus plataformas

REGLAMENTO (UE) 2019/1150 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea

En su apartado 2 define el término "servicios de intermediación en línea" como los servicios que cumplen todos los requisitos siguientes:

a) constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo (13);

b) permiten a los usuarios profesionales ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichos usuarios profesionales y consumidores, con independencia de dónde aquellas concluyan en última instancia;

c) se prestan a los usuarios profesionales sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores;

Si bien esta Directiva fue concebida con el objeto de regir las relaciones entre el intermediario de comercio electrónico y el vendedor, establece una norma muy importante en relación a los consumidores, por cuanto dispone en su artículo 3 inciso 5 que "*Los proveedores de servicios de intermediación en línea garantizarán que la identidad del usuario profesional que proporciona bienes o servicios en servicios de intermediación en línea sea claramente visible."*

B. Estados Unidos

B.1 Marco normativo

La responsabilidad por daños se rige de acuerdo a las leyes de cada Estado. En la mayoría de los casos[564], se atribuye responsabilidad objetiva al vendedor, fabricante y distribuidor de productos defectuosos.

A nivel Federal, existen fundamentalmente dos cuerpos normativos que regulan la responsabilidad de los intermediarios digitales: la *Digital Millenium Copyright Act*y *Communications Decency Act.*

***Digital Millenium Copyright Act* (1998)**

En el título II Limita la responsabilidad del intermediario por violaciones de derechos de autor en los siguientes supuestos:

I.- Comunicaciones transitorias

El proveedor actúa simplemente como un conducto de datos, transmitiendo información digital de un punto de una red a otro a petición de otra persona. Esta limitación abarca los actos de transmisión, encaminamiento o suministro de conexiones para la información, así como las copias intermedias y transitorias que se realizan automáticamente en el funcionamiento de una red. Para poder acogerse a esta limitación, las actividades del proveedor de servicios deben cumplir las siguientes condiciones: 1. La transmisión debe ser iniciada por una persona distinta del proveedor. 2. La transmisión, enrutamiento, suministro de conexiones o la copia deben realizarse mediante un proceso técnico automático sin selección de material por parte del proveedor de servicios. 3. El proveedor de servicios no debe determinar los destinatarios del material. 4. Las copias intermedias no deben ser normalmente accesibles a nadie más que a los destinatarios previstos, y no deben conservarse durante más tiempo del razonablemente necesario. 5. El material debe ser transmitido sin modificar su contenido.

II.- "Caching"

Limita la responsabilidad de los proveedores de servicios por la práctica de retener copias, durante un tiempo limitado, del material que ha sido puesto a disposición en línea por una persona que no es el proveedor, y que luego se transmite a un suscriptor a su dirección. El proveedor de servicios retiene el material de modo que las solicitudes posteriores de ese mismo material puedan

564Arizona, California, Georgia, Florida, Kansas, New York, South Carolina, Pennsylvania, entre otros.

satisfacerse transmitiendo la copia retenida, en lugar de recuperar el material de la fuente original en la red. La ventaja de esta práctica es que reduce las necesidades de ancho de banda del proveedor de servicios y disminuye el tiempo de espera de las solicitudes posteriores de la misma información

La limitación se aplica a los actos de almacenamiento intermedio y temporal, cuando se llevan a cabo mediante un proceso técnico automático con el fin de poner el material a disposición de los suscriptores que lo soliciten posteriormente. Está sujeta a las siguientes condiciones:1. El contenido del material retenido no debe ser modificado. 2. El proveedor debe cumplir las normas sobre la "actualización" del material -sustitución de las copias retenidas del material por material del lugar original- cuando se especifique de conformidad con un protocolo de comunicación de datos estándar de la industria generalmente aceptado. 3. El proveedor no debe interferir con la tecnología que devuelve la información de "aciertos" a la persona que publicó el material, cuando dicha tecnología cumple ciertos requisitos. 4. El proveedor debe limitar el acceso de los usuarios al material de conformidad con las condiciones de acceso (por ejemplo, la protección mediante contraseña) impuestas por la persona que publicó el material. 5. Todo material que se haya publicado sin la autorización del titular de los derechos de autor deberá ser eliminado o bloqueado rápidamente una vez que el proveedor de servicios haya sido notificado de que ha sido eliminado, bloqueado u ordenado eliminarlo o bloquearlo en el sitio de origen.

III.- Almacenamiento de información a solicitud del usuario.

Restringe la responsabilidad de los proveedores de servicios por infringir el material de los sitios web (u otros depósitos de información) alojados en sus sistemas. Se aplica a los almacenamientos bajo la dirección de un usuario. Para poder acogerse a la limitación, deben cumplirse las siguientes condiciones: 1. El proveedor no debe tener el nivel de conocimiento requerido de la actividad infractora (de acuerdo al inciso 4); 2. Si el proveedor tiene el derecho y la capacidad de controlar la actividad infractora, no debe recibir un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora; 3. Al recibir la notificación adecuada de la supuesta infracción, el proveedor deberá retirar o bloquear el acceso al material con prontitud; 4. Con arreglo a la norma de conocimiento, un proveedor de servicios sólo podrá acogerse a la limitación de la responsabilidad si no tiene conocimiento efectivo de la infracción, no tiene conocimiento de los hechos o circunstancias de los que se desprende la actividad infractora o, al obtener dicho conocimiento o conciencia, responde con rapidez para retirar el material o bloquear el acceso a él. La ley también establece procedimientos para la debida notificación, y normas sobre su efecto.

IV.-Herramientas de ubicación de información

Aplicable a directorios en línea y motores de búsqueda: Limita la responsabilidad por la actividad consistente en vincular a los usuarios a un sitio que contenga material infractor, bajo las siguientes condiciones:1. El proveedor tener el conocimiento de que el material es infractor. 2.Si el proveedor tiene el derecho y el poder para controlar la actividad infractora, no debe recibir un beneficio económico directamente vinculado a la actividad. 3. Al recibir la notificación de una supuesta infracción, el proveedor debe retirar o bloquear inmediatamente el acceso al material.

Communications Decency Act– Sección 230

Exime de responsabilidad al intermediario, con miras a los siguientes objetivos:

1.-Para promover el desarrollo continuo de internet y otros servicios de computación en línea y medios interactivos.

2.-Para preservar el competitivo mercado libre que actualmente existe en internet y en otros servicios de computación interactivos, sin restricciones por parte de regulaciones Estatales o Federales.

3.-Para promover el desarrollo de tecnologías que maximicen el poder de control del usuario sobre el contenido que se recibe.

Define "proveedor de contenido" como persona o entidad responsable, en todo o en parte, por la creación o el desarrollo de información provista a través de internet u otro servicio de computación interactivo.

También define qué se entiende por "Proveedor de software de acceso", siendo tal el proveedor de software o herramientas que permitan realizar alguna de las siguientes acciones:

a.-Filtrar, proyectar, habilitar o deshabilitar contenido;

b.-Seleccionar, elegir, analizar o procesar contenido;

c.-Transmitir, recibir, mostrar, reenviar, almacenar, buscar, clasificar, organizar, reorganizar o traducir contenido.

Sección C regula el tratamiento del intermediario:

Establece que ningún proveedor o usuario de un servicio de computación interactivo será considerado como autor de la información provista por otro proveedor de contenidos.

En materia de responsabilidad civil dispone que ningún proveedor o usuario de un servicio de computación interactivo será responsable en relación a:

a. Acciones adoptadas voluntariamente de buena fe para restringir el acceso o la disponibilidad de material considerado objetable por el proveedor, ya sea que ese material se encuentre protegido o no constitucionalmente.

b. Acciones tomadas o permitidas para permitir o hacer accesible la a los proveedores de contenidos los medios técnicos para restringir el acceso al material descriptos en el párrafo anterior.

b.2 Jurisprudencia

Oberdorf v. Amazon[565]

Heather Oberdorf adquirió a través de la plataforma demandada una correa retractable para su mascota. Al momento de utilizarla, la correa se rompe, impactando en la cara de la actora. Como consecuencia, esta pierde la visión de su ojo izquierdo de manera completa e irreversible.

Sin haber podido interponer el pertinente reclamo en contra del vendedor, interpone demanda contra Amazon solicitando la reparación de los perjuicios sufridos en base a una responsabilidad de tipo objetiva y por violación del deber de informar acerca de los posibles riesgos en la utilización del producto, la cual es rechazada en primera instancia por el Tribunal de Distrito de Pennsylvania. El tribunal consideró, en primer lugar, que la intermediaria no podía ser considerada responsable puesto que la ley Estatal limita la responsabilidad objetiva al "vendedor"[566] del producto, entendiéndose como tal a aquel que enajena un bien de su propiedad a un tercero, y que en este caso fue un tercero quien publicitó el collar en cuestión en la plataforma, y que una vez concretada

565 Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Tercer Distrito de los

566Restatement (Second) of Torts § 402ª.

la transacción en línea lo envió directamente al domicilio de la compradora. Por ello, Amazon.com no puede ser considerada vendedora y, por tanto, no se encuentra alcanzada por la normativa aplicable a los reclamos por productos defectuosos. En segundo lugar, aplica al caso la Ley de Decencia en las Comunicaciones (*Communications Decency Act*), que consagra la exención de responsabilidad para los intermediarios que se limitan a publicar contenido generado por otros proveedores de información.

La sentencia es apelada, recayendo por lo tanto en la Corte de Apelaciones del Estado. El tribunal considera que, previo al análisis de los aspectos jurídicos del caso, es necesario entender el rol de la demandada en la transacción que dio lugar al perjuicio y posterior reclamo.

Describe la Corte a Amazon como un "mercado virtual que comercializa productos propios y de terceros. En este último caso, es el tercero quien establece el precio, condiciones de compra y modalidades de envío. Por su parte, la plataforma recoge la información proporcionada por los usuarios y procesa los pagos. El vendedor, al ofrecer sus productos a través de esta empresa, debe proveer a la misma especificaciones acerca de estos, tales como su marca, modelo, peso y dimensiones, además de opciones y costo de envío. Obtenida esta información, la plataforma clasifica los productos y los publica en su sitio web." Detalla además que Amazon percibe dos tipos de comisiones por este servicio: la primera consiste en un monto de entre 7 y 15% del promedio de ventas, y la segunda está dada por una comisión por producto, o bien una tarifa mensual fija, a elección del vendedor.

De acuerdo a los términos y condiciones que rigen la relación entre estas dos partes establece que Amazon es un agente del vendedor, con el propósito de procesar pagos y reembolsos a cargo del proceso de ventas, efectuando transferencias bancarias y cargos. Durante cada etapa del proceso de venta, la empresa detenta un gran poder, con privilegios a su favor, como el de cesar en la provisión de alguno o varios de sus servicios a discreción y sin aviso, incluyendo la suspensión, prohibición o remoción de artículos. También puede ordenar al vendedor que detenga o cancele órdenes. Además, exige que el vendedor la indemnice ante cualquier reclamo, pérdida, daño o gastos, eximiéndose.

En el apartado A el tribunal recurre al precedente sentado en la causa "*Musser v. Vilsmeier Auction Co, Inc*", en la cual la Suprema Corte de Pennsylvania estableció cuatro criterios para determinar si una parte involucrada en una transacción puede ser considerada como vendedora y si, por lo tanto, es posible atribuirle una responsabilidad de tipo objetiva. Estos criterios sin los siguientes:

1-. El actor es el único miembro de la cadena de ventas ante el cual se puede interponer una queja.

2.- Si, en el caso concreto, la atribución de responsabilidad objetiva serviría como incentivo-

3.- Si el proveedor se encuentra en una mejor posición que el consumidor para prevenir la circulación de productos defectuosos.

4.- Si el proveedor puede distribuir el costo de compensación por los daños por productos defectuosos

Todos ellos resultarían aplicables al caso en cuestión, de acuerdo a los siguientes argumentos del tribunal:

1.- Tanto la compradora, Oberdorf, como Amazon, fueron incapaces de localizar al vendedor original. Por lo tanto, la intermediaria fue el único miembro de la cadena de comercialización en contra de quien se pudo interponer el reclamo.

2.- Amazon admite no tener relación alguna con los diseñadores o fabricantes de los productos que se comercializan a través de la plataforma, por lo tanto, no se controla la calidad y seguridad de estos. Sin embargo, de acuerdo a los términos y condiciones impuestos, tiene poder de decisión acerca de las publicaciones que se admiten. Imponer una responsabilidad de tipo objetiva resultaría un incentivo, según la Corte, para que la demandada remueva o prohíba la publicación de productos potencialmente dañinos en el futuro.

3.-De acuerdo a las condiciones contractuales descriptas, la demandada cuenta con un gran poder para determinar qué productos serán publicados y cuáles serán eliminados de la plataforma, como así también para decidir qué vendedores podrán permanecer activos, de acuerdo al sistema de calificaciones con que cuenta Por otra parte, Amazon es el principal canal de comunicación con el que cuentan los compradores para denunciar productos defectuosos. Atribuirle responsabilidad objetiva propiciaría la expulsión de vendedores cuyos productos hayan sido reportados como peligrosos o defectuosos por los usuarios.

4.-Amazon puede distribuir el riesgo, por ejemplo, ajustando la comisión impuesta a los vendedores, para resarcirse por los daños que debió indemnizar. Por lo tanto, atribuirle responsabilidad objetiva serviría -de manera indirecta- como un incentivo a los vendedores para comercializar productos cuya seguridad esté garantizada.

Por último, el tribunal analiza si la Ley de Decencia en las Comunicaciones constituye un obstáculo al reclamo interpuesto por Oberdorf. Al respecto, la demandada sostiene que no es pasible de responsabilidad por el contenido generado por terceros, ya que actúa como mero publicante o reproductor del mismo. La Corte de Pennsylvania sostiene que el rol de Amazon se extiende más allá del que cumpliría un publicante de contenido, sino que ejerce un rol concreto en el proceso de venta, por lo que deberá responder por los daños ocasionados por el producto. En cuanto al reclamo por violación al deber de información respecto a las precauciones que deben adoptarse al momento de utilizar el producto, este es rechazado por considerarse una cuestión propia de funciones editoriales.

VI. CONCLUSIÓN

El comercio electrónico lleva más de dos décadas de desarrollo en nuestro país. Las plataformas intermediarias poseen un rol determinante en la dinámica de los intercambios electrónicos, ya que ofrecen interfaces digitales en las cuales vendedores y compradores pueden acceder a un amplio mercado, tanto en materia de oferta y precios, como en términos geográficos.

Sin embargo, las características mismas del comercio electrónico pueden colocar al consumidor en una situación de desventaja tanto técnica (desconocimiento del funcionamiento de las plataformas) como así también por la imposibilidad de formular un reclamo directamente ante el vendedor (ya sea porque la plataforma se constituye en único canal de reclamación, o bien se desconoce la información necesaria para contactar al oferente, o bien por imposibilidad geográfica de llegar al mismo).

Si bien se acepta pacíficamente la aplicación de la legislación consumeril a la transacción entre vendedor y consumidor, no ocurre lo mismo respecto al régimen aplicable a las plataformas

intermediarias. Estas desempeñan una función compleja, que implica el desarrollo de la tecnología necesaria para el funcionamiento del espacio digital de intercambio, pero también, como se ha visto, mal podría desconocerse que cumplen una función determinante para el perfeccionamiento de las transacciones.

La jurisprudencia ha atribuido responsabilidad a las plataformas de comercio electrónico en base a distintos criterios:

Algunos tribunales resaltan la obtención, por parte del intermediario, de un beneficio económico a partir de las ventas concretadas y apariencia de seguridad en las transacciones y protección de los pagos contra el incumplimiento de la contraparte, tal como se juzgó en Autos "Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre".

De ello se ha derivado en "Mercado Libre S.R.L. c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial" que existe una conexión entre los contratos, de lo cual derivaría la responsabilidad de la plataforma frente al consumidor.

Como se aprecia, existe relativo acuerdo en la jurisprudencia en reconocer a los intermediarios como integrantes de la cadena de ventas, y por lo tanto, se les atribuye responsabilidad por daños al consumidor. Sin embargo, aún existe discrepancia sobre la naturaleza de esta responsabilidad, puesto que hay tribunales que consideran que el rol de la plataforma justificaría la atribución de responsabilidad objetiva (como en los citados Autos "Claps"), con fundamento en el artículo 40 de la ley 24.240. Pero la tendencia actual se encuentra marcada por la atribución de responsabilidad subjetiva, con fundamento principalmente en el derecho comparado y sentencias dictadas en el extranjero (caso "Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario" y "Ferraro Antonio Fabián c. Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L")

En el marco del derecho comparado, tomamos el caso de la Unión Europea y Estados Unidos, por cuanto han sido los lugares de nacimiento y radicación de las mayores empresas tecnológicas del mundo que ofrecen plataformas de comercio electrónico.

En Europa, el derecho comunitario favorece la exención de responsabilidad de los intermediarios que no modifiquen ni creen por sí contenido, estableciendo además la obligación de limitar al acceso e informar a las autoridades locales acerca de la existencia de información relacionada con actividades ilícitas en las plataformas.

La intención del Parlamento Europeo ha sido promover un marco de seguridad jurídica y de estabilidad destinado a fomentar el desarrollo de las tecnologías de la información dentro del espacio comunitario.

En Estados Unidos, existen numerosas leyes a nivel estatal que consagran la responsabilidad objetiva del vendedor por los daños causados al consumidor. Las plataformas de comercio electrónico como Amazon se han amparado, con relativo éxito, en la tradicional definición de "vendedor", para eludir la responsabilidad frente a los compradores, lo cual está comenzando a revertirse, como advertimos en el caso "Oberdorf vs. Amazon", el cual marcó un hito en virtud del cual se amplió este concepto estricto de "vendedor", para incluir actualmente a los intermediarios de E-commerce. A nivel Federal, la legislación permite a los denominados "Proveedores de software de acceso" beneficiarse con la exención de responsabilidad civil.

El comercio electrónico constituye, desde hace tiempo, una actividad económica de gran peso en el mercado, y de marcada presencia en la vida cotidiana de los consumidores. Sin embargo, en

un país constantemente azotado por vaivenes políticos y económicos, la protección de los consumidores nunca parece tener prioridad a nivel legislativo.

Consideramos que es imperativo dotar a los jueces de herramientas para resolver las cuestiones que ante ellos se plantean, que abarquen en forma completa la complejidad que representan. Es un desafío que requiere esfuerzos conjuntos del sector legislativo y académico, no solo con el fin de proteger los derechos básicos de los consumidores, sino para brindar un marco de seguridad jurídica que garantice la equidad en los intercambios sin coartar el ejercicio de la libertad comercial y la innovación.

EL CONSUMIDOR EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES UNA APROXIMACIÓN A SU REALIDAD Y LA NECESIDAD DE NUEVAS PROPUESTAS

Paula Valentina SCERBO

Resumen: El presente trabajo busca presentar la situación actual de los consumidores frente al sistema económico y financiero que facilitan su sobreendeudamiento. A partir de ello, y frente al requerimiento de pago de sus acreedores, la salida más directa es la presentación en concurso o quiebra. Sin embargo, los procedimientos que establecen la Ley de Concursos y Quiebras distan de ser los más propicios para este nuevo actor del derecho. Además, hay que conjugar en ellos principios que establece la Ley de Defensa del Consumidor y la Constitución Nacional. Presentare el panorama actual de la situación del consumidor en estado de cesación de pagos, y cómo la jurisprudencia ha morigerado efectos del concurso y la quiebra que no respetan los principios propuestos por la Carta Magna. Asimismo, se abordará y criticará el proyecto de reforma de la ley concursal que se encuentra presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación.
Palabras claves: Consumidor – Concursos y Quiebras – Jurisprudencia.

Abstrac: The present work seeks to present the current situation of consumers facing the economic and financial system that facilitate their over-indebtedness. Faced with the payment request from creditors, the most direct way out is asking in court being in bankruptcy. However, the procedures established by the Bankruptcy Law are far from being the most favorable for this new actor in law. In addition, they must combine principles established by the Consumer Defense Law and the National Constitution. I will present the current the situation of the consumer in a state of default, and how the jurisprudence has mitigated the effects of bankruptcy do not respect the principles proposed by the Constitution. Likewise, the bankruptcy law reform project that is presented before the National Chamber of Deputies will be addressed and criticized.
Key words: Consumer – Bankruptcy System – Jurisprudence - El Consumidor En El Derecho Argentino.

Conforme el criterio economicista, se puede considerar consumidor a todas aquellas personas que participan activamente en el mercado de bienes y servicios mediante la adquisición de estos por medio del dinero ya sea para su consumo personal o de su grupo familiar; son piezas fundamentales dentro de la economía social pues es representan la contracara de las empresas que proveen servicios y producen bienes; posibilitando el movimiento de las economías.

Indiscutiblemente ésta especial calidad de sujeto en el derecho llevó a incorporar su protección dentro de la Carta Magna en la última reforma constitucional acaecida en 1994. Evidencia de ello fue su incorporación al plexo normativo por medio de un nuevo artículo que reconoce el derecho y toma anclaje en la parte dogmática de Constitución Nacional (C.N.), específicamente bajo el artículo número 42; aprobada su inclusión por los constituyentes, implicó el reconocimiento de la importancia y su resguardo bajo el siguiente texto: "*Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad*

e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.".

Sin embargo, este no fue el primer reconocimiento legislativo de envergadura que tuvo la figura del consumidor de bienes y el usuario de servicios, toda vez que en 1993, un año antes de la reforma constitucional, fue sancionada la ley 24.240, conocida como Ley de Defensa del Consumidor y Usuario (L.D.C.), la cual establecía en su articulado no sólo la definición de los sujetos que se encontraban comprendidos por la ley, su forma de identificación, regulaba los derechos y deberes de las partes, así como agregaba normas procedimentales a los fines del tratamiento expeditivo de las cuestiones atinentes al consumo.

Es este sujeto de derecho una pieza fundamental dentro de la economía moderna y, advertida su importancia dentro del sistema jurídico argentino, que no sólo reconocía su especial carácter sino que construyó a su alrededor un microsistema de protección tan poderoso que a la fecha es uno de los principales pilares del derecho argentino en el sentido de que toda persona, humana o jurídica, queda enredado en la cadena de consumo en alguno, o varios, momentos de su existencia, ya sea como proveedor de bienes o servicios, o como consumidor o usuario de los mismos.

Reguló, en dicha oportunidad, lo atinente al plazo de prescripción, el cual trajo como novedad el ser más acotado al que establecía el derecho civil común para esas circunstancias, así como plazos para reclamar sobre vicios redhibitorios y vicios ocultos en las relaciones de consumo. Todo ello llevó a diferenciar la forma de proceder de ésta incipiente rama del derecho respecto del derecho civil común, regulado por el Código de Vélez.

Lo que parecía un pequeño sistema, con matices y alcances particulares dentro del Derecho Civil Argentino, comenzó a ser de gran influencia por la cantidad de situaciones de la vida cotidiana que abarcaban. Cuantitativamente el "microsistema" ideado para la protección del consumidor y usuario se convirtió en uno de aplicación continua y progresiva dentro del derecho argentino hasta masificarse, previendo sistemas de solución de conflictos extrajudiciales y eficaces.

Sin embargo, este mal llamado microsistema de protección, giró sólo en torno a las relaciones comerciales celebradas por consumidores, usuarios y proveedores de manera individual, dejando un vacío normativo, en principio, respecto de la protección de estos sujetos de derecho frente a los procesos colectivos.

Ello importa ya que, toda vez que nos encontramos frente a un consumidor en estado de cesación de pago, las normas aplicables a dicha circunstancia son las correspondientes a la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.Q.), Ley 24.522, y cabe recordar que dicha ley –cuyos orígenes se remontan a la Ley 19.551 del año 1972– plantea procedimientos por demás complejos y taxativos, orientados a tratar la crisis de las empresas y cuyos titulares bien pueden ser personas humanas y/o jurídicas, pero siempre teniendo en mira la protección de la actividad comercial que despliegan.

Como bien indica Rouillon[567], uno de los principios fundamentales sobre los cuales se ciñe el procedimiento concursal es la conservación de la empresa, toda vez que atiende a la protección de la fuente laboral por sobre la del patrimonio empresario. Desde este punto de vista, la normativa concursal y falimentaria plantea procesos difícilmente adaptables a los fines de su aplicación respecto de los consumidores, ya sea por los requisitos que establece a los fines de lograr la apertura de los procedimientos, las cargas que exige cumplimentar para evitar el desistimiento –en el caso del concurso preventivo– y principalmente la imposición de costas frente al patrimonio de un deudor empobrecido o de escasos ingresos– cuanto más de las veces nos encontramos con trabajadores en relación de dependencia, con un patrimonio insignificante para liquidar en caso de quiebra, o de interés para que los acreedores acepten una propuesta de pago para los concursos.

Cabe recordar que la última gran modificación normativa de la Ley de Concursos y Quiebras, mediante la Ley 24.522 del año 1995, fue a los fines de integrar al procedimiento variantes como el instituto del Cramdown o Salvataje Empresario, o la intervención de la cooperativa de trabajadores, a fin de salvaguardar la fuente de trabajo frente a la inminente falencia por fracaso del concurso preventivo. Así también se establecieron los pisos mínimos y máximos sobre la regulación de los honorarios profesionales, tomando como base el sueldo de secretario de primera instancia. Sin embargo, ninguno de los cambios legislativos que han tenido lugar lo fue para elaborar un procedimiento acorde con la realidad del consumidor.

Hay que destacar que, frente a la problemática de los clubes en estado de cesación de pagos –principalmente en referencia a la crisis por las que atravesaron principalmente clubes de fútbol–, la solución legislativa para evitar la liquidación fue la sanción de la Ley 25.284 en el año 2000, normativa que actualmente regula un procedimiento particular a los fines de ordenar las cuentas de la entidad deportiva en crisis; ello con miras a salvaguardar el patrimonio cultural y deportivo que representan para la sociedad.

Ahora bien, y teniendo en cuenta que la gran reforma de la ley concursal originaria –Ley N°19.951– fue en el año 1995, adoptando a partir de allí la numeración de Ley N°24.522, y que ésta fue sancionada con posterioridad a la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24240 de 1993) y la Reforma Constitucional de 1994; resulta atinente preguntarse por qué, si ya el consumidor era visto en el sistema jurídico argentino como un sujeto, quien por su particular actuación en el mercado revestía de una condición jurídica desventajosa –por ello la especial protección diseñada– no se hayan introducido modificaciones a la ley concursal, en función a regular los procedimientos colectivos que involucraran consumidores, y adaptar el sistema de protección frente a la insolvencia.

Visto de esta manera, ya la manda constitucional dispone que *"(…) La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (…)" (el resaltado me pertenece)*

567 Al respecto nos dice el jurista que, "(…) La empresa se convirtió en el centro de atención del derecho comercial y desplazó el eje de atención del derecho concursal. Entonces se advirtió el peligro de desaparición de las empresas a raíz de la insolvencia, y se entendió que cuanto mayor fuera la empresa comprometida, mayores serían los intereses afectados por su eventual cese. La suerte de las actividades empresariales pasó a ser la principal preocupación, viéndose en la insolvencia de las empresas (especialmente de las grandes) un problema que no era ya exclusivo de su titular y de los acreedores. La empresa es fuente de empleos y de ingresos tributarios, muchas veces generadora de asientos poblacionales y eslabón con otras empresas en el crédito o en los sistemas de producción y de comercialización. Al tomarse conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los de los acreedores inmediatos, la preocupación por salvaguardar o rescatar las empresas en peligro dio nacimiento al llamado "principio de conservación de la empresa", el cual fue elevado a la categoría de principio inspirador de muchas disposiciones de legislaciones concursales a partir de mediados del siglo XX (…)". ROUILLON, Adolfo A. N.; REGIMEN DE CONCURSOS Y QUIEBRAS LEY 24.522; 17° Edición actualizada y ampliada; ASTREA; p.13

y resulta poco acertado no haber aprovechado la oportunidad de establecer un marco regulatorio que previera la situación del consumidor o usuario frente a la insolvencia patrimonial. Es que como se hizo referencia en un principio, el plexo normativo concursal dista de ser un proceso simple a los fines de abarcar la situación de crisis patrimonial del consumidor.

Es una realidad que en materia de procedimientos concursales, tomando a cuenta tanto concursos preventivos como quiebras, el caso de la persona humana frente a dicho procedimiento importa la mayoría de las veces, encontrarse frente a un consumidor, quien, por falta de experticia o por haber tomado un conjunto de malas decisiones en el ámbito económico personal recurre a la justicia a fin de salvaguardar su patrimonio por medio de una propuesta de pago al conjunto de sus acreedores –en el caso del concurso preventivo– o de la liquidación de su activo – en el caso de la falencia.

Toma aquí principal importancia el hecho de que el procedimiento concursal, como fue diagramado tanto en su versión originaria por la ley 19.951 como la 24.255 (con sus modificaciones) es superabundante a los fines del conocimiento que requieren dichos procesos, tanto por la cantidad de acreedores, la calidad de ellos y el giro comercial que presenta los sujetos concursados.

Es así que nos encontramos frente a un grupo de personas concursables en dónde la aplicación de todas las condiciones que requiere la ley, ya sea a los fines de la apertura del procedimiento o el transcurso del mismo hasta la regulación de honorarios, abroga supuestos y requisitos muy por encima de lo que dicho proceso demanda y el gasto que genera. Visto esto último desde lo referido a los pisos mínimos previstos por la ley a fin de regular los honorarios de los profesionales intervienes, los que resulta muy por encima de lo que los sujetos pueden solventar, provocando el fenómeno del "*reconcursamiento*" (concluido el plazo de un año del concurso cumplido) o de la "*requiebra*"; tirando la borda la finalidad de la ley, la cual busca a reorganización financiera de las personas frente al estado de cesación de pagos que presenta su patrimonio, el "*fresh start*" financiero.

Mucho se ha hablado de un proyecto de reforma que contenga un procedimiento acorde a la, podemos decir falta de complejidad que presentan estos procesos, ello en vista de que el carácter de los créditos, así como la operatoria comercial que puede encontrarse en estos tipo de concurso no presentan grandes complicaciones y excede así el articulado de la ley de concursos y quiebras actual, ya por su casuismo y los tiempos dispuestos por la misma, previsto para los concursos y quiebras de personas con actividad económica productiva.

Es importante discriminar cuales son los factores que llevan a la insolvencia patrimonial al consumidor en la actualidad, pues hoy en día, la dinámica de mercado exige la creación de bienes y servicios que sean puestos a disposición en el mercado, que presenten continuamente avances tecnológicos, y que generen una necesidad intrínseca de adquisición de éstos.

Son los sistemas de marketing de producto aquellos que tienen principal influencia dentro de la psiquis de las personas, generando necesidades aún donde antes no las había, orientados a que los productos en el mercado tengan un recambio lo suficientemente rápido como para lograr que las compras se mantengan estables y así generar un consumo lo suficientemente alto para sostener los niveles de producción que necesita el empresario y de ésta manera generar exponencialmente ganancias.

Ahora bien, ¿cuál es el costo del consumo desmedido?, ¿cómo sostener una economía de consumo y generar ingresos suficientes para la adquisición de los productos que ofrece el mercado?

La ley de oferta y demanda se aplica de manera sencilla, mientras más productos del mismo tipo se colocan en el mercado, menor es el precio al que se lo puede ofrecer, ello porque la competencia le da al consumidor un abanico de posibilidades en cuanto la elección acorde a su bolsillo. Esto incide drásticamente en que la inversión por parte de los empresarios debe ser continua a los fines de lograr colocar continuamente productos, no solo novedosos, sino que tecnológicamente superen a su competencia.

Este sistema de mercado, marcado por la necesidad de generar altos y continuos niveles de consumo para solventarse, encuentra su contracara en el sistema de crédito, que es aquel al que accede el consumidor a los fines de resolver la posibilidad en la adquisición de tales productos.

Debe destacarse que el crédito se vio facilitado en las últimas décadas por la bancarización de los salarios, resolviendo el sistema de financiación a través de tarjetas de crédito y la posibilidad de acceder incluso a "microcréditos", de pequeños montos (mutuos a sola firma, prestamos por medio de cajeros automáticos, saldo en descubierto en cuenta corriente, etc.), en dónde el trabajador encuentra una forma de resolver de manera fácil y sencilla el acceso a la cantidad de efectivo necesaria para adquirir bienes y servicios; su respaldo siempre es el mismo, su salario.

La bancarización del salario facilita la ejecución rápida del crédito frente al momento de su cancelación, mediante el descuento directo del salario al momento del depósito en la cuenta, evitando así el tener que esperar a que el deudor cumpla con la obligación de pago en término. Ya no es el deudor quien decide al momento del pago si hacerlo o no, directamente el sistema empieza a prescindir de la voluntad expresa al momento de cada vencimiento mediante la emisión de una única autorización, y la existencia de convenios entre tarjetas y comercios a los fines de perseguir el cobro de las acreencias.

Es que el sistema permite el descuento directo sobre la cuenta en la que se deposita el salario del trabajador, y ello ocurre no sólo respecto de los préstamos otorgados por la misma entidad, sino también respecto de los gastos ocasionados por las tarjetas de crédito vinculadas a dichas cuentas, así como también respecto de cualquier servicio que adhiera el consumidor.

Lo presente es factible en virtud de que, en la práctica comercial, se ha normalizado la adquisición de algunos bienes mediante sistemas de financiamiento comercial, y con motivo de la celebración de acuerdos privados entre comerciantes, sindicatos e incluso asociaciones mutualistas y la entidad bancaria, permitiendo el mismo sistema de descuento sobre cuenta sueldo.

El tráfico comercial, a su vez, ha facilitado a los servicios ser agregados a dicho sistema mediante mecanismos de "agenda de pagos" o autorizaciones para "débitos automáticos", logrando así el cumplimiento en el pago, si se quiere compulsivo, o más bien de manera "inconsciente", ya que, si bien existe en un principio autorización para dicho débito, el cual se realiza mes a mes sobre la cuenta. Al automatizarse el mecanismo de pago, el problema que sobreviene es el de la falta de control que hace el consumidor sobre los gastos efectuados, llevándolo así de manera rápida y sin escalas al sobreendeudamiento si no cuenta con conducta y orden para el gasto, y la toma de crédito. Salvar esta circunstancia importa educar para el consumo.

Se define así el nuevo sistema de crédito, en dónde la posibilidad de efectuar el pago de las deudas de manera extrajudicial prescinde de la actividad por parte del solvens, toda vez que existe una autorización previa, que posibilita la vía del cobro compulsivo directamente sobre la cuenta corriente o cuenta sueldo del autorizante.

Al respecto hay que destacar que no se han establecido límites de cobro, habilitando, de esa manera, que sea posible absorber de manera íntegra los fondos de las cuentas bancarias. Ello choca

de manera tajante con aquella política estatal que vio surgir el Decreto 484/87[568] dónde se establecieron parámetros para gestionar los embargos sobre los salarios, con fundamento en la protección de los mismos y su carácter alimentario, mediante la declaración de inembargabilidad sobre un mínimo necesario a los fines de la subsistencia del trabajador y su grupo familiar, límite establecido bajo el parámetro del Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM), y cuya actualización depende del Consejo Nacional de Empleo.

Es entonces que, actualmente y al posibilitar mediante autorización el cobro compulsivo de la totalidad de la acreencia sobre la cuenta sin restricción alguna, que nos encontramos frente a deudores ya "*sobreendeudados*", y por tanto insolventes, a los que podemos considerar incluso en estado de emergencia, al ver que, frente al depósito de su salario, el mismo se ve absorbido en su totalidad por sus acreedores, quedando sin remanente de efectivo a los fines de su subsistencia y la de su grupo familiar.

Frente a estas situaciones, lamentablemente recurrentes en los pasillos de tribunales, son aquellas dónde los letrados patrocinantes apuran las aperturas de los procesos concursales de sus clientes, ya sea por medio de procedimientos de quiebras o concursos preventivos. Eligiendo uno u otro dependiendo de la situación patrimonial del deudor y las posibilidades de arribar a un acuerdo con sus acreedores. Requiriendo en carácter de medidas urgentes al momento de la apertura el levantamiento de embargos sobre sueldos y revocando la autorización para el cobro de manera compulsiva sobre el salario, mediante la acción de "*stop debit*", frente a la entidad bancaria, obligando así a sus acreedores a presentarse a verificar sus créditos.

Ahora bien, este sistema se conjugaba de manera sencilla hasta la reforma del sistema de derecho privado por medio de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.) por ley 26.994, cuya entrada en vigencia fue a partir de agosto 2015.

Ello porque, conforme lo dispuesto por la ley concursal, toda vez que presentado el deudor en concurso preventivo y cumplimentados los requisitos de publicidad que determina la ley (edictos y cartas certificadas) o declarada la quiebra, se producía el decaimiento de todos los vencimientos de las deudas que se encontraban en curso a los fines de que los acreedores llamados al procedimiento universal comparezcan a verificar sus créditos respectivamente.

Ahora bien, a partir del año 2015, y luego de la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, se dispuso en el Libro Primero destinado a la Parte General, Titulo IV sobre Hechos y Actos Jurídicos, Sección 2da, Capítulo 7 sobre Modalidad de los actos jurídicos, reformando lo estipulado en el viejo código velezano sobre caducidad de plazo, y ahora ubicado en el art. 353, cuyo texto normativo que dispone: "*Caducidad del plazo. El obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes****. La apertura del concurso***

568 La finalidad de la norma la encontramos en su Considerando cuando manifiesta que, "(..) el propósito de garantizar el principio de intangibilidad de las remuneraciones e indemnizaciones laborales en relación con los reclamos provenientes de los acreedores del trabajador. Que las normas que a tal efecto se dicten deben establecer proporciones de inembargabilidad que al tiempo que permitan preservar la satisfacción de la función alimentaria que es propia del salario o de las que quepa atribuir a las diversas indemnizaciones previstas en el ordenamiento laboral, no comprometan más allá de lo ineludible las posibilidades del acceso al crédito por parte de los sujetos a los que la ley procura brindar su amparo." Y justifica la toma de posición por una medida de valor no sólo cuantificable sino actualizable por "(…) la naturaleza misma del SALARIO MINIMO VITAL y la consideración de sus niveles históricos hacen aconsejable llevar la inembargabilidad de las remuneraciones hasta la concurrencia con su importe."

del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal".[569]

Esta nueva disposición, afecta directamente sobre el sistema concursal. Ello toda vez que el sistema concursal prevé en el primer supuesto del art. 20 de la L.C.Q., la necesidad de solicitar autorización al Juez a fin de poder continuar con el pago de aquellos contratos con prestaciones recíprocas pendientes[570]; disponiendo la manda concursal que sobre aquellos contratos sobre los que recaiga autorización gozarán tales prestaciones del privilegio previsto para los gastos del concurso (art. 240 de la L.C.Q.), ello significa que concurren con los mencionados a los fines de ser saldados.

Concurren así dos dispositivos normativos sobre los cuales hay que ofrecer una respuesta por la primacía de un sistema por sobre el otro, o componer el sistema de modo que una norma no subsuma a la otra.

Ello porque, toda vez que el concurso preventivo prevé el llamado a todos los acreedores de una persona cuya causa o título de acreencia sea anterior la presentación, a los fines de ofrecer una propuesta de pago, por quitas y esperas, y llegar a un acuerdo el cual, una vez homologado, produzca la novación de las obligaciones reconocidas dentro del pasivo de la persona y posibilite la ejecución del nuevo plan prestacional propuesto en el procedimiento. Y si, en dicho marco, conforme establece el C.C.C.N. se autoriza al acreedor cuyo plazo no ha vencido a presentarse a verificar su acreencia y la continuidad de este, ello supone una autorización a requerir en término el cumplimiento de la misma; sino no se comprende su incorporación por el legislador.

Entonces, cuando nos encontramos frente a la apertura concursal, en dónde la persona concursada mantiene contratos con prestaciones recíprocas pendientes, ¿Debe solicitar a los fines de su continuación autorización judicial conforme la manda de la Ley 24.522?; o a partir de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y conforme lo dispuesto en su art. 353 no es necesaria tal autorización. Sobre dicho punto se establecerá que por el principio de especialidad de la L.C.Q. por sobre el sistema de derecho común deberá prevalecer, y requerir la autorización judicial correspondiente, para el caso de contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

Asimismo, es válido preguntarse ¿Qué sanción acarrea el incumplimiento del art. 353 del Código Civil y Comercial de la Nación? Radica en mi la convicción de que en los casos en los que nos encontramos frente a un consumidor con contratos con prestaciones recíprocas pendientes y que, cumpliendo con el pago de aquellas cuotas conforme reclama el nuevo artículo 353, y no solicita

569 Aclara Lorenzetti que, "En el código anterior la caducidad del plazo operaba —entre otros supuestos— cuando el deudor se hallaba en estado de insolvencia (art. 572). Se entendía que era suficiente a tal efecto que el deudor se encontrara en concurso preventivo. Actualmente, se requiere que se encuentre en estado de quiebra, porque la apertura del concurso del obligado no hace caducar el plazo. Por supuesto, la existencia del concurso dará lugar a que el acreedor verifique su crédito, sujetándose a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal." LORENZETTI, Luis Ricardo; EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO; Tomo II; p. 408/409; Rubinzal- Culzoni Editores.

570 "ARTICULO 20.- Contratos con prestación recíproca pendiente. El deudor puede continuar con el cumplimiento de los contratos en curso de ejecución, cuando hubiere prestaciones recíprocas pendientes. Para ello debe requerir autorización del juez, quien resuelve previa vista al síndico. La continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.
Las prestaciones que el tercero cumpla después de la presentación en concurso preventivo, y previo cumplimiento de lo dispuesto en este precepto, gozan del privilegio previsto por el artículo 240. La tradición simbólica anterior a la presentación, no importa cumplimiento de la prestación a los fines de este artículo.
Sin perjuicio de la aplicación del artículo 753 del Código Civil, el tercero puede resolver el contrato cuando no se le hubiere comunicado la decisión de continuarlo, luego de los treinta (30) días de abierto el concurso. Debe notificar al deudor y al síndico. (…)"

autorización para el pago al juez concursal, podrían dichos pagos ser declarados inoponibles frente al resto de los acreedores que se encuentren en iguales condiciones; y por supuesto que los mismos no gozarán del beneficio que otorga la ley concursal de considerárselos como gastos del concurso; va de suyo que, en caso de continuar con los pagos de créditos no autorizados los mismos podrán ser deconocidos frente a los demás acreedores que se han presentado a verificar. Ello por aplicación y respeto el principio de universalidad del procedimiento concursal.

LA LEY CONCURSAL: Puntos clave para tener en cuenta respecto del sobreendeudamiento del consumidor

Se abordará, en este acápite, las cuestiones de la ley que más influencia tienen dentro del procedimiento concursal a la hora de influir sobre el concurso o la quiebra del consumidor. De ellos se hará referencia a la reciente jurisprudencia que se viene sentando que la ciudad de Córdoba a los fines de llevar un aliciente dentro del proceso y que genere una adecuación del procedimiento en los casos de sobreendeudamiento.

Cabe destacar lo presente, si bien la ley establece la distinción entre "pequeños" y "grandes" procedimientos (Art. 289 de la L.C.Q.), bajo los parámetros de cantidad de empleados a cargo, de acreedores y a cuánto asciende el pasivo, la realidad es que tal distinción a los fines del concurso o la quiebra del consumidor, no hace diferencia. Ello porque salvo algunas cuestiones particulares a los fines de la presentación concursal, como lo es la exigencia de certificación contable de los estados patrimoniales y legajos de acreedores, y la formación de comités, no influye en nada respecto del procedimiento al que se ve empujado el consumidor; toda vez que el estado de insolvencia tiene como base el sobreendeudamiento, generalmente con el sistema financiero bancario, y cuenta con un patrimonio escaso a los fines de afrontar.

Reiteramos, el procedimiento que plantea la ley concursal, por demás taxativo, está sostenido en el mecanismo de funcionamiento de la empresa; y no aquel que exige la Constitución Nacional para el consumidor, los que debieran ser "*eficaces para la prevención y solución de conflictos",* siendo nuestro caso un supuesto de conflicto colectivo

Lo primero que se abordará es la relación e incidencia de la regulación de honorarios que plantea la ley 24.522. Luego nos adentraremos a la previsión legal de comunicar al Fiscal en lo Penal Económico en las causas dónde el procedimiento se clausura por falta de activos para los casos dónde se ven involucrados consumidores.

La regulación de honorarios

Dispone la ley concursal en su articulado la oportunidad[571] en la que el juez concursal debe practicar la regulación de honorarios, así como la base y forma de asignar los porcentajes. De dicho cálculo aritmético saldrán los montos correspondientes a la regulación de honorarios que cada profesional interviniente tendrá derecho luego a perseguir del concursado o fallido, conforme el caso. La ley 24.522 se aparte, de ésta manera de lo dispuesto por las leyes arancelarias provinciales que regulan la materia conforme la profesión desplegada.

571 "ARTICULO 265.- Oportunidad. Los honorarios de los funcionarios deben ser regulados por el juez en las siguientes oportunidades: 1) Al homologar el acuerdo preventivo. 2) Al sobreseer los procedimientos por avenimiento. 3) Al aprobar cada estado de distribución complementaria por el monto que corresponda a lo liquidado en ella. 4) Al finalizar la realización de bienes en la oportunidad del Artículo 218. 5) Al concluir por cualquier causa el procedimiento del concurso preventivo o de la quiebra."

Hace una distinción la legislación conforme si nos encontramos frente a un concurso preventivo o una quiebra liquidativa, y en el último supuesto por la forma de concluir el procedimiento, estableciendo parámetros que buscan ser objetivos y justos con respecto a las tareas desplegadas. Es entonces que a partir del art. 265 y siguientes, la ley concursal despliega criterios propios a los fines regulatorios, recordando que la misma no sólo es legislación de fondo sino también de forma y que prohíbe, en materia de honorarios, acudir a las leyes procesales locales (art.271 L.C.Q.).

Entrando en lo que respecta a la regulación de honorarios en particular, distingue la normativa entre el concurso preventivo[572] (Art. 266 de la L.C.Q.) y la quiebra liquidativa[573] (Art. 267 de la L.C.Q.).

Debemos recordar que el órgano sindical supone la intervención de uno o más funcionarios que ostentan el título profesional de contador público especializado en la materia de sindicatura concursal, a los fines de poder intervenir en los procedimientos; además de los letrados que actúen como representantes del fallido o concursado; y que el articulado dispone el cálculo de un solo "paquete" de honorarios, luego sobre el cual se asignarán porcentajes de participación a cada profesional, conforme la labor desplegada dentro del procedimiento.

Sin necesidad, a los fines del presente trabajo, de adentrarnos en las formas aritméticas que prevé la ley para el cálculo de las regulaciones sobre la base del activo y el pasivo concursal, vamos a abordar directamente lo que la doctrina ha llamado "*retribución sostén*" dentro de los procedimientos.

Hablamos de retribución sostén en los términos que la ley prevé un piso mínimo de honorarios, el cual variará de acuerdo con el procedimiento frente al cual nos encontremos; y sobre un parámetro para cuantificarlos de orden objetivo, siendo esa unidad de medida el monto equivalente al salario de un secretario de primera instancia de un juzgado concursal.

Es así que, para el caso del **concurso preventivo** la normativa prevé un piso mínimo regulatorio de dos sueldos de secretario; toda vez que ponderado el activo y el pasivo verificado la regulación que debe oscilar entre un máximo del 4% del activo y un mínimo del 1%, no superando nunca el 4%

572 "ARTICULO 266.- Cómputo en caso de acuerdo. En caso de acuerdo preventivo, los honorarios totales de los funcionarios y de los letrados del síndico y del deudor son regulados sobre el monto del activo prudencialmente estimado por el juez o tribunal, en proporción no inferior al UNO POR CIENTO (1%) ni superior al CUATRO POR CIENTO (4%), teniendo en cuenta los trabajos realizados y el tiempo de desempeño. Las regulaciones no pueden exceder el CUATRO POR CIENTO (4%) del pasivo verificado ni ser inferiores a DOS (2) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción donde tramita el concurso. Para el caso que el monto del activo prudencialmente estimado supere la suma de cien millones de pesos ($ 100.000.000), los honorarios previstos en este artículo no podrán exceder el 1% del activo estimado. (Último párrafo incorporado por art. 14 de la Ley N° 25.563 B.O. 15/2/2002. Vigencia: a partir de su promulgación.)"

573 "ARTICULO 267.- Monto en caso de quiebra liquidada. En los casos de los incisos 3 y 4 del Artículo 265, la regulación de honorarios de los funcionarios y profesionales, se efectúa sobre el activo realizado, no pudiendo en su totalidad ser inferior al CUATRO POR CIENTO (4%), ni a TRES (3) sueldos del secretario de primera instancia de la jurisdicción en que tramita el concurso, el que sea mayor, ni superior al DOCE POR CIENTO (12%) del activo realizado. Esta proporción se aplica en el caso del Artículo 265, inciso 2, calculándose prudencialmente el valor del activo hasta entonces no realizado, para adicionarlo al ya realizado, y teniendo en consideración la proporción de tareas efectivamente cumplida."; y "ARTICULO 268.- Monto en caso de extinción o clausura. En los casos del inciso 5 del Artículo 265, las regulaciones se calculan: 1) Cuando concluya la quiebra por pago total se aplica el Artículo 267. 2) Cuando se clausure el procedimiento por falta de activo, o se concluya la quiebra por no existir acreedores verificados, se regulan los honorarios de los funcionarios y profesionales teniendo en consideración la labor realizada. Cuando sea necesario para una justa retribución, pueden consumir la totalidad de los fondos existentes en autos, luego de atendidos los privilegios especiales, en su caso, y demás gastos del concurso."

del pasivo, pero llegado el caso el monto obtenido es menor a dos sueldos de secretario, éste es el valor que debe atender el juez a los fines regulatorios.

Para la **quiebra**, en cambio, juegan otros parámetros a tener en consideración, toda vez que distingue el articulado entre la existencia de liquidación o no, y cuando ellos alcancen a los fines de la elaboración de un proyecto de distribución de fondos o la misma sea clausurada por falta de activos (arts. 267 o 268 de la L.C.Q. respectivamente). Ello se da claramente como consecuencia de que, dicho procedimiento, se orienta principalmente hacia la liquidación del activo del fallido/fallida, e implica un despliegue de tareas más intenso y de mayor responsabilidad por parte de las partes que integran el procedimiento.

De esta manera, la ley prevé otros porcentajes distintos a los fines de los cálculos máximos y mínimos respecto de aquellos dispuestos para el supuesto del concurso preventivo, ahora sí, elevando el "*piso remunerativo*" a tres sueldos de secretario.

Adopta el nombre de "*piso o mínimo regulatorio*", porque debe ser el menor monto al que debe arribar el juez al momento de calcular la totalidad de los honorarios en el procedimiento, ya sin importar el activo o pasivo alcanzado, pues aquellos resultan inferiores a los haberes del funcionario judicial tomado como parámetro.

Sin embargo, reconocida doctrina [574] ha resaltado el hecho de que, con la sanción del "*nuevo*"[575] articulado que preveía este piso regulatorio, se persiguió establecer una pauta objetiva a los fines de determinar los emolumentos profesionales. Pero la intensión del legislador no logró prever el crecimiento que, a lo largo del tiempo, tendría la unidad de medida consignada.

Es por ello, y valiéndose de lo que dispone el art. 268, 2do supuesto de la L.C.Q., por cuanto permite la morigeración de los honorarios regulados en las clausuras por falta de activos y en las quiebras concluidas por falta de acreedores.

Ello, entiendo, se da con base en dos fundamentos, el primero refiere a la posibilidad de "*perforar*" los mínimos dispuestos en función de las tareas efectivamente desplegadas, para lo cual debe el tribunal cuantificar el trabajo realizado, siendo que la ley prevé múltiples supuestos que deben atenderse y pueden, en los hechos, haber sido realizados o no; y segundo, la falta de acreedores verificados importa la inexistencia de un pasivo que atender.

Frente a esta situación, la liquidación dentro del procedimiento carece de sentido, pues el procedimiento falencial está previsto para que, en caso de insolvencia, atender el pasivo mediante la liquidación del patrimonio del deudor; sin acreedores que concurran al procedimiento universal, el procedimiento deviene abstracto.

Es por ello que la jurisprudencia se ha mostrado a favor de perforar estos "*pisos mínimos*" toda vez que lucen desproporcionados frente al patrimonio con el que el deudor puede hacer frente al mismo.

---

574 "El antecedente normativo de este dispositivo legal fue el art.13 de la ley 24.432, respecto del cual se ha dicho que inspiró en el criterio de la CSJN en función del cual siempre se puso énfasis en la relación de proporcionalidad que debe existir entre la labor profesional y el honorario correspondiente, y que habilita a perforar los montos o porcentuales mínimos (Pesaresi, Guillermo Mario, Derecho transitorio y perforación de honorarios mínimos, DJ 2003-2 , 508)".Conf. cita en autos: "SUAREZ, DIEGO FACUNDO – QUIEBRA PROPIA" (Expte. N°6187291) Juzgado de 1° Instancia y 26° Nominación en lo Civil y Comercial

575 Cabe recordar que la modificación a la que hacemos alusión es del año 1995 en dónde se estableció el topo de los dos y tres sueldos de secretario como retribución mínima o sostén para los casos de concursos o quiebras respectivamente.

En estas situaciones es dónde viene a jugar su partida el consumidor "*sobreendeudado*" que nos llevó a considerar la primera parte del trabajo. Sobre este sujeto de derecho en estado de insolvencia que, con un patrimonio escaso, cuando no con su salario, debe afrontar los gastos en cuestión de honorarios de un procedimiento que no se adecúa a las tareas efectivamente desplegadas. Regulación tomada sobre la base de un salario medida que supera ampliamente las de un trabajador promedio. Ejemplo de ello podemos tomarlo en que, a la fecha (marzo 2020), el salario bruto de un secretario de juzgado de primera instancia con 10 años de antigüedad asciende a la suma de $235.000, ello es casi 14 veces el salario mínimo vital y móvil previsto, el cual se encuentra en $16.875, conforme el último aumento correspondiente a octubre 2019.

Es así que, por la cantidad de créditos involucrados, la falta de complejidad de los mismos respecto de la operatoria comercial desplegada, la innecesaridad de tareas investigativas por parte del funcionario concursal, la facilidad que hay para conocer el patrimonio y estado del mismo, cuando la más de las veces nos encontramos frente a un trabajador en relación de dependencia cuyo único activo es su salario, correspondiendo ordenar la traba de embargo sobre éste con los límites que establece la ley –Decreto 434/87– por el tiempo que dura la inhabilitación[576].

Es en este sentido que, la Excelentísima Cámara Segunda de Apelaciones de la ciudad de Córdoba, resolvió, por unanimidad, en autos "VALDEZ, PABLO RUBÉN – QUIEBRA PROPIA SIMPLE" (Expte. 5857616)[577] aceptar la apelación del fallido por cuanto se agravió por el monto resultante de la regulación de honorarios practicada en primera instancia; si bien del resolutorio surge que la Jueza de Primera Instancia había resuelto morigerar los estipendios al 60% de la base regulatoria conformada por los 3 sueldos de secretario[578], los mismos resultaban lesivos por lo manifestado por el fallido toda vez que su único ingreso con el cual debía afrontar los mismos resultaban de su salario.

Es así que, ingresando al análisis de lo invocado por el apelante, y conforme lo resuelto en primera instancia, la Alzada dijo que, "*(…) La consulta de la causa demuestra que la regulación así practicada sigue resultando desproporcionada con la "labor realizada" a la luz de las constancias del expediente principal de la quiebra que se tiene a la vista, de donde surge que se trata de un proceso quebratorio cuya sustanciación no ofreció mayores dificultades producto del escaso número*

576 Establece la ley concursal en su plexo normativo: "ARTICULO 236.- Duración de la inhabilitación. La inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el artículo 235, segundo párrafo, salvo que se de alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes. (…)"

577 Por Sentencia N°138 del 2017 en autos caratulados "VALDEZ, PABLO RUBÉN - – QUIEBRA PROPIA SIMPLE" (Expte. 5857616).

578 Conf. surge de la Sentencia ut. -supra referenciada, la vocal explica que "en la especie la regulación de honorarios practicada a favor de la totalidad de los profesionales intervinientes en este proceso falencial se ha realizado, siguiendo las pautas previstas en el art 268 inc. 2o L.C.Q. y su correlato con lo dispuesto por el art. 267 L.C.Q. El primer dispositivo citado prevé específicamente la solución arancelaria que corresponde al supuesto de hecho acaecido en este proceso (clausura por falta de activo), estableciendo que a tales fines debe ponderarse la "labor realizada", en tanto que el art. 267 L.C.Q. establece por su parte un mínimo legal de tres sueldos de Secretario de la jurisdicción donde se encontrare radicado el concurso, como regulación sostén para todo tipo de procesos. Por tanto, no se detecta error alguno de derecho en el razonamiento sentencial que merezca ser enmendado. Ahora bien, la Magistrada no adoptó la solución que deriva de la aplicación mecánica de dichas normas, sino que ejerció la facultad morigeratoria prevista en el art. 271 L.C.Q. para adecuar la retribución a la tarea efectivamente desarrollada en coherencia con el espíritu que también anima al dispositivo legal contemplado en el derecho final (art. 1.255 CCCN). Así las cosas, procedió a perforar el mínimo legal (Tres sueldos de Secretario de Primera Instancia) dejando establecido el estipendio general para la totalidad de los profesionales y funcionarios que intervinieron en el proceso universal en el sesenta por ciento (60%) de dicho mínimo (…)"

de acreedores concurrentes (dos acreedores), sin incidencias que complicaran y demoraran su clausura provisoria, como asimismo con ausencia de una fase liquidativa/distributiva que es la que habitualmente demanda mayor actividad de los profesionales."; ello siguiendo las pautas establecidas por la ley falimentaria le concedió la oportunidad de perforar el piso remunerativo dejándola fijada en un 40% de la base propuesta (ello era los 3 sueldos de secretario que establece la ley).

A tales fines indica la dicente que, *"[…] En aval de lo dispuesto cabe resaltar que bien es cierto que la perforación de los mínimos arancelarios en función de la norma del art. 271 de la L.C.Q sólo puede efectuarse de manera excepcional cuando la naturaleza, alcance, calidad o resultado de la labor profesional o el valor de los bienes que se consideren indicaren que la aplicación lisa y llana de aquellos mínimos conduzca a una evidente y absurda desproporción entre el trabajo realizado y la retribución resultante (art. 271, 2o párr., L.C.Q.), las circunstancias analizadas dan marco suficiente para proceder de la forma que propiciamos. A ello cabe aditar que dicha perforación resulta aún más justificada si se atiende a la postura que adopta la jurisprudencia mayoritaria y que fuera receptada por este Tribunal en orden a la extraconcursalidad del saldo insoluto de los estipendios profesionales*[579]*.Como es sabido se ha venido sosteniendo que, pese a que el Estatuto Concursal establece el pago a prorrata de los créditos de conservación y justicia sobre los bienes desapoderados, lo que es de toda lógica pues esta labor se ha realizado en beneficio de la generalidad de los acreedores, ello no conlleva que el cese de la inhabilitación importe liberación de los saldos insolutos de este tipo de acreencias generadas en beneficio de todos los acreedores, desde que la distinta naturaleza de estos créditos y su condición de créditos correspondientes a una categoría "ajena y extraconcursal", sumada a la ausencia de una directiva legal expresa que establezca la liberación del deudor de asumir los saldos insatisfechos con los bienes post rehabilitación, autoriza la agresión de bienes adquiridos por el fallido con posterioridad al cese de la inhabilitación. Este temperamento brinda mayor sustento al agravio del fallido en cuanto se queja por la magnitud del monto total de honorarios regulados, toda vez que su cancelación podrá serle exigida aún por encima de los fondos con los que cuenta este proceso para distribuir."*[580]

Es entonces que, desde el punto de vista jurisprudencial, en las causas en dónde por el tipo de trámite y la complejidad que de ellas se desprende, no es mayor, se encuentra aceptado el criterio de la Alzada morigerar y perforar hasta el 40% la base regulatoria de 3 sueldos de secretario.

Esto es de fundamental importancia y cuantía toda vez que el tipo de procedimiento que cae en estas características es del deudor consumidor quien, en los casos de quiebra, tanto indirecta por fracaso del concurso preventivo, como propia o pedida, la más de las veces el único patrimonio con el que puede afrontar tanto el pasivo verificado como las costas del procedimiento, es su salario.

Por ello, no debe dejar de señalarse que la intervención del letrado del fallido o concursado debe ser siempre en miras a la capacidad económica de su cliente a los fines de conseguir más y mejores antecedentes que logren evitar un *reconcursamiento* o la *requiebra* por imposibilidad de pago de los honorarios devengados en el proceso.

579 Hace referencia a los "Fallos Gringruz", en dónde ambas cámaras con competencia concursal de la ciudad de Córdoba resuelven sobre los saldos insolutos resultantes de los honorarios regulados al síndico como saldos. Ello será tratados a continuación y los he designado de esa manera en virtud de que la persona quien promueve los incidentes de ejecución, es la síndica interviniente en cada procedimiento.

580 Conforme el voto de la Dra. Chiapero.

Sobre este aspecto referenciaremos dos fallos provenientes de las Cámaras con competencia concursal de la ciudad de Córdoba, ello respecto cómo se han pronunciado sobre los honorarios profesionales como saldos insolutos dentro de la falencia. A continuación, los abordaremos.

LA POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN FRENTE AL SALDO INSOLUTO - El criterio de las cámaras concursales en la ciudad de Córdoba

Corresponde, entonces, abordar ahora la posibilidad que han otorgado las cámaras con competencia específica en concursos y quiebras de ésta ciudad de Córdoba a los funcionarios concursales, a los fines de perseguir el cobro de los saldos insolutos de sus honorarios en las clausuras por falta de activos cuando, luego de agotado los fondos, queda un remanente pendiente que atender para el pago *in totum* de aquellos que fueron regulados.

Hay que recordar que, por disposición del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, hay dos cámaras con competencia exclusiva en las causas concursales, habiendo sido designadas las Cámaras Segunda y Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial[581] de la ciudad de Córdoba, de ellas, y ante la oposición de los fallidos a la continuación de la ejecución del cobro de honorarios sobre el patrimonio rehabilitado, es que éstas se han pronunciado al respecto.

Analizaremos entonces los fundamentos vertidos en los dos "*leading case*" sobre el tema y la crítica que se puede plantear frente a ellos respecto de las "*quiebras de consumidor*".

La opinión vertida por la Excma. Cámara Segunda y Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba.

Los "Fallos Gringruz"

Resolvió la Cámara 2da de Apelaciones en oportunidad de resolver los autos: "SUAREZ, MARIO ALBERTO – QUIEBRA PROPIA SIMPLE – CUERPO DE EJECUCIÓN DE HONORARIOS: DE LA CRA. GRINGRUZ, BEATRIZ RITA (2150572/36)", por Sentencia N°131 del Año 2011 rechazar el recurso de apelación interpuesto por el fallido a la sentencia de la Jueza de Primera Instancia que hacía lugar a la ejecución del cobro de honorarios como saldos insolutos dentro de la falencia; hizo lo propio la Cámara 3° en autos: "RODRIGUEZ GRACIELA DEL CARMEN - QUIEBRA PROPIA SIMPLE- CUERPO DE EJECUCIÓN DE HONORARIOS DE LA CRA. GRINGRUZ BEATRIZ RITA" (Expte.Nº2150567/36) por Auto N°36 de fecha 9 de marzo de 2012.

En ellos, los fallidos de autos interpusieron la excepción de pago frente al requerimiento de ejecución de honorarios de la síndica actuante, Cra. Gringruz, frente a los saldos insolutos que quedaron sin atender con posterioridad a la clausura por falta de activos y pago de planilla respetivamente, en virtud de haber sido dispuestos como "*gastos del concurso*"[582] y solventados a

581 Hay que informar al lector que desde el año 2018 la competencia exclusiva en la materia de la excelentísima Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil y Comercial fue trasladada a la Excelentísima Cámara Novena de Apelaciones en lo Civil y Comercial; correspondiendo ahora a ésta última intervenir en todos aquellos procedimientos en los cuales su predecesora tenía competencia. Sin embargo, a la fecha ésta nueva Cámara no ha variado el criterio sostenido por su predecesora sobre saldo insoluto que abordare.

582 "ARTICULO 240.- Gastos de conservación y de justicia. Los créditos causados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado y en el trámite del concurso, son pagados con preferencia a los créditos contra el deudor salvo que éstos tengan privilegio especial. El pago de estos créditos debe hacerse cuando resulten exigibles y sin necesidad de verificación. No alcanzando los fondos para satisfacer estos créditos, la distribución se hace a prorrata entre ellos." (el resaltado me pertenece)

prorrata en su oportunidad con lo obtenido de la liquidación; no correspondiendo independizarlos del proceso quebratorio.

Hay que recordar que, conforme lo dispone el art. 268 de la L.C.Q. en su segundo supuesto, "(…) *2) Cuando se clausure el **procedimiento por falta de activo**, o se concluya la quiebra por no existir acreedores verificados, se regulan los honorarios de los funcionarios y profesionales teniendo en consideración la labor realizada. Cuando sea necesario para una justa retribución, **pueden consumir la totalidad de los fondos** existentes en autos, luego de atendidos los privilegios especiales, en su caso, y demás gastos del concurso" (el resaltado me pertenece);* lo que habilita que, frente a la regulación de honorarios, no sólo los honorarios participan dentro del prorrateo sobre activo liquidado, sino que concurren con los demás gastos de la quiebra, ello es oficios, tasa de justicia, cajas profesionales y edictos; siendo, por lo general gastos ínfimos a comparación de la regulación de honorarios obtenido. Si bien sobre el punto ya hemos hecho referencia en el acápite anterior al criterio de morigeración sostenido por la Alzada cordobesa; jurisprudencia de primera instancia ha hecho lo propio reduciendo la base de regulación, para casos como el del consumidor, a un solo sueldo de secretario[583].

Importa destacar que, a los fines de rechazar la excepción interpuesta, la Jueza de Primera Instancia hizo hincapié en la naturaleza de los honorarios[584]; no encontrándose controvertidos en el fallo la calidad de estos como gastos de conservación y justicia (Art. 240 de la L.C.Q.).

A los fines prácticos, se abordará el principal argumento vertidos por ambas Cámaras a la hora de rechazar el recurso interpuesto por el apelante, siendo en ambos los fallidos de las causas.

La distinta naturaleza de los créditos dentro del concurso

Ilustra la Dra. Chiapero en su voto que "*las **acreencias anteriores a la quiebra** solo pueden ser satisfechas con el **producido de los bienes desapoderados** y sus saldos **insolutos se extinguen frente a la inexistencia de bienes suficientes para satisfacerlos**. Las **acreencias posteriores** (generadas con posterioridad a la falencia pero que no han beneficiado al concurso) **sólo pueden ser cobradas sobre los bienes que conforman la masa activa pos rehabilitación** (art. 104 segunda parte L.C.Q.). Por el contrario, los **gastos de conservación y justicia**, pese a que constituyen créditos devengados con posterioridad a la quiebra, **no solo están autorizados a cobrarse sobre los bienes desapoderados** (por así disponerlo expresamente el art. 240 L.C.Q.), **sino que también pueden agredir los bienes que conforman la masa activa post rehabilitación**, por ausencia de norma concursal que excluya esta posibilidad. A ello se suma que no se trata de deudas preconcursales que deben ser pagadas conforme la ley del dividendo, sino de deudas que ha asumido el fallido con posterioridad a la declaración de su quiebra (y solo excepcionalmente anteriores) que se sustraen a*

583 Ejemplo de ello es lo dispuesto por el titular del Juzgado de 1ra Instancia y 26° Nominación en autos "SUAREZ DIEGO FACUNDO – QUIEBRA PROPIA SIMPLE", al momento de dictar la clausura por falta de activos del fallido.

584 Dice el fallo de segunda instancia que la Jueza a quo amparó su resolutorio en la "naturaleza independiente del crédito por honorarios respecto del proceso en que se devengan, destaca que la ejecutante no es una acreedora de la quiebra, sino que es titular de lo que el art. 240 L.C.Q. denomina "gastos de conservación y justicia", los que poseen una naturaleza distinta a las acreencias anteriores y posteriores a la declaración de la quiebra. Sostiene, por tanto, que conforme postura autoral que cita, la porción insatisfecha de tales honorarios no resultaría alcanzada por la liberación que provoca la rehabilitación. Consecuentemente concluye que es correcta la vía individual intentada ya que no puede limitarse el cobro del saldo insoluto de los honorarios a su percepción con los fondos existentes en la falencia, pudiendo la profesional agredir los bienes ingresados al patrimonio del fallido con posterioridad a la rehabilitación" Conf. Sentencia 131/2011. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial

las leyes del concurso y por tanto no se encuentran limitadas en su cobro al producido de los bienes desapoderados, sino que pueden cobrarse de todos los bienes presentes y futuros del fallido. […]

En suma, pese a que la norma establece el pago a prorrata de los créditos de conservación y justicia, sobre los bienes desapoderados, lo que es de toda lógica pues esta labor se ha realizado en beneficio de la generalidad de los acreedores, ello no conlleva, como parece entender el fallido, que su ***rehabilitación importe liberación de los saldos insolutos de este tipo de acreencias generadas en beneficio de todos los acreedores****, desde que la distinta naturaleza de estos créditos y su condición de créditos correspondientes a una categoría "ajena y extraconcursal" conforme los términos de mismísima la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sumada a la ausencia de una directiva legal expresa que establezca la liberación del deudor de asumir los saldos insatisfechos con los bienes post rehabilitación, me inclinan por confirmar el temperamento sostenido por la magistrada de la anterior instancia en cuanto autoriza la agresión de bienes adquiridos por el fallido con posterioridad al cese de la inhabilitación.*" (el resaltado me pertenece).

Importa, luego de transcribir lo argumentado por la magistrada[585], que ampararse en la especial naturaleza de éste tipo de gasto, con motivo de que se generan en beneficio de todos los acreedores por ser la retribución del funcionario concursal, resulta en los hechos autorizar a los gastos de conservación y justicia una doble naturaleza, la primera de pago preferente dentro del procedimiento, la segunda, como extraconcursal y por ello, con posibilidad de perseguir los saldos insolutos sobre el patrimonio del fallido rehabilitado.

Ello se manifiesta, en los supuestos de clausuras por falta de activo, que en el caso de las personas humanas *sobreendeudadas*, este principio de la doble naturaleza de los gastos genera, inmediatamente, un pasivo sobre el patrimonio rehabilitado conformado por los saldos insolutos. Hago hincapié de nuevo en que, obtenida la regulación de honorarios, por más que la jurisprudencia cordobesa perfore el mínimo, los mismos resultan muchas veces abultados para el nivel del asalariado normal. Cómo ya fue abordado, la unidad de medida tomada a los fines remunerativos (sueldo de secretario) resulta en la ciudad de Córdoba casi catorce veces la unidad de Salario Mínimo Vital y Móvil.

Nótese por ejemplo que durante el año 2019 la inflación interanual superó el 55% y los sueldos de funcionarios, magistrados y empleados del Poder Judicial de la Nación alcanzó aumentos hasta lograr una cuasi paridad[586]; mientras que los docentes universitarios, conforme informa el FEDUM, lograron aumentos progresivos hasta alcanzar un 35% en 4 tramos[587], comprendidos entre abril 2019 a febrero 2020. Asimismo, y conforme la Oficina de sueldos del Poder Judicial, el sueldo de

585 Toma el mismo criterio la Excma. Cámara Tercera de Apelaciones cuando justifica el rechazo de la apelación en base a los siguientes argumentos: "Cuando la ley falencial se refiere a gastos de conservación y justicia no lo hace con el objeto de otorgarle carácter de ente ideal a la comunidad de acreedores, masa de acreedores o concurso, ya que se encuentra afectado un solo y único patrimonio que es el del sujeto fallido. El deudor es siempre el titular del patrimonio. Razona la doctrina que no existen deudas de la masa en sentido estricto, existen deudas del fallido que deben ser pagadas en moneda falimentaria y deudas del fallido que se sustraen a las leyes del concurso; la naturaleza jurídica de ambas idéntica; salvo la extensión, el fallido responde con todos sus bienes presentes y futuros; ninguna limitación de responsabilidad esta prevista los gastos de conservación y justicia desde que la ley quiere que sean cumplidas en su integralidad (Kemelmajer de Carlucci, Aída "Modificaciones al Régimen de Prioridades Concursales", Rev. Derec.Priv. y Com. Nro. 11, Concursos y Quiebras II", pág. 160, citando a Ragusa Maggiore)."

586 Conf. consulta: https://www.perfil.com/noticias/politica/en-2019-el-poder-judicial-percibira-casi-50-mas-en-sus-salarios.phtml

587 Conf. consulta: https://fedun.com.ar/la-fedun-firmo-la-propuesta-paritaria/

secretario de un juzgado de primera instancia con 10 años de antigüedad es de $235.000 para marzo del corriente año como fue abordado.

Tomando como base el criterio que adopta perforar hasta el 33.33% (ello es un sueldo de secretario) o el 40% de la regulación sostén de tres sueldos de secretario, nos encontramos con quiebras en dónde, desde la apertura de la falencia, se aumenta, de manera condicional porque se supedita a la clausura del procedimiento, el pasivo del fallido, porque se deberán los honorarios mínimos a regular, y los cuales se irán actualizando en el transcurso del tiempo, por cada aumento salarial dispuesto.

Teniendo en consideración que hay pocos trabajos remunerados por los cuales se obtengan sumas similares, nos vamos a encontrar asiduamente con fallidos que, con posterioridad a la rehabilitación, serán deudores de cuantiosos honorarios. Lo indicado es a los fines de visibilizar que, partiendo que los aumentos salariales son disímiles y la base de la que se parte presenta una desigualdad patente sobre los haberes.

Ahora bien, autorizar la ejecución de los saldos insolutos conforme el criterio de la Cámara referido, ¿importa también que todos los gastos que fueron saldados por prorrateo también se encuentran autorizados a perseguir su cobro con más sus intereses devengados?; cabe recordar que el trámite puede extenderse en el tiempo de acuerdo a su complejidad, y los oficios son librados con la orden de apertura de la falencia así como la publicación de edictos; todos gastos que esperan ser saldados al momento de la clausura del procedimiento.

Entonces concierne lo sostenido por la alzada la generación de un nuevo pasivo, ya no sólo conformado por los honorarios de los funcionarios y letrados actuantes en el procedimiento; sino también las reparticiones públicas oficiadas, así como el Boletín Oficial y la Oficina de Oficiales de Justicia, a los fines de perseguir el cobro de sus saldos insolutos.

¿Cómo logra salir entonces, mediante el procedimiento establecido por la ley frente a la insolvencia, aquel consumidor asalariado? ¿De qué manera puede reincorporarse económicamente y hacer frente a sus gastos cotidianos frente a la falacia de un nuevo patrimonio "*rehabilitado*"? ¿Cómo proceder en los supuestos en los que el pasivo verificado es menor incluso que el pasivo verificado?

Parecen ser preguntas sin respuesta dentro de la realidad económica que enfrentan las personas en estado de cesación de pagos. Planteado así el sistema, cuán conveniente resulta entonces la salida del procedimiento de liquidación universal frente a la liquidación particular; se rompe así el principio de solucionar la insolvencia por escasez patrimonial a través de un procedimiento universal.

EFECTOS DE LA CLAUSURA POR FALTA DE ACTIVOS - La comunicación a penal económico

Abordaré ahora el supuesto especial que contempla la ley concursal para los casos de clausura por falta de activos, dónde luego de la reforma de la ley 19.551 que eliminó el incidente de conducta del fallido, mantuvo la presunción del art.233 de la L.C.Q. que dispone: "*La clausura del procedimiento, por falta de activos, importa presunción de fraude. El juez debe comunicarla a la justicia en lo penal, para la instrucción del sumario pertinente*."

Es respecto de ésta comunicación, en las causas donde nos encontramos frente a una persona humana en estado de insolvencia, - el consumidor en estado de cesación de pagos por imposibilidad de cumplir con su cartera de créditos - y que, frente a la clausura por falta de activos, la ley también

le hace recaer una presunción, y ella no es una menor, pues hablamos de comunicar al Fiscal en lo Penal Económico a los fines de que tome conocimiento de la causa e instruya el correspondiente sumario a los fines de conocer si existe o no fraude, que la insolvencia no fue provocada a los fines de resultar estériles los intentos de los acreedores persiguiendo el cobro de sus acreencias.

Se entiende que, toda persona no debería poder contraer más deudas de aquellas que es capaz de afrontar con su patrimonio, de ello se nutre el proverbio que sostiene que el patrimonio es la "*garantía común de los acreedores*". Sin embargo, el sistema de crédito actual está conformado de manera tal que permite no sólo el endeudamiento, sino el "sobreendeudamiento" de las personas, con mínimos respaldos patrimoniales, como lo es la garantía del salario.

Ello nos lleva a la proliferación de procedimientos, tanto concursales como falenciales; y dentro de los últimos, cuando nos encontramos con deudores con patrimonios mínimos, o de "*activo cero*" por ausencia de liquidación alguna, nos enfrentamos a la clausura del procedimiento por falta de activos.

Es en este marco, que en los autos caratulados "SUAREZ, DIEGO FACUNDO – QUIEBRA PROPIA" (Expte. N°6187291) tramitados por ante el Juzgado de 1° Instancia y 26° Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba que, frente a la vista por la clausura por falta de activos, el fallido interpuso la inconstitucionalidad de la aplicación de lo dispuesto por el art. 233 de la L.C.Q., toda vez que entendía que sobre el mismo establecía un tipo penal abierto, contraviniendo lo dispuesto por el art. 18 de la carta magna.

Frente a esto, el Tribunal corrió vista a la Fiscal Civil, Comercial y Laboral de Primera, quien en su Dictamen dispuso: "*Ingresando al tratamiento de la cuestión compartimos la postura del Señor Fiscal de Cámaras Civiles, Dr. Francisco Junyent Bas, en el sentido que el art. 233 de la L.C.Q. no quebranta el principio de inocencia ni reimplanta la prisión por deudas, y sólo implica la necesaria comunicación a la sede penal para que se investigue la conducta fundada en un precedente objetivo, cuál es la falta de activo.*"[588]

Sin perjuicio de lo dispuesto por la Fiscal sobre la materia dictaminada, es el Juez Natural de la causa quien, al momento de resolver sobre la clausura por falta de activos, debió expedirse de manera concreta sobre lo peticionado por el fallido.

La causa, conforme dicta la Sentencia N°110 de fecha 09/05/2018 resultó clausurada por falta de activos toda vez que, de la simple comparación entre el activo obtenido y la regulación mínima que establece la ley, podía decirse que la misma resultaba a todas luces insuficiente para atender el pasivo verificado.

Ahora bien, entrando en el análisis de lo solicitado respecto de la aplicación del art.233 de la L.C.Q. estableció el judicante en autos que, *"La sola carencia de bienes suficientes del fallido, aislada de todo otro elemento de juicio, no puede erigirse en una presunción irrefragable de fraude, ya que ello importaría anticipar un veredicto acerca de la existencia del elemento subjetivo principal de las figuras delictivas que habrían de ventilarse en el fuero penal. (CNCom., sala C, Pellene, Blanca Perla s/Quiebra, 04/09/2009[…]".*

Se corresponde, entonces lo sostenido por la Cámara Nacional Comercial con aquello que dispone, lo que es la no comunicación a la Fiscalía Penal bajo el principal argumento de que "s*upuestos como el presente caso, tratados bajo diversas nomenclaturas -concurso del consumidor o sobreendeudamiento de la persona humana- merecen una consideración especial. El Sr. Suarez es*

588 Conf. Dictamen N°308 del 20 de Abril de 2018 Fiscalía Civil de la Dra. García de Solavagione.

un empleado en relación de dependencia, con una fecha de ingreso conforme los recibos de sueldo del año 2003 (f.233 y ss.); nunca ejerció una actividad económica organizada o fue titular de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios; no existen denuncias por parte de los acreedores o de la misma sindicatura respecto de ocultamiento o situaciones disvaliosas respecto de su situación patrimonial; asimismo, ha existido claridad en la información que ha aportado al momento de su presentación, relatando entre las causas de la demanda falencial, el desequilibrio económico entre los ingresos y los gastos de su grupo familiar; datos no controvertidos en el Informe General de la Sindicatura (fs.195 y ss.), etc. Todo ello me convence de lo inconveniente de efectuar la denuncia prevista en el art.233 L.C.Q. Si bien es cierto que la comunicación que ordena la ley concursal no implica un prejuzgamiento, reitero que la inexistencia de elementos que permitan escudriñar siquiera alguna conducta que merezca reproche desde el punto de vista de la legislación concursal, y tratándose el caso de una persona humana sobreendeudada, justifica la omisión de aquella comunicación. También hago hincapié en el desgaste jurisdicción múltiple que genera el mero cumplimiento formal de una norma que, en los hechos, ha caído en desuetudo. El cómodo argumento de la inexistencia de presunción de culpabilidad penal, no puede seguir fundamentando una norma absolutamente irrelevante en el actual sistema concursal (e incluso, desde el punto de vista de la recomposición patrimonial), al menos para estos casos –reitero- de sobreendeudamiento y en donde no se ha manifestado conductas abusivas por parte del fallido." [589]

Es así como, de la mirada global del procedimiento, es el juez quien puede determinar a priori si la quiebra que se encuentra cursando es de un sujeto consumidor y formarse una idea objetiva del mero análisis de la causa. Ello se patentiza como dijimos, toda vez que los consumidores presentan concursos y quiebras de trámite simple, con poca cantidad de acreedores y de fácil tratamiento respecto de la verificación de sus créditos. Al no desplegar actividad comercial, no tienen trabajadores a su cargo; de ésta manera se trabaja sobre el conjunto de deudores asalariados, quienes frente a la insolvencia patrimonial se acercan a las barandillas de los juzgados concursales en busca de una solución global a sus acreedores, principalmente por las retenciones y embargos que pesan sobre sus haberes.

Nos regala el *iudice* en su derrotero de ideas una breve sinopsis histórica respecto del instituto de dónde surge la comunicación y su reforma[590]; así como datos de la realidad objetiva sobre los procedimientos que resultan de la efectiva comunicación al Fiscal Penal.[591]

589 Sentencia N° 110 de fecha 09/05/2018 en autos "SUAREZ, DIEGO FACUNDO – QUIEBRA PROPIA" (Expte. N°6187291). Juzgado de Primera Instancia y 26° Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba.

590 "Desde el punto de vista histórico, se puede decir que el Código de Comercio como las leyes concursales posteriores mantenía en líneas generales la idea de que la clausura por falta de activo devolvía a cada acreedor su acción contra el fallido (Quintana Ferreryra – Alberti, Concursos, Astrea, Bs.As., 1990, t. III, pag.9553 y ss). Estos autores, y con aquel cuerpo normativo, ya separaban las cuestiones atinentes a este dispositivo legal, del tema de la calificación de conducta. La situación cambia con el dictado de la ley 19.551, que estableció que "La clausura del procedimiento por falta de activo importa presunción de fraude. El juez debe ordenar la detención del fallido y su remisión a la justicia en lo penal para la instrucción del sumario criminal correspondiente". En tanto, la ley 24.522 mantuvo aquella presunción y la remisión al fuero penal, rechazándose –en líneas generales, por parte de doctrina y jurisprudencia- todo cuestionamiento constitucional."

591 "Si recurrimos al análisis de algunas estadísticas tenemos que "...en el lapso de diez años que va de 1988 a 1997, el Registro Nacional de Reincidencia sólo tiene contabilizadas en todo el país, un total de doce condenas por delitos de quiebra o liquidación fraudulenta de personas físicas o entes sociales..." (Daniel Eduardo Rafecas, Los delitos de quiebra en Argentina, (con especial referencia a la quiebra societaria, art. 178, Cód. Penal), en http://www.catedrahendler.org). Datos que reflejan iguales magnitudes tenemos en el Informe Anual 2014, del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación (https://www.mpf.gob.ar). A los fines de no abrumar con la incorporación de información,

Los números no son alentadores a los fines de la persecución de quiebras fraudulentas, las más de las veces porque el volumen de clausuras por falta de activo está marcado por la intervención de un protagonista ya conocido, como lo es la "*personas humanas sobreendeudadas*", como bien menciona el judicante.

PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY CONCURSAL

Es por ello que se han propuesto modificaciones a la ley falimentaria, tan es así que fue conformada en 2015 una Comisión de Expertos por Resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N°1163/2015 denominada "Comisión de Reforma de la Ley 24522", la cual presentó un proyecto de modificación a la ley concursal poniendo en resalto la incorporación de un procedimiento para la persona humana sin actividad económica organizada, estableciendo un régimen específico de regulación de honorarios acorde a dicho procedimiento.

Luce, a la fecha en la página de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación que el último proyecto de ley ingresado sobre la materia fue con el número de expediente 0761-D-2019 de fecha 18/03/2019, indicando que el presentado propone la modificación de la Ley 24.522 en cuanto incorpora el pequeño concurso para personas humanas.[592]

El proyecto dispone no ya un procedimiento concursal propiamente dicho, sino un nuevo supuesto disímil del concurso preventivo y la quiebra liquidativa, orientada específicamente para el "*consumidor sobreendeudado"*. Analizaré los principales aspectos del presentado a los fines del trabajo, haciendo hincapié en las diferencias propuestas con el procedimiento actual:

1. <u>Presupuestos objetivos y subjetivos</u>[593]

Contempla el proyecto de ley una ampliación en cuanto a presupuesto objetivo a los fines de la presentación en concurso de la persona humana sin actividad económica organizada, ya que no sólo habla de estado de cesación de pagos –ello es respectivamente que el activo corriente no sea suficiente a los fines de solventar el pasivo corriente– sino que abarca ahora a la persona en dificultades económicas o financieras de carácter general y el "*sobreendeudado*".

Punto interesante si se quiere, en cuanto ello lleva a considerar al procedimiento como uno de carácter realmente preventivo, que permita solicitar su apertura por la presentación de las

remitimos a la investigación efectuada en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba que concluyen en situaciones de total inexistencia de condena en materia penal respecto de delitos relacionados con los procesos concursales (El sobreendeudamiento de la persona física en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, con relación a causas judiciales iniciadas entre el año 2006 y 2010 en el fuero de Concursos y Quiebras y Penal Económico. Consecuencias normativas, procesales e institucionales; http://campusvirtual.justiciacordoba.gob.ar)."

592Por consulta: https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cjusticia/proyectos/index.html

593 "ARTICULO 2°: PRESUPUESTO OBJETIVO. Es presupuesto para la apertura del proceso universal regulado en la presente ley especial que el sujeto peticionante se encuentre: a) en estado de cesación de pagos; b) en dificultades económicas o financieras de carácter general; o c) sobreendeudado. A efectos de este artículo se entenderá por sujeto sobreendeudado a aquel que presente, en su patrimonio, un desequilibrio significativo entre el activo ejecutable y realizable de que resulte titular y las obligaciones sujetas a cumplimiento por las cuales dicho activo deba responder."

"ARTICULO 3°: PRESUPUESTO SUBJETIVO. SUJETOS COMPRENDIDOS. Pueden acceder voluntariamente al procedimiento previsto en este Capítulo las personas humanas que: a) no realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios;

b) realicen una actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia; c) ejerzan una profesión liberal, arte, u oficio, no organizada bajo la forma de empresa; La circunstancia de que dichas personas humanas se encuentren inscriptas como empleadores y tengan personal en relación de dependencia en número no mayor a DOS (2) trabajadores, no obstará a su inclusión dentro del régimen regulado por el presente capítulo."

personas humanas con un desajuste patrimonial y de manera preventiva. La amplitud de los términos utilizados permitiría evaluar una multiplicidad de situaciones, más allá de la cesación de pagos prevista actualmente.

Asimismo, y respecto de los presupuestos subjetivos, supone un avance pues define a la persona concursable en carácter de consumidor para todos aquellos sujetos que no tengan actividad económica organizada (lo define por exclusión); los trabajadores en relación de dependencia pública y privada; y personas que ejerzan la profesión liberal o autónomos; toda vez que cumplan con el requisito de no tener actividad organizada.

Agrega que, en caso de tener persona alguna anotada a su cargo en relación de dependencia ello no será en un número mayor a dos. Supone un acierto lo agregado toda vez que las personas humanas pueden tener la necesidad de tener a cargo personas en concepto de servicio doméstico o asistencia terapéutica, u otros cargos que no impliquen la inscripción de trabajadores que colaboren con el despliegue de una actividad económica organizada.

2. Requisitos para la presentación

Brevemente diremos que los requisitos solicitados a los fines de la presentación concursal son los mismos que aquellos que se exigen actualmente para las personas humanas sin actividad comercial que se presentan ante los estrados de tribunales; ello porque se ha adecuado en la práctica lo dispuesto por el Art. 11 de la L.C.Q. cuando establece requisitos que se deben o pueden cumplimentar sólo si quien solicita su concurso realiza actividad empresaria organizada. Sin embargo, la norma plantea con claridad las exigencia y recaudos que deben ser exigidos al momento que se demanda el concurso.

3. Proceso de conciliación

Novedoso por cierto, el artículo 9[594] plantea que en la resolución de apertura no haya designación de síndico sino de un "***conciliador***". Esta es una nueva figura, no es conocida a la fecha en el procedimiento concursal argentino. Amplía la calidad de profesional que puede intervenir, haciéndole un lugar a los abogados a la par de los contadores, y exige que los mismos tengan especialización en derecho del consumidor y usuario, por contraposición a la ley concursal que exige la especialización en sindicatura concursal y sólo puede ser ejercida por los contadores públicos matriculados.

594 "ARTICULO 9°: RESOLUCIÓN DE APERTURA. Cumplidos en debido tiempo los requisitos legales, el juez debe dictar resolución que disponga: 1) La declaración de apertura del procedimiento, identificando al deudor. 2) La designación de un conciliador de la lista para que intervenga en el procedimiento. Los conciliadores sólo podrán ser abogados o contadores, priorizándose la designación de quienes acrediten especialización en el derecho del consumidor y del usuario. Se aplicará el art. 253 a los efectos de la inscripción, selección y designación y, en cuanto sea pertinente, rigen los arts. 255, 256 y 258 de la ley 24.522. 3) La orden de publicar edictos durante cinco (5) días en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción del juzgado, los que deberán contener los datos referentes a la identificación del; los del juicio y su radicación; el nombre y domicilio del conciliador, y la citación a los acreedores para que formulen sus pedidos de verificación de sus créditos ante el conciliador dentro de los diez (10) días de la fecha de publicación del último edicto observando las disposiciones contenidas en el art. 32. 4) La fijación de una audiencia informativa que se realizará en la sede del juzgado interviniente, con participación del deudor, el conciliador y los acreedores para que el juez tome conocimiento de la situación y de las diversas alternativas de reestructuración del pasivo, oportunidad en la que el juez puede tomar todas las medidas que le otorga el art. 274 de la ley 24.522 y 37 de la ley 24.240, en orden a un eventual acuerdo y que puede ser previa a todo otro trámite si las circunstancias lo requieren. 5) La inhibición general para disponer y gravar bienes registrables del deudor, la que será anotada en los registros pertinentes. La publicación de edictos será gratuita atento a la especial tutela de los consumidores, y deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días desde la aceptación del cargo del conciliador, estando a cargo del secretario del juzgado."

Resulta importante, a los fines de conocer la realidad económico patrimonial y el pasivo que pueda insinuarse, la fijación de una audiencia entre todos los actores del procedimiento, deudor, acreedores y funcionario conciliador. Al juez en dicha circunstancia se lo faculta tanto para declarar verificados los créditos (Art. 37 L.C.Q.) como para ordenar mayores medidas de investigación, por remisión a las normas concursales generales a los fines de dirigir el procedimiento acorde a derecho (Art. 274 de la L.C.Q.).

Otro acierto del artículo es lo dispuesto a la gratuidad de la publicación de edictos, y que se realice una vez aceptado el cargo el conciliador. Ello es importante porque la mirada está puesta sobre la crisis patrimonial del concursado, atendiendo a la falta o escasez de recursos al momento de la presentación.

4. Audiencia Preliminar

Establece la normativa propuesta que puede el juez, conforme surjan de las constancias de la causa que se le acerquen, fijar una audiencia preliminar a la apertura del procedimiento a fin de acercar al deudor con sus acreedores y adoptar todas las medidas que crea pertinentes a fin de asegurar la dignidad del consumidor y su grupo familiar.

Entiendo que este supuesto viene a equilibrar el desbalance que se genera cuando la multiplicidad de embargos y descuentos afectan al deudor y su grupo familiar, ya no sólo por lo patrimonial sino porque las situaciones que se generan llegan a la falta de medios para la subsistencia, atentando así contra la dignidad de la persona.

5. Etapa conciliatoria y homologación

Dispone el proyecto que la apertura del procedimiento suspende por 90 días los juicios de índole patrimonial, reflejando en definitiva lo dispuesto por el actual art. 21 de la L.C.Q. y sus alcances. Y otorga 90 días corridos a los fines de la conciliación entre el deudor y sus acreedores con la intervención del conciliador como un "*facilitador de los acuerdos*". Es loable destacar la importancia en la reducción de los plazos procesales atendiendo a la complejidad del caso. Como bien se viene resaltando, la más de las veces los concursos de consumidores se caracterizan por estar frente a procesos de pocos acreedores y con un vínculo comercial poco complejo. Se plantea un procedimiento similar al de la verificación de créditos y homologación del acuerdo ya existente en la ley 24.522.

Admite el proyecto una etapa de renegociación, ello para el caso de incumplimiento del acuerdo, con nueva intervención del conciliador.

6. Liquidación

Fracasada la etapa conciliatoria o incumplido el acuerdo se abre una etapa liquidativa especial y expeditiva con nombramiento de enajenador a los fines de la realización de los bienes. Mantiene la presentación de Informe General, así como el régimen de ineficacias, Informe final y Distribución, resultando interesante la propuesta de notificación al domicilio electrónico del acreedor.

7. Honorarios

Merece un tratamiento especial lo dispuesto en el art. 28 del proyecto[595] cuanto a la forma de regular honorarios toda vez que, si bien establece una escala, 3 al 5% del pasivo verificado para la

595 "ARTICULO 28°: HONORARIOS. La regulación de honorarios del letrado del deudor y de los conciliadores y demás funcionarios se regirá por el presente artículo que tiene carácter de orden público. A esos fines, la regulación de honorarios en la etapa concordataria se establecerá entre el 3 y el 5 % del pasivo verificado, y el juez tiene facultades para distribuir

etapa concordataria y 5 al 8% para la liquidativa, la "*remuneración sostén*" fue dispuesta con una unidad acorde a la realidad de los asalariados, al tomar la cantidad de 3 Salarios Mínimo, Vitales y Móviles.

8. Críticas al proyecto

Más allá de las benevolencias y aciertos marcados al proyecto indicado; me resulta necesario destacar las falencias de éste. Primero, el conciliador debiera ser un entendido en métodos no adversariales de resoluciones de conflictos, sin perjuicio de su conocimiento sobre Derecho del Consumidor, ya que a los fines propuestos sólo un buen conciliador o mediador puede entender como acercar a las partes para lograr acuerdos.

Hay que resaltar que el proyecto nada dice respecto del conflicto que se plantea en la aplicación del Art. 20 de la L.C.Q. sobre contratos con prestaciones recíprocas pendientes y lo dispuesto por el Art. 353 del Código Civil y Comercial de la Nación referenciado a principio de éste trabajo. Mantengo a dichos fines la coordinación normativa propuesta.

Asimismo, puede observarse que el proyecto ha obviado mantener la inhabilitación por el término de un año. Considero, en lo particular, que el instituto permitía para aquellos casos en los que los fallidos carecen de activos liquidables, pero si salario, disponer la traba de embargo con los alcances legales, por el término que durara la inhabilitación, un año y luego cesa de pleno derecho (Art.107 de la L.C.Q.); ello resultaba en un principio de relativa justicia a los fines de hacerse de un activo que responda frente a la masa de acreedores, evitando así que las personas se "*sobreendeuden*", y al carecer de patrimonio, opten por el procedimiento antes descripto a los fines de librarse de los créditos generados.

CONCLUSIONES

Tomando en cuenta la situación actual de sobreendeudamiento de las personas humanas y los procedimientos universales disponibles a los fines de salvaguardar el patrimonio o liquidarlo para el pago de acreencias, es que vemos que la regulación que dispone la Ley 24.522 ha quedado arcaica, es que se ha presentado un cambio de paradigma con la evolución y reconocimiento del derecho del consumidor; pero no hemos atacado a la par el estado de insolvencia para este sujeto en particular. La jurisprudencia ha ido en constante en avance reconociendo situaciones de injusticia sobre estos sujetos y modificando, por medio de la jurisprudencia, aquellos puntos que resultaban más agraviantes.

Sin embargo, el cambio legislativo no se puede hacer esperar. En el presente trabajo se ha intentado poner en resalto la situación actual, presentando el estado de la jurisprudencia sobre algunos puntos clave dentro del concurso y la quiebra del consumidor y las críticas al proyecto de ley propuesto. Buscando por el presente comunicar dos sistemas que no son antagónicos entre sí

los porcentajes que corresponda a cada uno de los profesionales intervinientes. A todo evento, se establece un piso regulatorio de 3 salarios mínimos vitales y móviles. En el caso de liquidación judicial sin quiebra, la escala será del 5 al 8% del activo realizado y/o el pasivo verificado, el que sea mayor, con idéntico piso mínimo. Las costas en el proceso conciliatorio están a cargo del deudor, el que podrá enfrentarlas en cuotas de conformidad a lo que resuelva el juez al homologar el acuerdo. En el caso de liquidación judicial, al no extinguirse los gastos de justicia, las sumas que queden adeudadas en el concepto de honorarios deberán abonarse por el deudor, pudiendo a esos fines solicitar un régimen de cuotas al tribunal, el que previa vista a los funcionarios resolverá en definitiva el modo de pago."

sino complementarios, ello es el sistema del derecho del consumidor y el de la insolvencia patrimonial, con miras a encontrar una solución subsanadora de las incongruencias que plantea hoy el sistema jurídico argentino, por un lado, la protección del consumidor y por otro la desregulación frente a la insolvencia.

LA INCIDENCIA DE TERCEROS EN LA QUIEBRA

Augusto R. CHIAVASSA - José Ignacio OJEDA

Resumen: La quiebra produce, de ordinario, daño a los acreedores del fallido, consistente en la insatisfacción, total o parcial, de los créditos. Po ello, diferentes disposiciones legales estatuyen que quienes ha contribuido, según ciertos factores de atribución, a causar el daño, deben contribuir a su reparación. Por lo que, la quiebra genera numerosas responsabilidades al fallido y a ciertos terceros.
Palabras claves: Acreedor involuntario – Reparación – Quiebra – Ley Concursal.

Abstract: Bankruptcy usually produces damage to the creditors of the bankrupt, consisting of the total or partial dissatisfaction of the credits. Therefore, different legal provisions state that those who have contributed, according to certain attribution factors, to causing the damage, must contribute to its repair. Therefore, bankruptcy generates numerous responsibilities for the bankrupt and certain third parties.
Key words: Involuntary creditor - Reparation - Bankruptcy - Bankruptcy Law.

Introducción

De manera introductoria diremos que la quiebra produce, de ordinario, daño a los acreedores del fallido, consistente en la insatisfacción, total o parcial, de los créditos. Po ello, diferentes disposiciones legales estatuyen que quienes ha contribuido, según ciertos factores de atribución, a causar el daño, deben contribuir a su reparación. Por lo que, la quiebra genera numerosas responsabilidades al fallido y a ciertos terceros.

El fallido es quien tiene definidas responsabilidades, tanto en el ámbito concursal como en otros ordenamientos legales:

- La quiebra sujeta a la casi totalidad de los bienes del fallido (activo falencial, art. 107, de la Ley de Concurso y Quiebras en adelante LCQ) a un destino liquidativo, para satisfacer las deudas anteriores a la declaración de quiebra y las deudas generadas por el proceso concursal (pasivo falencial, art. 104, LCQ), según un complejo sistema de distribución signado por reglas de prioridades propias de la liquidación colectiva (privilegios, art. 239 y ss. LCQ). De esa manera se hace efectiva la responsabilidad patrimonial del fallido.

- El fallido también experimenta ciertas restricciones para actuar en determinadas áreas (ejercicio del comercio, desempeño de algunos cargos, etc.), como consecuencia de la quiebra en si (inhabilitaciones, art. 234 y ss. LCQ), y cuya duración depende de ciertos factores relacionados con su conducta. Así, se hacen efectivas limitaciones propias de la llamada responsabilidad personal del fallido.

- La conducta del fallido puede encuadrar en la órbita del derecho penal (delitos de quiebra, Código Penal), y dar lugar a sanciones de índole criminal. Si correspondiera, es la manera de hacer efectiva la responsabilidad penal del fallido.

Por otro lado, cuando hablamos de terceros, nos referimos a una pluralidad de sujetos que no son el fallido o la fallida, y que pueden tener mayor o menos proximidad (en sentido jurídico) con los fallidos, o, mejor, con el patrimonio en quiebra. Es tercero (próximo), por ejemplo, el administrador de los bienes de la persona jurídica en quiebra; pero también es tercero (más lejano), por caso, un cómplice (del fallido) en la realización de actos fraudulentos hacia los acreedores. La responsabilidad de los terceros se puede ver, también, desde el triple ángulo de mira utilizado para la responsabilidad del fallido.

- Los terceros pueden incurrir en ciertos delitos que tienen relación directa con una quiebra (administración societaria fraudulenta, insolvencia fraudulenta, etc.), incurriendo así en responsabilidad penal de terceros.

- También ciertos terceros –los administradores o integrantes del órgano de administración de la fallida- son sometidos a iguales inhabilitaciones que los fallidos, como consecuencia de la quiebra de su administrada (arts. 235 y 236, LCQ). Es esta una responsabilidad personal de terceros, que afecta temporalmente su habilidad para el desempeño de algunos roles (art. 238, LCQ, y disposiciones de otras leyes nacionales y provinciales).

- Por último, tenemos la (eventual) responsabilidad patrimonial de terceros en caso de quiebra. Si bien la quiebra, en principio, solo somete a liquidación los bienes del fallido, en algunos supuestos se impone a determinados terceros el deber de aportar bienes o valores con miras a incrementar el producto repartible entre los acreedores de la fallida.

Las acciones de responsabilidad patrimonial de terceros por quiebra se justifican y explican: si hay daño, que provisoriamente podemos conceptualizar como insatisfacción total o parcial de los acreedores del fallido o, más técnicamente, "insuficiencia de activo (liquidado) para satisfacer íntegramente el "pasivo falencial"; si hay sujetos dañados quienes, en principio, son los acreedores insatisfechos en la distribución del activo liquidado, o no desinteresados por otros medios conclusivos de la quiebra.

Los cuatro principales mecanismos concursales de responsabilidad patrimonial de terceros en caso de quiebra, con miras a la mejora del activo repartible, son: las ineficacias falenciales del art. 118 y ss. de la LCQ; las extensiones de quiebra del art. 160 y ss. de la LCQ; la llamada responsabilidad de representantes (art. 173), y la responsabilidad de terceros "representantes o no" (genérica e imprecisamente llamada "responsabilidad de terceros en el parr. 2°, art. 173).

Extensión de la quiebra

Entrando en la temática de las extensiones, dictada la sentencia de quiebra se puede extender la misma de una persona (quiebra principal) a otra (quiebra accesoria), aunque esta última no se encuentre en estado de cesación de pagos, si se da alguno de los supuestos establecidos por la ley.

Se ha señalado con acierto que la extensión de la quiebra es el fruto de la conjunción entre el régimen societario y el falencial.

Ha sido materia de profundos debates la naturaleza de este instituto y los fines a los que responde. Para un sector de la doctrina su finalidad consiste en disciplinar un mecanismo o forma

de incrementar el activo liquidatorio para el reparto entre los acreedores, generalmente insatisfechos a raíz de la insolvencia de su deudor. [596]

Contrariamente a ello, se ha sostenido que la extensión de quiebra, en la práctica cotidiana, no lleva a una recomposición de activos, dado que su naturaleza no es esta, sino que puede llevar más atraer nuevos pasivos que podrían terminar perjudicando a los acreedores de la quiebra principal, por ver mermando, más que acrecentando, su derecho al dividendo y demorada su oportunidad de cobro.[597]

En estos casos, la ley contempla bajo el rubro común de extensión de quiebra, a diversos supuestos en los cuales una quiebra preexistente, se propaga o extiende a otro sujeto, a quien se declara en quiebra "refleja" o "por extensión", siguiendo lo expuesto por Rouillon; en otras palabras este instituto trata, en definitiva, y en caso de quiebra decretada, de comunicar o propagar a un tercero los efectos de ella; esto siempre que concurran las causales de extensión legalmente establecidas, si bien como señala Provinciali que, en realidad, la quiebra no se extiende, sino que se declara. No es que se propague a los socios la quiebra ya declarada. Se declara también para ellos, más el propio autor advierte que el término "extensión" importa un tradicional modo de decir. [598]

La extensión de quiebra como mecanismo concursal de extender los efectos de una quiebra ya declarada a un tercero se remonta en nuestra legislación patria al Código de Comercio, que la contenía en el art. 1530 del Código de 1862 y en el art. 1384 del Código de 1889, pasando luego al art. 4 de la ley 4156, al art. 6 de la ley 11.719, al art. 164 de la ley 19.551 y actualmente al art. 160 de la LCQ.

Asimismo, como un modo de declarar la quiebra (al sujeto de la quiebra refleja o extendida), se caracteriza porque sus presupuestos son diferentes de los demás casos (quiebra directa necesaria o voluntaria, quiebra indirecta). La principal – y paradójica- distinción radica en la indiferencia del estado de cesación de pagos del patrimonio del sujeto a quien se declara en quiebra por extensión. Ni es menester que este en insolvencia, ni se analiza ella como presupuesto de la apertura falencial, ni podría argumentarse la solvencia para resistir la quiebra por extensión.

Por lo tanto, mientras en la quiebra principal el presupuesto esencial para la declaración de quiebra es el estado de cesación de pagos del deudor, en la quiebra accesoria los presupuestos esenciales son:

- La declaración de una quiebra anterior (quiebra principal); y
- La configuración, entre el quebrado principal y el sujeto a quien se pretende extender esa quiebra, de una relación tipificada legalmente como caso de extensión, caso en que la nueva quiebra es considerada como refleja o dependiente.

Esto es lo que hay que acreditar en el procedimiento para la declaración de quiebra por extensión.

A su vez puede considerarse como quiebra sincrónica, cuando la extensión es decretada en la misma sentencia de quiebra principal, o asincrónica, cuando es dictada en fecha posterior.

596 Rouillon, Régimen de concursos y quiebras, p. 270.
597 Boquin, ponencia en el XLVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Quilmes, 2008, p. 279.
598 Provinciali, Tratado de derecho de quiebra, t. III, p. 229.

Dicha extensión tiene por objetivo responsabilizar a aquellas personas que tuvieron incidencia en la quiebra principal, logrando así ampliar las expectativas de cobro de los acreedores de la quiebra principal, es decir, el interés legalmente tutelado es el de los acreedores de la quebrada principal, quienes ven incrementada su esperanza de cobro total (o de un porcentaje importare, al menos) de sus acreencias, al sumarse bienes liquidables sobre los cuales concurrirán, de manera directa o subsidiaria (según el régimen de masas – única o separadas- que se aplique).

Se trata de un instituto que funciona, solo en las quiebras "liquidativas". Inaplicable, asimismo, si no hay daño para los acreedores de la quebrada principal (cuando el activo de esta alcanza para cubrir todo su pasivo). Tampoco rige en el concurso preventivo.

El ámbito de aplicación más frecuente e importante de la extensión de la quiebra es el campo de las falencias societarias. Aunque no es excluyente, - pues pueden extenderse, a veces, las quiebras de personas físicas-, es indudable que la institución ha sido fructífera en el terreno de las quiebras de personas jurídicas.

Al ser una excepción al principio general concursal de que no hay quiebra sin insolvencia, en este sentido, campea en la institución la interpretación restrictiva; en consecuencia, el intérprete deberá denegar la extensión falencial cuando el caso resulte de dudoso encuadre legal, y la prueba rendida deberá ser apreciada de modo riguroso. Además, cabe destacar que los supuestos de extensión constituyen un sistema de numerus clausus, de naturaleza excepcional, lo que implica que debe ser la última ratio utilizada ante situaciones de inevitable encuadramiento factico y jurídico.

Se ha discutido, si la extensión de la quiebra importa una sanción al tercero a quien se la pretende extender, o bien si este resulta pasivo de la extensión en razón de tener una posición determinada en el caso de una sociedad fallida, revelándose allí cierto tinte de "garantía", o bien por haber obrado una conducta reñida con el recto manejo comercial y societario, y a la vez fraudulenta de derechos de terceros, lo que revela cierto aspecto resarcitorio del instituto.

En opinión de Etcheverry, cada sujeto –persona física o jurídica- pasible de que se le atribuyan responsabilidades o la quiebra misma no las padece por extensión, sino por sí mismo, en el campo de su propia actuación, de su posición legal, de su compromiso patrimonial. Nace originariamente en cabeza de cada persona vinculada a otra persona en cesación de pagos, su propio estado de responsabilidad restringida -daños y perjuicios- o amplia, la propia quiebra. [599]

Asimismo, se discute si la extensión de quiebra importa un mecanismo sancionatorio. Vitolo sostiene que respecto del tercero no caben dudas de que la extensión reviste tal carácter y el fundamento de tal sanción reside en no dejar impune al tercero, en razón del régimen de responsabilidad solidaria que pudiere caberle, con relación a las obligaciones generales del fallido, o bien por la desviada utilización que haya hecho de estructuras jurídicas, ya sea para ocultarse detrás de ellas, obrando en consecuencia, o desviando su voluntad por medio del abuso, o por haber confundido de manera inescindible patrimonios que debían ser claramente diferenciados, por pertenecer a sujetos de derecho distintos, corrigiéndose la anomalía bajo un mecanismo que garantice y proteja el principio de la par condicio creditorum. [600]

Desde otra perspectiva del tema, si consideramos al trámite de extensión como de carácter sancionatorio –conforme a Brunetti-, nunca podríamos ampliar los casos de quiebra por vía de

599 Etcheverry, Supuestos de extensión de quiebra, LL, 1982-B-812.
600 Vitolo, Nuevas tendencias en la jurisprudencia societaria y concursal p. 177.

extensión analógica[601], dado el principio de legalidad, que impide toda aplicación de pena sin ley previa expresa.

Causales de extensión

La mencionada extensión puede provocarse por:

- **Quiebra refleja, art. 160 de la LCQ:** Como señala Argeri, la voluntad individual, dentro del marco de la ley, autoriza a que varias personas constituyan una sociedad comercial para la consecución de los negocios e intereses comerciales que estimen. [602] Dentro de las figuras que la ley 19550 contempla como tipos societarios (es decir, tipos de sociedades a la que los futuros socios pueden acceder conformes a sus intereses) se legislan ciertas formas societarias en las cuales la responsabilidad de los socios en modo alguno se limita a su aporte, sino que ella resulta ilimitadamente y responden por las deudas sociales como si fueran de el mismo. La responsabilidad le es impuesta por la ley, basada en el tipo social elegido voluntariamente, o bien dicha ilimitación resulta consecuencia del incumplimiento o de la violación de las normas legales.

El primer supuesto de extensión que legisla el ordenamiento falimentario indica que la quiebra de la sociedad importa la de sus socios con responsabilidad ilimitada. Es el caso más tradicional y antiguo de extensión de quiebra, en nuestra legislación, viene desde el viejo Código de Comercio del Siglo XIX.

El sentido de la extensión es desde la quiebra de la sociedad hacia los socios ilimitadamente responsables (socio de la sociedad colectiva, socio comanditado, socio capitalista de la sociedad de capital e industria, socio de la sociedad irregular, socio de la sociedad de hecho); no a la inversa (la quiebra del socio ilimitadamente responsable no se extiende – al menos, no por este articulo- a la sociedad in bonis de la que forma parte).

Las razones que suelen invocarse en apoyo de la solución legal son más bien de oportunidad y conveniencia, y no de derecho sustancial, ni responden a principio de lógica jurídica. Es una responsabilidad sin culpa, establecida iuris et de iure por la ley de sociedades, ratificada en el ámbito normativo concursal; la quiebra del socio no depende de su voluntad ni constituye una respuesta a modo de reproche legal por una determinada conducta. [603] Si bien Satta sostiene que la norma en análisis obedece a la consideración realista de que el socio que no provee a tiempo al pago de las deudas sociales manifiesta del modo mejor su insolvencia personal, la insolvencia del socio es presumida iuris et de iure. [604]

Los presupuestos para fundar el pedido de extensión bajo esta norma son la existencia de una sociedad fallida y de socios ilimitadamente responsables, aun en el caso de que el socio se encuentre previamente concursado.

La norma alude a los socios ilimitadamente responsables, sin hacer distinción de si tal ilimitación es la que emerge exclusivamente y excluyentemente del contrato social – es decir, si es originaria- o de si también comprende aquellos supuestos en los cuales la ilimitación surge a posteriori, como consecuencia de una sanción impuesta por la ley de sociedades, o bien por la infracción de un deber legal, lo que importa una ilimitación derivada. Es precisamente la mencionada falta de distingo lo que ha motivado un arduo debate doctrinal en torno a determinar cuáles socios con

601 Brunetti, Diritto fallimentare italiana, p. 88.
602 Argeri, La quiebra, t. 2, p. 323.
603 Etcheverry, Supuestos de extensión de quiebra, LL, 1982-B-812.
604 Satta, Instituciones del derecho de quiebra, p. 450.

responsabilidad ilimitada son alcanzados por la norma. Son varias las posturas autorales. Una primera, la tesis restrictiva, aduce que los únicos casos comprendidos en ese artículo son los de aquellas sociedades cuyos socios, al momento de constituir la sociedad o incorporarse a ella, voluntariamente se obligaron de manera ilimitada por las deudas sociales. Maffia señala que, en los restantes casos, la responsabilidad surge a posteriori de que el instrumento haya sido suscripto, una vez que la sociedad está funcionando, siendo tal responsabilidad anómala, sancionatoria y derivada, supuesto excluido en el artículo en exegesis.[605] Señala Satta que la regla que indica que la quiebra de la sociedad importa la del socio con responsabilidad ilimitada patentiza que la ley ha querido referirse a los socios de la sociedad colectiva y al socio colectivo en la sociedad en comandita. Por tanto, han de excluirse las personas sujetas a responsabilidad ilimitada por otro título que el de ser socio originariamente sujetos a esa tal responsabilidad.[606] La ley general de sociedades contempla muy disimiles supuestos de ilimitación por sanción y consecuencias distintas para cada caso, de donde no puede sistematizarse un casuismo legal. Se configuran así supuestos a los cuales se les aplica la ilimitación de la responsabilidad por diversas fuentes, mas no hay una única clase de socios ilimitadamente responsables, dado que tal ilimitación puede emerger-en el ámbito societario- por cuestiones diversas. En los supuestos en los que deviene como sanción por infracción de una norma, se requiere la invocación de un procedimiento tendiente a develar la conducta infractora y la eventual responsabilidad, lo que es incompatible con el tramite sumario de la extensión de quiebra.

La segunda posición – la tesis amplia- sostiene que la ley no distingue el origen contractual o sancionatorio de la ilimitación de la responsabilidad, por lo cual resulta aplicable tanto para uno u otro caso; esto es la norma se aplica a todos los supuestos que, conforme a la ley societaria importen ilimitación de responsabilidad del socio, sin cuestionamiento sobre el origen o las causas de tal ilimitación. [607]

Una tercera posición, planteada por Rouillon – tesis intermedia-, sostiene que quedan comprendidos los supuestos en los que existe ilimitación estricta de la responsabilidad; esto es, cuando la ilimitación está presente en los dos extremos del problema, cuando todo el patrimonio resulta afectado a la satisfacción de todo el pasivo social. [608] Únicamente en estos casos existiría ilimitación, sin atender a que el origen sea sancionatorio o contractual. Explica ella partiendo del concepto de limitación de la responsabilidad; es decís, cuando el socio responde por todas las deudas sociales solo con parte de su patrimonio. Por oposición, la ilimitación de la responsabilidad –en sentido estricto- tiene lugar cuando el socio responde por todas y cada una de las deudas sociales con todo su patrimonio, ya sea de manera principal o subsidiaria. No obstante, hay casos donde no hay ilimitación de la responsabilidad stricto sensu. Son aquellos supuestos donde el socio responde con todo su patrimonio – de ahí la ilimitación- pero no por todas las deudas sociales sino por algunas, o por el resultado concreto de ciertos actos. El segundo aspecto que analiza el autor es determinar por cuál de las deudas responde ilimitadamente el socio; en estos casos todo el patrimonio responde solo por algunas deudas, de modo que, desde el punto de vista del pasivo a satisfacer por el socio personalmente, lejos de haber ilimitación, hay limitación. En este grupo de supuestos, en los cuales la ilimitación existe solo para el patrimonio garante, pero no para el pasivo afrontable, no hay en realidad ilimitación de la responsabilidad, sino una menor responsabilidad.

605 Maffia, Quiebra Dependiente, ED, 71-611.
606 Satta, Instituciones del derecho de quiebra, p. 451.
607 Azerrad, Extensión de la quiebra, p. 48.
608 Roullion, ¿Cuál "responsabilidad ilimitada" determina la extensión de la quiebra social?, ED, 120-804.

"No corresponde extender la quiebra de una sociedad a los herederos de los socios fallecidos, pues aun cuando estos hayan ingresado a ella, estando ya con plazo vencido, el único acto producido por la sociedad después de esa inclusión, fue el acto extintivo del vínculo laboral con el peticionario de la falencia; de tal manera, en cuanto respecta a la extensión de la quiebra a aquellos, no puede considerarse, en estricto, el carácter de irregular que tomo la sociedad y la responsabilidad ilimitada que tienen los socios de tal tipo de ente jurídico, pues el art. 160 de la LCQ alude a la extensión de la falencia a los socios con responsabilidad ilimitada, cuando esa responsabilidad es asumida por los socios desde el origen de la sociedad o cuando sobreviniendo la irregularidad y consecuente responsabilidad ilimitada los socios consienten la prosecución de la actividad societaria bajo tales condiciones" (CNCom, Sala A, 29/9/99, "Tampre SRL s/quiebra").

En cuanto a la situación de los socios egresados o excluidos al momento de la declaración de quiebra, se discute la procedencia de la extensión. Para los que responden positivamente, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que se hubiera tratado de un socio con responsabilidad ilimitada.
- Que se hubiera retirado o hubiese sido excluido.
- Que el retiro o la exclusión se haya producido después de la cesación de pagos de la sociedad, a cuyo fin se ha dicho que no rige el plazo máximo de retroacción de dos años que prevé el art. 116 de la ley, en orden a establecer o determinar si el socio se retiró o fue excluido después de producida la cesación de pagos.
- Que se trate de deudas anteriores, entendiéndose por tales las existentes a la fecha en que se inscribió el retiro en el Registro Público de Comercio. Si el retiro nunca se inscribió deberá responder por todas las deudas.

La extensión hacia los socios ilimitadamente responsables se declara automáticamente al momento en que se decreta la quiebra principal y no se requiere de un procedimiento para instar la extensión hacia los socios. Cuando la ley prescribe que "la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada", está reconociendo un presupuesto para la declaración de quiebra de los socios con responsabilidad ilimitada, que no es otro que declarar la quiebra de la sociedad, pero – dictada esta- ella incluye a todos los socios ilimitadamente responsables, aun a los no nombrados en la sentencia.

La quiebra produce sobre los socios alcanzados efectos tanto personales como patrimoniales.

En la extensión de quiebra por aplicación de este artículo, no está definido con claridad cual sistema de masas se aplica. Si bien existe un vínculo entre la quiebra social y la de los socios, la de estos es propia y personal, en el sentido de su carácter de fallido y de la nueva masa que se forma. Se da un trasvasamiento del pasivo social a la masa del socio concurrente con el pasivo particular de este, pero cada falencia será autónoma. Así, la regla es la conformación de masas separadas; masa única solo corresponde cuando hay confusión patrimonial inescindible (si esta fue la causa de la extensión-inc. 3, art. 161, LCQ-, como cuando habiéndose declarado la extensión por otra causa, luego se descubre confusión patrimonial entre el quebrado principal y el sujeto de la quiebra extendida). En consecuencia, en la extensión de quiebra al socio ilimitadamente responsable de la sociedad fallida principal, se formarán –como regla- masas separadas. Una integrada por activo y pasivo de la sociedad, y tantas masas como socios ilimitadamente responsables fueran declarados quebrados por extensión. En estas últimas, sobre el activo personal de casa socio concurren sus acreedores particulares más los acreedores de la sociedad que, así, repiten su concurrencia en todas las masas (si hay algún socio retirado o excluido antes de la quiebra principal, al que luego se

le extiende dicha quiebra, los acreedores sociales que concurren en su masa son solo los anteriores a la registración del retiro o exclusión). Los acreedores sociales concurren a todas las masas por el valor integro de su acreencia-no deben ir descontando lo percibido para, recién luego, ingresar a otra masa-, correspondiendo aplicar las reglas de los arts. 135 y 136 de la LCQ.

Nunca se forma masa residual o de remanentes. Si sobrase activo en la quiebra de algún socio es porque-al menos allí- también fueron desinteresados íntegramente los acreedores sociales, con lo cual el activo remanente debe devolverse al socio en cuestión, ya que los insolutos acreedores particulares de los consocios no pueden pretender cobrarse sobre bienes excedentes del socio con saldo favorable. Si sobrasen bienes en la quiebra social (supuesto mucho menos frecuente), es porque también fueron totalmente desinteresados los acreedores de la fallida principal, con lo cual ese activo remanente, vía cuota de liquidación societaria, ingresara proporcionalmente a cada uno de los activos liquidables de los socios quebrados por extensión, destinándose a satisfacer los saldos impagos de los acreedores particulares de ellos.

La norma del art. 90 de la LCQ le concede al deudor declarado en quiebra la posibilidad de convertir dicho proceso en un procedimiento de concurso preventivo. Expresamente establece que entre los deudores comprendidos en tal posibilidad se encuentra el socio cuya quiebra se haya declarado por extensión en los términos del artículo 160, y se excluye a los socios quebrados por extensión en virtud de los supuestos del art. 161 de la LCQ, indicándose que tal exclusión obedece a la retribución del ordenamiento a conductas antijurídicas consideradas reprochables. [609]

- **Quiebra por Extensión, art. 161 LQC**: este tipo de extensión de quiebra tiene carácter sancionatorio y procederá ante alguno de los siguientes supuestos:

✓ **Actuación en interés personal, inc. 1:** la quiebra se extenderá a aquellas personas que por medio de la fallida actué en su interés personal disponiendo de los bienes de la misma como si fueran propios y en fraude a los acreedores. Debe existir relación de causalidad entre la quiebra principal y la actuación en interés personal. Por Ej. Administrador que constituye una prenda sobre un bien de la fallida para obtener un crédito para él.

La doctrina y la jurisprudencia francesa receptan el régimen de extensión de la quiebra por actuación en provecho propio como un régimen especial, autónomo de la responsabilidad civil, incluso cuando se ejerce contra los órganos de una sociedad quebrada. De allí deviene la tipicidad del instituto y el detallismo de sus requisitos; en consecuencia, los supuestos deben ser mirados bajo este principio a la hora de decidir la declaración o no de la quiebra intragrupo.

Esta norma fue introducida por el legislador en la reforma concursal de 1972, mediante la cual –además de incorporar en el art. 164 al socio ilimitadamente responsable- se agregó en el art. 165 el supuesto de extensión al "verdadero dueño del negocio", solución que venía de la legislación francesa (art. 101, ley de quiebras del 13/8/67, que a su vez reconocía como antecedente el art. 446 del Cod. De Comercio francés).

Se ha señalado que en el caso del inc. 1 la naturaleza de la extensión no deriva de la cesación de pagos, sino del concepto de unidad o sujeción económica vinculado a la reciproca responsabilidad y a la actuación cumplida, y encuentra su fundamento en la comunicación de responsabilidades que genera el ilícito que crea una solidaridad pasiva, persiguiendo que –en caso de mediar desvió del

609 Mosso, La conversión de la quiebra operada en la práctica, LL, 1996-D-1251.

empleo del patrimonio de la fallida- se restablezca el desequilibrio provocado mediante la quiebra del sujeto que resulto beneficiado. [610]

Muchos autores argentinos que se ocupan del tema entienden que en este caso se trata del empresario oculto "que, encubierto bajo la pantalla de una sociedad, actuó en su propio interés y dispuso del patrimonio de la sociedad como si fuera propio". Además, infieren que el tema se vincula a la cuestión de la desestimación o penetración de la personalidad societaria.

A este supuesto de extensión se lo ha asimilado a la quiebra del dueño del negocio de la doctrina francesa receptada por nuestros autores y la jurisprudencia, entendiendo como dueño del negocio a aquel que, bajo la apariencia de una actuación por la fallida, haya realizado actos en su propio interés y dispuesto de los bienes de la fallida como propios, siendo estos, precisamente dos de los presupuestos exigidos por la norma en comentario.

Hay actos que en apariencia son realizados por la fallida (eventualmente, una sociedad), efectuados en interés personal y en fraude a los acreedores, por quien abusa de la fachada de la fallida.

Los presupuestos de procedencia de este tipo de extensión son la existencia de una quiebra anterior o principal, que puede ser de persona física o jurídica, y de otra persona física o jurídica que, actuando en apariencia de hacerlo por la fallida, efectúa actos en su interés personal y dispone de los bienes de aquella como si fueran propios en fraude a los acreedores. En este caso la interpretación respecto de este tipo debe ser estricta, no pudiendo inferirse la existencia de fraude en perjuicio de los acreedores por el solo hecho de mediar una vinculación empresarial entre la fallida y la entidad hipotéticamente controlante, por lo que no es la pertenencia a un grupo económico la que autoriza a recurrir a la extensión, si no se dan los supuestos establecidos en los distintos incisos de la norma.

En definitiva, el precepto tiende a imputar responsabilidad a quien tuvo a la fallida bajo su dirección económica, a quien se sirvió de otra persona para efectuar determinados actos. Tal situación presupone la actividad efectiva y concreta en interés personal de quien actuó bajo esa apariencia, un caso en el que aquel sujeto haya dispuesto de los bienes del deudor cual si fuesen propios, sin haber procedido a su ulterior restitución.[611]

"El supuesto de hecho previsto en el inc. 1 del art. 161 de la ley 24.522 para la procedencia de la extensión de la quiebra requiere que exista una actuación en interés personal y disposición de bienes de la fallida como si fueren propios bajo la apariencia de la actuación de aquella y en fraude a los acreedores" (CNCom., Sala B, 25/2/00, "Expocristal SA s/quiebra", LLonline, AR/JUR/3976/2000).

En relación con el interés personal, para determinado sector de la doctrina, la actuación en interés personal debe comportar gestión negocial y excede la mera ocultación pasiva de bienes bajo la apariencia de pertenecer a otro sujeto. Por otro lado, resulta necesario destacar que el plural utilizado por la norma denota que es insuficiente un hecho aislado de abuso de personalidad y de los bienes del sujeto fallido, de modo que la realización de actos en interés personal y la disposición de bienes sociales como si fueran propios no se corresponden con actos aislados, sino que debe

610 CNCom, Sala E, 9/4/08, "Celular Asistence SA c/quiebra s/inc. De estension de quiebra", Lexis 35024074.
611 CN Com, Sala C, 9/9/03, "Manufacturas de Calzado SRL s/quiebra c/Denirgian de Khandjoyan, Josefina, y otros", citado por Pesaresi, ley de concursos y quiebras, p. 633.

exhibirse una conducta que importe dar preeminencia al interés personal por encima del interés de la fallida.

Una postura contraria sostiene que la calidad de los actos es decisiva. Así como respecto de la configuración ilícita prevista en el art. 19 de la ley societaria puede bastar un solo acto ilícito, si es de tal naturaleza y magnitud que determinara la actuación posterior de la sociedad, aunque esta última sea ilícita, debe apreciarse también la naturaleza y magnitud (absoluta y relativa) de esos actos para decidir si se dan los presupuestos para extender la quiebra. Tampoco una pluralidad de actos, en si mismos aislables y de escasa relevancia en el contexto de la actuación general de la persona fallida, aunque den lugar a otro tipo de acciones, puede considerarse suficiente para ello.

Sin perjuicio de ello, la actividad del verdadero dueño del negocio no solo debe importar un desvió del interés de la fallida para actuar en su propio interés, disponiendo de los bienes de la fallida como si fueran propios, sino que además el tipo legal exige que tal actividad en interés propio lo haya sido en fraude a los acreedores. Al respecto destaca Rouillon que la existencia de fraude resulta una mención redundante, pues el actuar allí descripto es per se fraudulento, desde el punto de vista del derecho civil. [612] Probada la actuación legalmente tipificada, no hay necesidad de probar nada adicional; ella es fraudulenta y, en su caso, quien entienda que no lo es deberá cargar con su prueba. La intensión de defraudar a los acreedores resultara objetivamente de los propios actos realizados, sin que sea necesario probar el ánimo de defraudar, prueba que casi siempre resulta imposible.

Asimismo, se ha señalado que la existencia de fraude a los acreedores se presume por la configuración de la quiebra antecedente, criterio que deja a salvo la posibilidad de producir prueba en contrario por parte del sujeto a quien se intenta propagar la falencia, el que deberá acreditar que su actuación ilícita puede conjurarse por medio de la reparación de daños y perjuicios y por no haber sido su actuación causa de la cesación de pagos de la fallida.

Por último, hay que tener en cuenta que lo que se busca no es extinguir la personalidad de la fallida, pues esta no desaparece con la extensión de la quiebra al gestor oculto; tampoco se pretende, como en los casos comunes de desestimación de la personalidad, apartar la sociedad fallida originaria, sino que, en realidad, la norma integra el patrimonio incompleto de la persona o sociedad fallida con la de quien ha estado moviendo los hilos desde la penumbra. Al extenderse la quiebra se produce una complementación de responsabilidades, no una suplantación de estas.

✓ **Abuso de Control, inc. 2:** la quiebra se extenderá a la persona controlante de la sociedad fallida, que desvié el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés propio o del grupo económico del que forma parte.

La ley en este inc. 2 no solo ha incorporado un fenómeno propio del derecho societario sino que lo ha extendido, habida cuenta de que el supuesto en comentario resulta más amplio que el societario, toda vez que la propia norma concursal admite que el controlante a que se refiere pueda ser una persona jurídica o una persona física.

Este es un supuesto de control por posición dominante en el cual la controlante –persona física o jurídica- ha trasladado todos los perjuicios hacia terceros a la sociedad controlada y preserva su patrimonio del reclamo de estos. [613]

612 Roullion (dir) – Alonso (coord..), Codigo de Comercio, t. IV-B, p. 379.
613 Rivera – Roitman – Vitolo, Ley de concursos y quiebras, t. III, p. 39.

La norma de este inciso presupone los siguientes casos: imponer sacrificios injustificados a una sociedad, que la conduzcan a la extinción en beneficio del grupo que integra y que no asume el pasivo que le corresponde; aplicar el patrimonio de una sociedad a la consecución de fines extrasocietarios, en beneficio de otras empresas o sujetos del grupo; desviar las utilidades o ganancias dirigidas a satisfacer el pasivo social y a redituar beneficios a sus integrantes sometiendo el ente y asignando esos beneficios a otros integrantes del grupo, provocando un traspaso de créditos e ingresos, en perjuicio de los acreedores; existencia de una dirección unificada que ejerza el control en interés del grupo y en perjuicio de la sociedad controlada, siendo característica de este tipo el hecho de que la quiebra discurre de la controlada a la controlante, es decir, que la insolvencia de la dominada se extiende al dominante abusador.

Dicha norma exige determinados presupuestos de andamiaje del pedido de extensión:

- Que se verifique la quiebra de una sociedad controlada por una persona controlante;
- Que dicho control se haya ejercido de modo abusivo e irregular, importando el desvió indebido del interés social de la controlada;
- Que ello se logre sometiéndola a una dirección unificada en beneficio o interés de la controlante o del grupo del que forma parte.

Es importante destacar que al estar permitido en nuestra legislación el control societario, el solo hecho de la quiebra de la controlada no habilita a extender la quiebra “automáticamente” a la controlante, por lo que para que la extensión proceda deberá configurarse un control “abusivo”, es decir, obligar a la controlada a adoptar una dirección tendiente al beneficio de la controlante o del grupo económico y contraria a la finalidad societaria de la controlada. Debe existir relación de causalidad entre la quiebra principal y el abuso de control.

En el mismo inciso explica que debe entenderse por “persona controlante”, en primer lugar, aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social, por Ej. La sociedad A (controlante) posee una determinada cantidad de acciones de la sociedad B (controlada), las cuales le otorgan el 51% de los votos al momento de adoptar decisiones en la asamblea ordinaria. Se refiere este supuesto al control directo mediante una tenencia lo suficientemente amplia para imponer su voluntad en las asambleas de modo de imponer su decisión.

En segundo término, cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social. En este supuesto se requiere que el control sea ejercido por un número plural de personas que, si bien consideradas de modo individual no tienen participación relevante, actuando conjuntamente reúnan los votos y las condiciones necesarias para conformar la voluntad e imponerla.

Tales definiciones son válidas dentro de la ley concursal que las contiene, pero no pretenden describir todos los supuestos sociológicos del control societario, pues toman aquellas formas que integran al sistema falencial.

La ley concursal prevé, entonces, que la fallida controlada se una sociedad; no así la controlante, a la cual menciona como “persona controlante”, sin exigir que se trate de un ente de existencia ideal.

Caso Swift – "Cia.Swift de La Plata SA s/quiebra"-: la compañía frigorífica Swift de La Plata S.A., que se encontraba en cesación de pagos, presenta en 1971 un acuerdo preventivo para evitar su quiebra. Este acuerdo había sido votado y aceptado por los acreedores, entre los que se encontraban ciertas sociedades pertenecientes al "Grupo económico Deltec" de la empresa "Deltec Internacional". Lo relevante del caso era que Swift también pertenecía a dicho grupo económico. Por lo tanto, "Deltec Internacional" era quien controlaba la voluntad de todas esas sociedades (entre las que se encontraba Swift). El juez de 1ra instancia rechazo el acuerdo preventivo y declaro en quiebra a Swift. Pero además extendió la quiebra a las otras sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trataba de personas jurídicas diferenciadas, ya que todas respondían a la misma voluntad (la voluntad de Deltec Internacional). Había un hecho que corroboraba lo dicho: más del 80% de las ventas de Swift eran a sociedades del mismo grupo, y a precios extremadamente inferiores a los que se fijaban para venderle a otros clientes. La Cámara de Apelaciones confirma el rechazo del acuerdo preventivo, pero declara nula la extensión de la quiebra. El 4 de septiembre de 1973, la Corte Suprema confirma la quiebra de Swift, y la extiende tanto a Deltec Internacional (sociedad controlante) como a las demás sociedades del Grupo Deltec, por entender que no se trata de personalidades jurídicas diferenciables.

En torno a que debe entenderse por control y en que consiste, cabe destacar que en doctrina suele señalarse que existen dos tipos de control: el interno y el externo. El primero es un control jurídico o de derecho que surge de la propia participación de la controlante en la sociedad controlada; es una participación suficiente para conformar la voluntad social, resultante tanto de la tenencia neta de la mayoría accionaria, cuotaria o de partes de interés. Ello de modo de obligar a la controlada con su decisión.

En cambio, el control externo o de derecho se presenta cuando la influencia dominante de la controlante sobre la controlada no obedece a una especial participación accionaria o cuotaria, sino que deriva de los especiales vínculos del modo en que una prevalece sobre la otra, a raíz de relaciones intersocietarias que de ordinario resultan de relaciones contractuales, en virtud de las cuales la controlante domina a la controlada por subordinación económica. Esto es, la controlada trabaja y se desenvuelve en los negocios para y a favor de la controlante.

Establecidos los tipos de control, cabe destacar que el control entendido como poder efectivo de dirección en los asuntos sociales es el rasgo definitorio para tornar procedente la extensión de quiebra, siendo necesario que concurran los extremos supraindicados. Mas queda por determinar a qué control se refiere la ley; si al interno, al externo o ambos. Indica Bergel, que la ley de concursos define el concepto de control refiriéndose únicamente al interno, a pesar de que tal limitación contraría los fines de la norma y la realidad, dado que la experiencia enseña que son numerosos los casos en los que situaciones relativas al control externo inciden en la dirección de los asuntos sociales. [614]

Coincide Rouillon, en que, si bien es cierto que el control externo no está contemplado en el inc. 2, la extensión falencial de la controlante a aquel podría lograrse cuando su actuación fuera subsumible en el inc. 1; es decir, el control externo no es causal de extensión de quiebra, pero no cabe excluir la extensión de quiebra en situaciones de control externo, si se reúnen los presupuestos de la extensión por actuación en interés personal que contempla el citado inc. 1.[615] Sin perjuicio de ello se ha decidido que el control al que se refiere la ley concursal debe interpretarse de acuerdo con lo previsto por la ley societaria (art. 33, ley 19.550); es decir, no limitado al control

614 Bergel, Extensión de la quiebra, RDCO, 1973-459.

615 Rouillon, Reformas al régimen de concursos, p. 274 y 275.

interno o jurídico, que es el que resultara de los votos necesarios para tomar decisiones en asambleas, sino también comprensivo del control económico o externo, al que se refiere el inc. 2 de la disposición societaria mencionada, en cuanto contempla el control que puede resultar de las particulares relaciones comerciales o contractuales que existen entre los sujetos.

Con respecto al envió indebido del interés social de la controlada en beneficio de la controlante o del grupo, siendo la mera existencia del control insuficiente, dado que este debió ser ejercido abusivamente.

El desvió irregular no se refiere solamente a los actos materiales de apropiación y utilización de bienes de la sociedad, como en el caso del inc. 1; comprende cualquier supuesto de acciones y omisiones que importan un perjuicio para la sociedad luego fallida. Este control irregular es distinto de la responsabilidad de la sociedad controlante por los daños causados en el ejercicio doloso o culposo del control, cuando se ha usado indebidamente la estructura societaria de la controlada que prevé el art. 54 de la LSC.

Como la norma exige que el mencionado control sea ejercido desviando el interés social, surge el interrogante de cuando existe tal desvió. En opinión de Garcia Martinez, la norma se está refiriendo al interés común de realización del objeto social o al objeto final previsto en los estatutos o contrato social; es decir, desviarse de lo que es idóneo para satisfacer el objeto social. [616] a su vez, Otaegui señala que el desvió del interés de la controlada tiene lugar cuando la actividad económica de esta es desfavorecida para satisfacer al interés de la controlante o del grupo, sin mediar reciprocidad. [617]de ello se concluye que como consecuencia del control abusivo se configura el desvió indebido del interés social (el cual ya por "indebido" resulta abusivo, porque tuerce el destino de la controlada en perjuicio de esta y de sus acreedores). El abuso de control es una de las formas en que se concreta el concepto jurídico de fraude.

Si el desvió no se hace en beneficio propio de la controlante o del grupo del cual forma parte, nos ubicamos fuera del presupuesto contemplado en la norma. Esta parece entender que tal desvió puede ser logrado mediante la dirección unificada. La inexistencia de la misma, es decir, de una estructura organizativa que permita inferir el traslado de beneficios o el desvió, hace imposible la comunicación de la falencia, pues de lo contrario cualquier votación en las asambleas o instrucciones que el órgano de gobierno imparta al de administración, si resultare perjudicial, importaría la posibilidad de extender la quiebra a quienes adoptaron tal decisión. Dirección unificada no supone los mismos hombres; importa unidad de criterio en la toma de decisiones, lo que puede manifestarse en todas las estructuras sociales.

Cabe aclarar que la actuación abusiva debe guardar relación de causalidad con la insolvencia de la sociedad controlada (con su producción, agravamiento, mantenimiento o prolongación indebida). Esto es, no corresponde extender la quiebra si, verificando el desvió, este no guarda relación con la producción, agravamiento, mantenimiento o prolongación de la insolvencia. [618]

- ✓ **Confusión patrimonial inescindible, inc. 3**: la quiebra se extenderá cuando los patrimonios de distintas personas, físicas o jurídicas, se confunden, siendo imposible su delimitación precisa, es decir, que sean inescindibles.

"La extensión de la quiebra por confusión patrimonial entre la fallida y un tercero (art. 161, inc. 3, ley 24.522) reviste carácter excepcional en el desenvolvimiento del proceso falimentario y es de

616 Garcia Martinez, Derecho concursal, p. 421.
617 Otaegui, La extensión de la quiebra, p. 122.
618 Roullion (dir) – Allonso (coord.), Código de Comercio, t. IV-B, p. 382.

interpretación restrictiva en tanto incluye una causa objetiva de comunicación del estado concursal a aquellos sujetos cuyos patrimonios conforman una unidad inescindible con el propio de la deudora, prescindiendo a tal fin de la noción de ilicitud o abuso que trasuntan los incs. 1 y 2 de la citada normativa" (Capel Concordia, Sala III, 13/3/97, "Bertoni Hnos. SRL s/quiebra", LLonline, AR/JUR/5142/1997).

Se ha señalado que la inescindibilidad debe ser interpretada como una circunstancia en la cual, aun pudiendo delimitar la diferenciación entre activos y pasivos, la confusión existente no puede separarse, escindirse o cortarse, y no en un sentido técnico sino de perjuicio para la masa.

El fundamento de esta causal de propagación de la quiebra –según Bergel- apunta a una sanción para quienes violaron claras normas del ordenamiento legal, dirigidas a mantener la diferenciación de patrimonios y no solo de contabilidades.[619] La norma se aplica a cualquier clase de sujetos en quiebra principal, sea persona física o jurídica, y cualquier clase de sujetos pasivos por extensión (esto es, persona física o jurídica).

Las características de este tipo de extensión radican en que, bajo la apariencia formal de segmentación patrimonial, subyace y se oculta una unidad económica inescindible. Por ello, Rouillon sostiene que este no constituye un caso de quiebra sin insolvencia, sino uno de comprobación del estado de cesación de pagos del patrimonio del quebrado principal, estado que por su unidad, lleva a la conclusión de que todas las fracciones de este único patrimonio, que aparentemente pertenecen a otras personas, están afectadas por igual impotencia patrimonial que el patrimonio fallido principal.[620]

La confusión patrimonial se revela o manifiesta por la existencia de manipulación en el patrimonio o un manejo negocial promiscuo por parte de los sujetos involucrados, la cual no puede examinarse como un requisito uniforme para la universalidad de los casos sin atender a las peculiaridades de casa situación. No existe una formula única para determinar cuando existe confusión patrimonial inescindible; no hay una tipicidad recurrente, sino que la determinación de la causal dependerá de cada caso y, en él, de un proceso investigativo y de determinación de la existencia del presupuesto objetivo antes referido.

El texto refiere a la confusión inescindible de activos y pasivos, de lo cual se desprendería que, como sostienen algunos autores y se resolvió en algunos fallos, no basta la sola confusión de activos ni de pasivos, ella debe abarcar partes de ambos, porque se apunta a la gestión común de los dos patrimonios y no a la existencia de confusiones parciales en los activos y los pasivos.

El elemento objetivo de procedencia de esta causal de extensión de quiebra está dado por el manejo promiscuo tanto de los activos como de los pasivos o de la mayor parte de ellos, no resultando subsumible, en tal supuesto, la promiscuidad de uno solo de esos elementos cuando el restante se mantiene perfectamente delimitado o bien cuando afecta a porciones del activo y del pasivo que cuantitativamente no comprenden porciones sustanciales. [621]

La medida en la que se haya producido tal promiscuidad debe incidir sobra la mayor parte de ellos (de activos y de pasivos). Este límite es incierto, pero en situación extrema debería interpretarse la noción de mayor parte como más de la mitad de activos y pasivos, aunque algún

619 Bergel, Extensión de la quiebra por confusión patrimonial, LL, 1985-B-757.

620 Rouillon, Reformas al régimen de concursos, p. 261.

621 CNCom, Sala A, 12/12/06, "Nuevo California SA c/Legona SA a/ordinario" en el mismo sentido, CNCom, Sala C, 20/6/01, "Epstein, Samuel s/quiebra"; id., id., 17/4/09, "Alejandro F. Gonzalez SA s/quiebra c/D'Amico Cervantes, Darío, y otros sobre ordinario".

sector de la doctrina advierte que cualquier pretensión de establecer un límite preciso puede resultar arbitraria.

Disposiciones comunes a ambas causales de extensión.

La extensión de la quiebra por las causales antes mencionadas, puede pedirla el síndico de la quebrada principal y cualquiera de los acreedores concurrentes en esta. No es menester que se trate de acreedores ya verificados, bastando a los fines de la legitimación activa que demuestren su interés de incorporarse a la quiebra principal (al haber solicitado la verificación o justificando prima facie su acreencia). Tampoco es necesario que los acreedores intimen previamente al síndico, para quedar ellos legitimados; la legitimación de los acreedores es principal y no subsidiaria. El fallido principal, por la pérdida de su capacidad procesal no puede demandar la extensión de su propia quiebra a un tercero; pero puede y debe hacer saber al síndico las circunstancias y pruebas que pudieran determinar una extensión falencial, así como solicitar medidas conservatorias.

Con relación al plazo no es un plazo procesal, sino que se trata de un plazo de caducidad establecido a los efectos de ejercer la pretensión. Por ello al estar fijado en meses, se cuenta de la manera reglada por el art. 6 del Código Civil y Comercial, esto es de fecha a fecha. El plazo de seis (6) meses se cuenta:

- En principio, desde la fecha en que se presentó el informe general del síndico.
- En la quiebra indirecta por falta de aprobación del acuerdo preventivo, desde el vencimiento del periodo de exclusividad o, en su caso, desde el vencimiento del periodo de salvataje.
- En la quiebra indirecta por no homologación, incumplimiento o nulidad de acuerdo preventivo, desde que quedara firme la sentencia de quiebra respectiva.

Aun vencidos los plazos referidos, nada obsta a que, declarada una quiebra directa posterior a otra preexistente, en la más nueva pueda resolverse la vinculación con la anterior y se aplique a ambas el régimen de las quiebras extendidas.

Será competente para conocer en el trámite previo a la declaración de quiebra por extensión el juez que haya intervenido en la quiebra principal, pero una vez declarada la extensión resultara competente el juez que, conforme las directivas del art. 3 de la LCQ, fuera competente para conocer en el concurso de la persona que prima facie poseyera el activo más importante. Lo que resulta criticable; en primer lugar, se presta a conflictos de competencia que en nada benefician la celeridad procesal; en segundo término, puede obligar a cambiar de sindico cuando la primera quiebre este, muchas veces, muy avanzada en su tramitación, y en tercer lugar, obliga a los acreedores a multiplicar gastos y esfuerzos cuando se producen desplazamientos. En caso de duda acerca de quien posee el activo más importante, conservara la competencia el juez de la quiebra principal.

La pretensión de extensión de quiebra asincrónica –no declarada simultáneamente con la sentencia de quiebra principal- se encarrila procesalmente como juicio ordinario. Este tramitara de acuerdo con las normas de los códigos de rito del lugar de la quiebra principal.

Por lo que, las partes en el procedimiento para la extensión serán: actora, el síndico de la quebrada principal o el acreedor de ella que promoviese la demanda de extensión; demandada, el sujeto a quien se pretende extender la quiebra o el síndico de su concurso en su caso.

Con respecto a las medidas precautorias, la posibilidad de dictarlas bajo la responsabilidad del concurso se limita al caso en que quien las peticiona es el síndico de la quebrada principal, no así cuando las solicita el acreedor demandante, quien solo compromete su propia responsabilidad y no la del concurso.

Si la sentencia de quiebra principal estuviese sujeta a recursos, mientras estos no estén definitivamente desestimados no puede dictarse sentencia en el procedimiento de extensión de quiebra. Sin embargo, este trámite no se suspende, continuándose hasta la conclusión de la causa para sentencia (la cual recién se dictará después de rechazados los recursos contra la quiebra principal, puesto que, si ellos prosperan, al revocarse la quiebra principal, quedaría definitivamente frustrada toda posibilidad de extensión). La existencia de recursos pendientes contra la sentencia de quiebra principal, tampoco suspende el plazo de caducidad para interponer la demanda de extensión.

Al extenderse la quiebra puede ocurrir que el patrimonio de la quebrada principal se confunda con el de la quebrada por extensión (formación de masa única), o que puedan diferenciarse fácilmente uno de otro (formación de mases separadas). Cabe aclarar que en nuestra legislación la formación de “masas separadas” es la regla y la formación de “masa única” se presenta como la excepción.

Por lo que la masa única o sistema de unidad de masa solo se utiliza cuando hay confusión patrimonial inescindible entre la fallida principal y los quebrados por extensión. Si dicha confusión patrimonial ha sido la causa determinante de la extensión de quiebra, la formación de la masa única se ordena ab initio, en la misma sentencia de extensión. Si, en cambio, la extensión de quiebra fue decidida por alguna otra causa, y después se descubre la existencia de confusión patrimonial entre los sujetos de las quiebras vinculadas, la pretensión de formación de masa única puede ser articulada por el síndico al presentar el informe general en cualquiera de las quiebras extendidas. La articulación se sustancia con los síndicos y los fallidos involucrados. Ordenada la conformación de masa única, se suman todos los bienes de los distintos quebrados vinculados para integrar un solo activo liquidable, sobre el cual concurren promiscuamente (de acuerdo a las graduaciones respectivas) todos los acreedores de los diferentes quebrados (quienquiera fuese el obligado de cada acreedor y aunque se hubiera verificado la acreencia en uno solo de los concursos) y sin preferencia entre ellos, excepto el acreedor privilegiado respecto del bien sobre el que recae el privilegio. En este caso, que la masa patrimonial de ambos se unifica, quien tuviese un crédito contra ambos fallidos por la misma causa, deudores solidarios, concurrirá una sola vez por el importe mayor verificado.

Por otro lado, el Sistema de pluralidad de masas o masas separadas con fondo común, residual, o remanente, se forma en los casos de extensión de quiebra contemplados en el incs. 1 y 2 del art. 161 (Actuación en interés personal y Abuso de Control), siempre y cuando no existiera, además, confusión patrimonial inescindible entre los quebrados vinculados. Importa la formación de masas activas y pasivas (bienes y deudas) para cada uno de las quiebras por separado, -como si no hubiera extensión y fuesen concurso autónomos-, hasta la distribución del activo liquidado en todas, oportunidad a partir de la cual se aprecia si se forma la masa remanente. Las masas activas están constituidas, una para cada quiebra, con los bienes de cada fallido correspondiente. Las masas pasivas están integradas, una para cada quiebra, con los acreedores de cada fallido correspondiente. Si queda remanente activo en la quiebra principal y saldos de pasivos insolutos en las quebradas por extensión, estos no pueden concurrir sobre aquel, pero si queda remanente activo en algunas quebradas por extensión y saldos insolutos de pasivos en la quebrada principal,

aquel conforma la masa residual, fondo común o de remanente que se aplica a satisfacer los créditos insatisfechos como si estos fuesen todos quirografarios.

Hasta aquí se ha desarrollado lo sucedido cuando un sujeto incide en la quiebra de otro incurriendo en alguna de las causales de los artículos 160 o 161 LCQ, debiendo responder, por ello, soportando la **extensión de dicha quiebra.**

Sin embargo, puede ocurrir también que un sujeto incida en la quiebra de otro sin incurrir en alguna de las causales mencionadas, para ello **la LCQ prevé una sanción**: **la acción de responsabilidad concursal para representantes y terceros**, establecida en el art. 173 LCQ.

El régimen general de responsabilidad de administradores y representantes está regulado en nuestro derecho por la ley general de sociedades 19.550 de modo que cabe formular una primera distinción entre la responsabilidad de los administradores estando la sociedad in bonis –responsabilidad societaria-, de la responsabilidad de ellos cuando la sociedad o el sujeto está en quiebra –responsabilidad concursal-. Ello en modo alguno implica que los dos sistemas funcionen o se apliquen de manera aislada o independiente, ni tampoco supone que, una vez decretada la quiebra, la responsabilidad solo pueda juzgarse bajo los parámetros previstos por la ley concursal. Por el contrario, los institutos "extrafalenciales" pueden ser utilizados incluso en situación de falencia, pues las normas que regulan la responsabilidad societaria y del derecho común se mantienen pese a que el sujeto sea declarado en quiebra, a la par que se incorporan, a partir de la falencia, supuestos de antijurícidad diversos que permiten responsabilizar a los administradores. [622]

Las acciones reguladas por el art. 173 son, entonces, acciones "típicamente concursales" y resultan completamente independientes a las acciones previstas en el régimen societario. No se aplican en el concurso preventivo, sino solo en la quiebra, que debe estar vigente como presupuesto de ejercicio y para mantener viva la acción. De modo tal que la finalización del estado de falencia por cualquier causa o forma no liquidativa importa la conclusión o la perdida de virtualidad de este régimen de responsabilidad concursal.

Acción de Responsabilidad de Representantes.

Los sujetos responsables de la acción concursal contemplada en el art. 173 parr. 1, pueden ser los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios de la persona fallida. La amplitud de la enunciación, que no tiene carácter taxativo, determina que los inculpados pueden ser tanto directivos "de derecho" –con título legal o contractual- o "de hecho" –sujetos que efectivamente actúan en la administración con vicios en su designación o sin designación alguna-

Al respecto, Rivera ha señalado que la ley atribuye responsabilidad a quienes tienen una vinculación funcional (administrador), contractual (mandatarios), o bien legal (representantes legales). [623]

Coincide la doctrina, que están excluidos de la acción de responsabilidad concursal los integrantes de los órganos de fiscalización y control (v.gr., sindicatura, consejo de vigilancia). Cabe anotar, sin embargo, que tanto los síndicos como los consejeros seguirán respondiendo –aun en situación de quiebra- bajo las pautas del régimen societario (conf. Arts. 296 y 298, LSC).

La responsabilidad concursal es, en definitiva, un tipo de responsabilidad civil; por ende, para su procedencia es necesario que se presenten los requisitos que sustentan la responsabilidad en el

622 Araya, Responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales, LL, 2009-D-168.
623 Rivera, Instituciones de derecho concursal, t. II, p. 320.

derecho de daños: conducta ilícita o antijurídica; factor de atribución; producción de un daño; relación de causalidad entre la conducta y el daño.

El artículo 173 1° parra. de la LQC, hace referencia a diversas conductas vinculadas a la cesación de pagos del fallido; castiga a quienes hayan "producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia". Esa es la consecuencia que el obrar antijurídico imputado debe haber causado.

La idea de producir se identifica claramente con la de autoría de la insolvencia; facilitar implicaría adoptar conductas u omisiones que contribuyan a la producción del resultado dañoso (es decir, es una forma de complicidad); permitir supone también omisión o incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley en defensa del patrimonio administrado o gestionado y, por último, agravar claramente hace referencia a conductas que hacen más intenso o extenso el resultado dañoso (v.gr., cuando se continua el giro de los negocios estando ya instalado el estado de cesación de pagos).

La actuación de este sujeto pasivo tiene que estar signada por el dolo. Este, el dolo, es el único factor de atribución de la acción concursal de responsabilidad. Dada la falta de explicitación de los alcances del dolo, el mismo ha de entenderse en el sentido del derecho civil, es decir, se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 del Código Civil y Comercial.). Ello implica que el sujeto tenga plena conciencia de la antijurícidad de su accionar, así como la voluntad de causar un perjuicio con esa conducta. Por lo que la valoración de la conducta del agente productor del daño, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la prueba de los factores de atribución y de las eximentes, así como las facultades judiciales al respecto, y las demás circunstancias y consecuencias de la acción dolosa se juzgaran conforme a lo establecido en el art. 1716 y ss. Del Código Civil y Comercial.

El antecedente de la norma –esto es, el art. 166. Ley 19.551- no preveía el dolo como presupuesto de la responsabilidad, sino que era menos riguroso; se refería a la "infracción a normas inderogables de la ley". Si bien los alcances de esta expresión suscitaron controversia, la mayoría de la doctrina se inclinaba por entender que quedaba incluida la culpa. Cabe recordar que la culpa es la omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño o la falta de diligencia en el grado o dimensión exigible. De modo que, a partir de la introducción por la ley 24.522 de la exigencia de dolo en el accionar del autor, han quedado eliminadas del campo de la acción de responsabilidad concursal las conductas negligentes o culpables en el manejo de los negocios que hayan generado o hubieran sido determinantes de la cesación de pagos. La existencia de un obrar culposo determinante de insolvencia puede hacer operativa otras acciones no concursales de responsabilidad de terceros.

La restricción del factor de atribución al dolo, como un supuesto extraordinario de responsabilidad en el proceso falencial, ha sido justificada con el argumento de que, si se admitiera el obrar culposo para supuestos tan limitados (disminuir la responsabilidad patrimonial o ser causante de la insolvencia), no se otorgaría seguridad a las operaciones comerciales.[624] Se ha defendido también esa postura alegando que la culpa, como factor de atribución de responsabilidad, habilitaría a revisar lo actuado por los administradores durante todo el periodo de cesación de pagos con más el año adicional, y cuyo plazo de prescripción no se computa desde que los hechos se originaron sino desde la declaración de quiebra, lo cual también afectaría la seguridad

624 Vitolo, Infracapitalizacion, sobreendeudamiento y responsabilidad falencial, en "Derecho concursal argentino e iberoamericano", tomo II.

de las transacciones mercantiles, que requieren para su eficacia de plazos breves de impugnación y la certeza de firmeza definitiva. [625]

Pero lo cierto es que, más allá de esos justificativos, la innovación mereció la crítica de un importante sector de la doctrina, que postulo la necesidad de que se contemplara la culpa. [626]

La acción en comentario apunta a la reparación del daño, cuya existencia es primordial. En relación al mismo, cabe distinguir entre el daño que causo la actuación antijurídica del sujeto y el daño que debe existir a la hora de decidir la procedencia o no de la reparación, consistente (aquel) en la insuficiencia del activo liquidado para satisfacer íntegramente a los acreedores en la quiebra. En virtud de lo cual, la acción no puede prosperar si el acto analizado no ocasiono daño al tiempo de su realización o si pese a haberlo ocasionado originariamente, no se configura insuficiencia de activo a la hora de decidir sobra la acción de responsabilidad por ser mayor el activo falencial liquidado que el pasivo a satisfacer, o por haber sido desinteresados los acreedores, mediante algún modo de conclusión no liquidativo de la falencia como el avenimiento o el pago total.

En caso de progreso de la acción, la consecuencia o deber de reparar, se extiende a indemnizar los perjuicios causados. La regla impone su integración con las normas del derecho común, por lo que la violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado (art. 1716, Código Civil y Comercial). El art. 275 del Código Civil y Comercial, establece que el autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado; y responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se había realizado sin la reticencia u ocultación, (art. 271).

En relación con la extensión del resarcimiento en la actuación dolosa, el art. 174 establece que la reparación del daño debe ser plena: consiste en la restitución de la situación del damnificado (en materia concursal, la persona fallida), al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

Puede ocurrir que el daño ocasionado sea derechamente la insolvencia, caso en que el responsable deberá pagar la suma equivalente a la diferencia entre la masa activa y pasiva de la quiebra, de manera tal que la totalidad de los acreedores de la quiebra puedan cobrar sus créditos, incluidos los intereses y gastos. Pero también puede darse el caso de que la conducta imputada hubiere ocasionado daños menores o simplemente una disminución patrimonial susceptible de determinación, sin llegar a ser la única causa de la insolvencia; en este caso este será el límite de la condena dado que la obligación de resarcir debe limitarse al daño efectivamente causado. En cualquier supuesto, el techo de la indemnización será el activo insatisfecho.

La conducta antijurídica dolosamente ejecutada debe tener relación de causalidad con el estado de cesación de pagos o con la disminución de la responsabilidad patrimonial del fallido. El autor debe reparar todos los daños que tengan un nexo de causalidad con el acto causante del perjuicio.

Para los supuestos de dolo se deja de lado la causalidad abstracta y se le imputan al sujeto las consecuencias causales sobre la base de un criterio subjetivo, teniendo en cuenta que el autor obro con ellas en mira. Habrá entonces, daño resarcible siempre y cuando el resultado dañoso configure una consecuencia inmediata, mediata o causal del obrar. Por el contrario, si se configura una

625 Roitman, Responsabilidad de terceros en la quiebra, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 11, p. 45.
626 Hequera – Richard, Responsabilidad del administrador societario en la quiebra, en "IX Congreso Argentino de Derecho Societario – V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", t. II, p. 393.

consecuencia remota que no guarda nexo adecuado de causalidad, dicho perjuicio no será pasible de reparación.

Acción de Responsabilidad de Terceros.

El parr. 2° del art. 173 de la LCQ regula la responsabilidad patrimonial de cualquier tercero, autor, cómplice o participe, en actos dolosos tendientes a la disminución del activo o a la exageración del pasivo, llevados a cabo antes o después de la declaración de quiebra.

Las características de esta otra acción concursal de responsabilidad patrimonial de terceros en quiebra son:

- Sujeto pasivo de la acción puede ser cualquier tercero; esto es, cualquier persona que no sea el propio fallido, ya fuera representante o no de él, su sindico societario, el síndico concursal, un acreedor, etc.

- La conducta legalmente reprochada es la participación en actos (lo cual excluiría la conducta omisiva) tendiente a la disminución del activo o la exageración del pasivo, en ambos casos referidos al patrimonio falencial. La noción de participación es muy amplia, y abarca tanto la autoría como la complicidad y otras situaciones de menor intensidad que corresponderá perfilar a la doctrina y jurisprudencia concursales.

- Siempre la conducta reprochada debe estar signada por el dolo. Este es el único factor de atribución posible.

- La existencia de daño y la relación de causalidad son iguales a las antes explicadas para esta acción regulada en el parr. 2° del mismo artículo.

- La consecuencia o deber de reparar en caso de progreso de esta acción, es mayor que en el supuesto en el art. 173 parr. 1°, ya que al deber de indemnizar los daños causados (al cual le caben las consideraciones hechas en comentario de la acción de responsabilidad de representantes) se agregan el deber de reintegrar los bines (del fallido) que aun tuviera en su poder el tercero, y la perdida (para el tercero) de cualquier derecho que quisiera reclamar en el concurso.

Disposiciones comunes a las Acciones de Responsabilidad.

Las acciones de responsabilidad antes desarrolladas, pueden promoverse en relación a actos llevados a cabo “hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos”, dicha fecha se fija de acuerdo a lo estipulado por el art. 116 de la LQC, es decir, debe ser determinada por resolución judicial, esta ha de fijar la fecha en la que, a criterio del juez, tuvo inicio la situación de insolvencia del fallido ininterrumpidamente mantenida hasta la declaración de quiebra. Se denomina periodo de sospecha al que transcurre desde la fecha de la cesación de pagos y hasta la sentencia de quiebra (art. 116, LCQ). El periodo dentro del cual se juzgarán los actos pasibles de originar responsabilidad puede ampliarse hasta el año anterior a esa fecha. Y a los fines de la responsabilidad de los representantes y terceros no rige el plazo máximo de retroacción de dos años anteriores a la sentencia de quiebra o a la fecha de presentación del concurso contemplado en el citado art. 116, que solo se aplica a las acciones de ineficacia (art. 118), como una manera de privilegiar la firmeza y estabilidad de las transacciones llevadas a cabo por el fallido. “Si bien la fecha de cesación de pagos, por aplicación de la ley 24.522, art. 116, no puede retrotraerse más allá de los dos años de la presentación en concurso o del decreto de quiebra ello es así en relación con los efectos que el periodo de sospecha produce sobre los actos perjudícales a los acreedores, pero dicho límite de dos años no juega para los efectos relacionados con las responsabilidades de los representantes y

otros intervinientes, contemplados en la LC, arts. 173 y 174" (CNCom, Sala A, 6/9/05, "Rodríguez Pol, Eduardo c/ Alejandro F. Gonzalez SA s/ ordinario").

Sin embargo, desde que el lapso aplicable con relación a las acciones de responsabilidad marcado por el artículo 174 de la LCQ se extiende a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos – y sin limitaciones de tiempo-, y como además de la indemnización del daño causado se le puede exigir a los terceros el reintegro de los bienes que estén en su poder, obviamente se está privando de eficacia a los actos por los cuales se apoderaron de esos bienes. Por ello se ha sostenido que la norma instaura la posibilidad de promover acciones de ineficacia concursal más allá del periodo de sospecha, que para las acciones de ineficacia en general no admite mayor retroacción que la de dos años.

La mencionada acción tiene un plazo de prescripción, no de caducidad, de dos años. Tal plazo arranca desde la fecha del dictado de la sentencia de quiebra, sin aclarar la norma si se requiere que esa decisión se encuentre firme o no. Algunos autores opinan que resulta necesario que la sentencia de quiebra se encuentre firme.[627] Otros en cambio, estiman que la prescripción comienza a computarse desde la fecha del dictado de la sentencia de quiebra, independientemente de su notificación o de la existencia de recursos.[628] Ello porque, por un lado, la ley no menciona la condición de que la sentencia de quiebra este pasada en autoridad de cosa juzgada. Y, por otro lado, porque no es pasible de ocasionar problemas practico, pues si eventualmente aquel pronunciamiento fuera revocado, o dejado sin efecto, ello solo implicaría la imposibilidad de continuar con la acción. Por tratarse de un plazo de prescripción, no puede decretarse de oficio, sino que requiere invocación del interesado, que incluso goza de la facultad de renunciar a la prescripción ya ganada. El término prescriptivo es además pasible de ser interrumpido o suspendido de conformidad con las causales previstas por el art. 2550 del Cod. Civil y Comercial.

Mientras no está fijada la fecha inicial del estado de cesación de pagos, es discutido el efecto que ello produce sobre la promoción de la acción de responsabilidad y, eventualmente, sobre su prescripción. Una interpretación sostiene que ello opera como impedimento de promoción de la acción de responsabilidad y, por eso corresponde aplicar la dispensa judicial de la prescripción que establecía el art. 3980 del Código Civil, norma repetida mutatis mutandis en el código vigente al 2250, que extiende el anterior plazo de tres a seis meses. Otra corriente de análisis considera que no hay impedimento para promover la acción de responsabilidad (con lo cual el plazo de prescripción corres siempre desde la sentencia de quiebra), aunque no podría dictarse sentencia en la acción de responsabilidad hasta tanto no quedara firme la resolución judicial que fija la fecha inicial del estado de cesación de pagos.

Con respecto al trámite y en función de las previsiones del art. 174 de la LCQ y de la aplicación de las normas comunes se puede decir que, la acción se sustancia y dilucida dentro de un proceso regido por las reglas del juicio ordinario previstas en el ordenamiento ritual del lugar donde radica la quiebra. Ello excluye la aplicación del trámite de los incidentes previsto en el art. 280 y ss. de la LCQ, quedando garantizado, de ese modo, el irrestricto ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), dada la máxima amplitud de debate y prueba que permite el trámite ordinario.

627 Grispo, Tratao, t. 4, p. 383; Balbin, La acción social de responsabilidad en la LCQ, ED, 195-972.
628 Rouillon (dir) – Alonso (coord..), Código de Comercio, t. IV-B, p. 424

Coherente con el procedimiento ordinario fijado para la acción, el artículo establece que el trámite perime en el plazo de seis (6) meses, que es el término fijado habitualmente en los códigos de procedimientos locales para la caducidad de la instancia.

La sentencia que se dictare (cualquiera fuere su sentido), es recurrible de la manera reglada por el código procesal aplicable al juicio ordinario adoptado para la tramitación (es mayoritaria la previsión, en las distintas jurisdicciones, del recurso de apelación con efecto suspensivo).

La competencia para entender es exclusiva y excluyente del juez de la quiebra.

En relación a la legitimación activa, el articulo dispone que la responsabilidad concursal "se declara y determina en proceso que corresponde al síndico". De modo que la legitimación activa para promover las acciones corresponde, de manera excluyente, al funcionario concursal. En este caso la acción no estará sometida a tributo previo (v.gr., tasa de justicia), sin perjuicio de su pago por quien resulte vencido. En caso de resultar obligada la masa, el crédito respectivo tendrá la preferencia del art. 240 de la LCQ.

Como consecuencia de la remisión general efectuada por el último párrafo del art. 176 al art. 120, los acreedores también podrán deducirla en caso de omisión del síndico. Para ello deberán seguir el procedimiento previsto por la norma citada, es decir, intimar judicialmente al funcionario para que la inicie, quedando expedita la acción transcurridos treinta (30) días. Rige también, para el caso de que la acción sea iniciada por un acreedor, la prohibición de pedir beneficio de litigar sin gastos y la posibilidad de que le sea requerido el afianzamiento de las costas del proceso, con el apercibimiento de tenerlo por desistido del juicio.

La parte ultima del artículo 174 de la LCQ, dispone que rige el régimen de autorización previa del art. 119, párr. 3°, de la LCQ. Que (para las acciones de revocatoria concursal) prevé que el síndico debe contar con la "autorización previa de la mayoría simple del capital quirografario verificado y declarado admisible". Como textualmente lo indica la norma, la autorización debe obtenerse con carácter previo (es decir, antes de la promoción de la acción), pues se trata de un requisito que hace a la legitimación de la sindicatura y cuya ausencia hace procedente la excepción de falta de legitimación activa.[629] Por lo que es recaudo de admisibilidad formal de la demanda de responsabilidad, razón por la cual el defecto de la señalada autorización, justifica la desestimación liminar de la demanda.

Cabe hacer notar que solo se tiene en cuenta el capital quirografario (con exclusión del privilegiado) y que la mayoría es solo de capital y no de personas. Sin perjuicio de falta de previsión expresa, deberá excluirse del voto y del cómputo de las mayorías necesarias para la promoción de la acción a aquellos acreedores que tengan un interés contrario. Ello sobre la base de lo dispuesto por los arts. 9 a 11 y 240, Cód. Civil y Comercial, que veda el ejercicio abusivo de los derechos, así como por los arts. 241 y 248 de la LSC, que imponen la abstención del voto de los sujetos que se hallen en situaciones de conflictos de intereses.[630]

En cuanto a la carga de la prueba, en principio incumbirá a la parte actora probar los extremos de procedencia de esta acción y la extensión del daño reparable.

629 Heredia, Tratado exegético, t. 4, p. 286.

630 Sosa, Apostillas sobre la autorización para el inicio de acciones de responsabilidad por parte del síndico de la quiebra de una sociedad, LL, 2009-C-1364

Acciones de Responsabilidad Concursal y Acciones de Responsabilidad Social.

La LCQ en su art. 175, alude a las acciones por daños y perjuicios que puedan promoverse con fundamento en la ley de sociedad 19.550 o en el derecho común.

Dicho artículo modifica algunos aspectos de las llamadas acciones sociales de responsabilidad contempladas por el ordenamiento societario. La norma refiere, así a cualquier acción social de responsabilidad que en usencia de quiebra de la sociedad hubiera correspondido promover, a la sociedad o al socio, en beneficio de (para reparar perjuicios ocasionados) la sociedad (ahora fallida).

Aunque la acción de responsabilidad societaria y la concursal puedan fundarse en los mismos presupuestos facticos y puedan ser acumuladas, difieren en cuanto a su naturaleza, regulación y efectos.

En primer lugar, mientras el bien jurídico tutelado en la acción del art. 173 de la LCQ es el interés de los acreedores del quebrado; por el contrario, en la acción societaria por mal desempeño el iteren es el de la sociedad. Mientras en el ámbito falencial se incrimina a los sujetos que dolosamente causen la insolvencia o disminuyan la responsabilidad patrimonial del deudor, en el ámbito societario rige también la culpa. En efecto, la acción societaria no requiere dolo, sino mal desempeño con el estándar de conducta de lealtad y diligencia del buen hombre de negocios. “La diferencia entre las acciones previstas en la LC: 173 y 175 es bien notoria: la del art. 173 es una demanda típicamente de responsabilidad de derecho concursal, mientras que la del art. 175 se refiere a las acciones de responsabilidad de tipo societario. Nítidamente se percibe que esta última persigue hacer efectiva la responsabilidad por el mal desempeño del cargo, tanto por actos ilícitos violatorios de la ley, los estatutos o reglamentos, como por cualquier otro daño producido (v.gr., abuso de facultades o culpa grave); o sea, puede generarse responsabilidad aun sin llegar a configurar el fraude para comprometer la responsabilidad patrimonial de la sociedad o su insolvencia” (CNCom, Sala A, 19/9/02, “International Express SA c/Obstein, Luis, y otro s/ordinario”). Y, mientras la concursal tiende a reparar los daños derivados del accionar que produjo la falencia, la societaria tiende a la reparación de los daños causados a la sociedad, con independencia de que hubieran producido o contribuido a la insolvencia. “La acción social de responsabilidad ejercida por el síndico contra los socios de la sociedad se encuentra expresamente prevista en el art. 175 de la ley 24522, con su correlato en el art. 278 de la ley de sociedades, y difiere de la prevista en el art. 173 de la ley concursal, puesto que tiende a la reparación de daños y perjuicios causados a la sociedad, con independencia de que resultare o no causa eficiente del estado de cesación de pagos” (CNCom, Sala C, 13/12/05, “Edificadora Abilene SA c/ Martinez, Enrique, y otro”, LLontine, AR/JUR/8002/2005). De ello se deriva que, si la quiebra concluye mediante de un mecanismo no liquidativo que desinteresa a los acreedores, desaparece la legitimación para promover la acción concursal, mientras que, por el contrario, nada obsta a que igualmente subsista, en ese caso, el interés de la sociedad fallida que autorice a reclamar la reparación de los perjuicios por la vía societaria.

Las únicas acciones que interesan en el marco de la quiebra son las del tipo social, en razón de que siempre la reparación beneficiara al patrimonio de la sociedad, aun cuando el promotor sea un accionista que actuó ante la omisión de aquella, o el síndico o un acreedor frente a la quiebra. Por el contrario, las acciones individuales son totalmente ajenas a la quiebra; el afectado podrá demandar al administrador ante el juez natural sin que el síndico pueda hacerse parte o continuarla frente a la falencia de la sociedad, porque el perjuicio no ha sido causado a la fallida, sino que es individual del actor, sea accionista o tercero.

Cabe dejar aclarado que estas acciones sociales de responsabilidad societaria no se limitan a la que se promueve contra administradores y representantes, sino que puede extenderse a los órganos de fiscalización societaria excluidos de la acción concursal. Por lo que no cabe excluir a ninguna acción social de responsabilidad contra cualquier sujeto aun no mencionado en la lista señalada en el artículo de la LCQ; por caso, los controlantes de la fallida, o los administradores de la controlante de la quebrada, a quienes se pueden promover acciones de responsabilidad (sin perjuicio de la eventual aplicación de las reglas antes descriptas de extensión de quiebra al controlante abusivo). Además, la acción societaria habilita a perseguir a los administradores de manera solidaria. La solidaridad pasiva es de origen legal y emerge de los términos del art. 274 de la LSC, dado que se trata de una responsabilidad colegial, que solo permite a quienes hubieran dejado "constancia escrita de su protesta" y hubieran dado "noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente o se ejerza la acción judicial (art. 274, parr. 3)", o bien si existiere asignación de funciones específicas (art. 274, parr. 2°, LSC, y art. 76, ley 17.811). Ello a diferencia de lo que sucede cuando se reprocha una actuación dolosa (tal el caso de la acción de responsabilidad concursal), que, como tiene como presupuesto un acto propio, excluye la solidaridad.

Los presupuestos de ejercicio y de procedencia de estas acciones sociales de responsabilidad, su prescripción, tramite, efectos, consecuencias y alcance del deber de reparar, etc., se rigen por las disposiciones del ordenamiento jurídico-positivo societario, aun en caso de quiebra de la sociedad. Las únicas particularidades que dicha declaración de quiebra acarrea son las siguientes: el rol de parte actora en las acciones en trámite puede conservarlo el socio que hubiese promovido una acción social de responsabilidad antes de la declaración de quiebra social. En este supuesto, el síndico concursal puede optar entre hacerse parte coadyuvante en el proceso preexistente, o deducir por separado las acciones que corresponden al concurso.

Si la acción social en trámite había sido promovida (antes de la quiebra) por la sociedad ahora fallida, solo puede ser continuada por el síndico atento al desapoderamiento de aquella. En otras palabras, si existieran acciones de responsabilidad societarias o fundadas en el derecho común iniciadas con anterioridad al decreto de quiebra, se dispone que estas acciones pueden continuar, pero ante el juzgado del concurso, y que el síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos o bien mantenerse al margen y deducir las acciones que corresponda por separado. Rige aquí una suerte de fuero de atracción activo.

Bien advierte Truffat que, cuando la acción fue ejercida por la propia sociedad antes de quebrar, el único que puede subingresar a esa Litis, tomando la legitimación que perdió el quebrado es el síndico. En ese caso, el funcionario no coadyuva en el proceso, sino que es legitimado principal, pues lo contrario equivaldría a asignar a la fallida una suerte de legitimación residual que la ley no le reconoce, salvo en lo que atañe a las medidas conservatorias judiciales hasta que el síndico se apersone. A partir de ello, el autor citado concluye que la opción del síndico de participar como coadyuvante parece restringida a la hipótesis de existir acción social promovida por algún accionista ut singuli.[631]

No cabe duda que, aun cuando existiera una acción promovida, el síndico puede optar por promover otra ex novo; aunque en ese caso cabe que las acciones se acumulen, con el objeto de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias.

631 Truffat, Acciones sociales de responsabilidad en la quiebra, en Llorente – Barreiro (coords.), "Cuestiones actuales de derecho empresario", p. 477.

En caso de ser promovida después de la quiebra dicha promoción corresponde al síndico. La ley de concursos se limita a establecer las condiciones para el ejercicio de las acciones societarias en el caso de quiebra de la sociedad. La LCQ modifica, así, algunos aspectos de la acción social de responsabilidad regulada en el ordenamiento societario, determinando la manera en que debe ser ejercida en la quiebra, es decir, corresponde al síndico el ejercicio de estas acciones contra socios limitadamente responsables de la sociedad fallida, administradores, síndicos y liquidadores. El objeto de la norma es, revestir al síndico de la quiebra de legitimación procesal para ejercer la acción social de responsabilidad del régimen societario, lo cual es concordante con la perdida de legitimación del fallido prevista por el art. 110 de la LCQ. De ello se deriva que no es necesario, para habilitar al funcionario a promover la demanda social de responsabilidad societaria, que medie decisión previa de la asamblea de la sociedad fallida en los términos exigidos por el art. 276 de la LSC. Esa exigencia es insustancial, puesto que cualquier decisión negativa de los accionistas no puede condicionar al síndico como nuevo legitimado activo a partir del decreto de quiebra.

Si bien, la norma no aclara si para iniciar las acciones societarias o para continuarlas es necesario que el síndico obtenga la autorización previa de los acreedores. Una línea jurisprudencial entendió necesario requerir la mentada autorización, ponderando, además, la finalidad de la exigencia legal, que radica en que sean en definitiva los acreedores quienes evalúen la pertenencia de una acción que puede comprometerlos en costas. Pero y en sentido contrario se consideró que la promoción de la acción societaria de responsabilidad en sede concursal no necesita de la autorización prevista en el art. 119 de la LCQ. En posición intermedia, Truffat sostiene que, si el síndico quiere promover la acción social de responsabilidad, debe recabar la autorización del art. 119. En cambio, si está llamado a continuar una acción ya iniciada por la propia quebrada, no necesita la autorización porque el tema quedaría sujeto a las previsiones del art. 182. Parr. Ultimo, de la LCQ, y dado que el fin declamado por la ley, ya está ínsito en la demanda existente.[632]

Medidas Precautorias.

Por último y en relación a las medidas precautorias, (art. 176 LCQ), la regla contenida en este artículo autoriza la traba de medidas precautorias antes o después de promovida la demanda. Como cualquier medida de esta índole su finalidad radica en lograr una tutela anticipada que asegure el futuro cumplimiento de una sentencia favorable y no la torne ilusoria por la propia insolvencia del condenado.

La regulación general sobre este tópico corresponde a los códigos de procedimientos, que en general les atribuyen las siguientes características esenciales: su decreto y cumplimiento procede sin audiencia de la otra parte, a quien se le deben notificar con motivo de su ejecución o luego de trabarlas; tienen carácter provisional y solo subsisten mientras duren las circunstancias que determinaron su dictado, las cuales, si cesan, imponen su levantamiento.

Estas medidas, se pueden dictar bajo la responsabilidad del concurso en los casos que quien acciona y solicita aquellas, es el síndico de la quiebra; no así cuando lo hace otro demandante (socio, acreedor interesado), quien solo compromete su propia responsabilidad y no la del concurso. Esto significa que en el primer caso si hubiera que afrontar costos (honorarios, gastos, reparación de perjuicios, etc.) originados en las acciones antes explicadas, ellos serían considerados gastos de conservación y justicia.

632 Truffat, Acciones sociales de responsabilidad en la quiebra, en Llorente – Barreiro (coords.), "Cuestiones actuales de derecho empresario", p. 477.

Como es de notar, no se hace referencia a la contracautela, por lo que, para una corriente de opinión, lo expuesto en primera medida implica que cuando las medidas sean requeridas por el síndico, no será menester caución específica, dado que es ese supuesto se compromete la responsabilidad del concurso, de modo que las eventuales costas y daños tendrán el rango del art. 240 de la LCQ (Gastos de Conservación y Justicia). Pero si el demandante es un acreedor, desde que solo compromete su propia responsabilidad, si cabe exigir contracautela. En contra de esa posición, Ttuffat ha interpretado que la referencia a la responsabilidad del concurso importa la necesidad de que aquel cuente con activo suficiente para responder por las eventuales consecuencias de la medida y preste caución suficiente. Siguiendo la primera postura se estableció en CNCom, sala A, 25-10-2007, "F&M SA", Abeledo-Perrot Online "Si el embargo fue decretado a ´pedido del síndico y bajo responsabilidad de la quiebra, conforme el artículo 176, ley 24.522, en principio no se requiere otorgar caución alguna."

Este art. 176 en su segundo párrafo establece que para disponerlo (medidas precautorias por el monto que se determine, aun antes de iniciada la acción), re requiere que sumaría y verosímilmente se acredite la responsabilidad que se imputa, lo cual, hace referencia a un presupuesto siempre exigido para el despacho cautelar: el fumus bonis iuris, (la verosimilitud en el derecho).

Pero en la redacción el texto guarda silencio respecto de la acreditación del otro presupuesto, es decir, el peligro en la demora, entendido como la probabilidad de que la dilación provocada por la sustanciación de la causa, hasta el dictado de la sentencia, pueda llegar a frustrar el derecho. Ello no puede ser interpretado en el sentido que el actor se encuentre relevado de cumplir ese requisito, que si está ausente deja sin sentido la finalidad de la traba de cualquier medida anticipatoria.

La norma prevé, en su último párrafo, que las acciones de responsabilidad reguladas en esta sección, esto es, tanto las típicamente concursales contra representantes y de terceros, como las societarias o de derecho común, tramites por ante el juez donde está radicada la quiebra de la sociedad, sujeto administrado o representado. Se establece una suerte de fuero de atracción activo que constituye una excepción a las reglas generales de determinación de la competencia, tanto territorial como relativa a la materia y, asimismo, a la regla general del fuero de atracción pasivo que ejerce el proceso concursal, pues es aplicable incluso en el supuesto de que los demandados estuvieran también en quiebra.[633] Se atiende a fundamentos de conexidad procesal, sobre la base de que el juez concursal es quien se halla en mejores condiciones de llevar adelante la investigación. Y ello es así pues la naturaleza y alcances de la acción de responsabilidad se relaciona no solo con la actuación individual de los demandados, sino con la influencia que esta tuvo respecto de la situación patrimonial de la fallida. "El juez de la quiebra se encuentra habilitado para ordenar, con sustento en lo reglado por LC: 176, un embargo sobre ciertos fondos porque es suficiente a esos fines la petición del comité de acreedores cuando – como en el caso—se encuentran configurados los requisitos de admisibilidad que prescribe la citada norma" (CNCom, Sala A, 29/9/04, "Banco Austral s/ quiebra s/inc. De responsabilidad por Ottone, Jorge).

La última parte del párrafo final, dispone que son aplicables, no solo en lo pertinente, los art. 119 y 120 de la LCQ. Ello implica remitir a las disposiciones procesales establecidas en esos artículos respecto de las acciones de ineficacia concursal. Siendo las reglas pertinentes aplicables a las acciones de responsabilidad las siguientes: a) no se exige tributo previo, sin perjuicio del pago oportuno por el vencido, así como la preferencia del art. 240 asignada al crédito por tasa de justicia; b) los acreedores tienen legitimación activa subsidiaria o subordinada, condicionada a la inactividad

633 CSJN, 22/10/91, "Custodia Cia. Financiera SA s/quiebra c/Olivera Avellaneda, Carlos R., y otro s/daños y perjuicios", ED, 145-496.

del síndico evidenciada por el transcurso de 30 días desde que se lo haya intimado judicialmente; c) el acreedor que promueve la acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos, pudiendo el juez ordenar que se afiancen las eventuales costas, bajo el apercibimiento de tenerlo por desistido, y d) si el actor fue un acreedor y resulta vencedor, tendrá derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre el monto de la reparación aportada por el tercero, que determinara el juez entre la tercera y la décima parte del producto ingresado, con el límite en el monto del crédito del acreedor.

Asi en la CNCom. Sala B, 10/2/10, "Transporte 4 H SRL c/ Borassi, Georgina E.", Llonline, AR/JUR/4606/2010, se dispuso "Procede disponer la inhabilitación general de bienes respecto del demandado en los términos del art. 173 de la ley de concursos y quiebra, pues se ha demostrado la realización de ciertos actos de disposición que entraría prima facie en contradicción sindical y que se relacionarían con el pago de indemnización o gratificaciones graciables que habrían sido realizados a quien tendría vínculos familiares con la gerencia de la sociedad fallida."

ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD PROMOVIDA POR ACREEDORES (ART. 279 L.G.S.)

Matías H. ALBARENGA - Daniel Agustín FRANCO

Resumen: A través del presente pretendemos analizar la responsabilidad civil de dirigentes o administradores societarios, ante el incumplimiento obligacional de la persona jurídica que dirigen o administran y el perjuicio ocasionado al tercero acreedor (no socio) por la conducta ilícita (comisiva u omisiva) de los primeros, tendiente reparación de los daños sufridos.
Palabras clave: Responsabilidad civil de Administradores societarios - Acción de terceros – Presupuestos legales – Contratación de la sociedad en situación de precrisis e infrapatrimonializada- Jurisprudencia.

Abstract: Trough this paper we pretend to analize Directors and Officer's liability, in the event of the mandatory breach of the legal entity that directors or officers cause to third parties creditors (non-partners) for the unlawful conducts.
Keywords: Directors and Officers liability – Third party action – Legal assumptions – Contracts of companies on the verge of insolvency and Companies with low level of equity capital – Cases.

1. INTRODUCCIÓN:

La falta de liquidez o patrimonio suficiente en personas jurídicas deudoras, los gastos y quitas del eventual proceso concursal, producen el desánimo de reclamo judicial por parte de sus acreedores.

Resulta frecuente encontrar administradores societarios que, con intención deliberada, o manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, realizan u omiten actos que terminan por frustrar el cumplimiento de la obligación asumida por la sociedad o la garantía de los acreedores. Maniobras que aparentan ser legítimas pero que en realidad importan una clara e injustificada ventaja en desmedro del acreedor.

Estas situaciones exigen revisar la existencia de responsabilidad civil de los dirigentes y administradores, y se constituyen en un tema de gran interés: para el acreedor, que podrá obtener la satisfacción (en todo o parte) de su crédito considerado "perdido" a partir del estado de infrapatrimonialización o insolvencia de la persona jurídica; para el deudor (persona jurídica) que se vio perjudicada por el actuar ilegal del administrador, y por tanto a quien también le interesa que responda en la medida de su intervención ilegal; para el dirigente o administrador, a los fines de que obtenga la consecuencia jurídica acorde a su comportamiento.

En definitiva, se pretende el desaliento de prácticas que perjudiquen la buena fe contractual y el tráfico de bienes y servicios.

2. PERSONALIDAD DIFERENCIADA.

El Código Civil y Comercial de la nación (CCCN) en su art. 143[634] , reconoce la personalidad diferenciada de la persona jurídica con respecto a sus miembros[635], y de tal modo también, el principio de separación de patrimonios, uno de los ejes rectores de la personalidad de las personas jurídicas, por medio del cual a sus miembros no le pertenecen los bienes de titularidad de la persona jurídica ni son responsables de las deudas, salvo disposiciones especiales del CCCN y leyes especiales o generales como la Ley General de Sociedades (L.G.S) 19550 y modif., o la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.Q) 24.522 y modif.

El administrador de la persona jurídica, como centro de imputación diferenciada, no queda obligado ante terceros con motivo de los actos jurídicos que realice en su representación, salvo expresa disposición legal. El incumplimiento de la obligación asumida por esta última (obligación principal), genera responsabilidad al ente.

Es decir, tal como señala Martorell, citando a Galgano, los directores no pueden ser responsabilizados por los actos corporativos en cumplimiento de sus deberes directoriales y gerenciales en la medida que se respeten las "condiciones de uso", que son aquellas que limitan al cumplimiento del objeto social, y a la "no-violación" de la ley, del estatuto y/o del reglamento en definitiva de todo precepto de régimen normativo, ante lo cual cae la posibilidad societaria de actuar con "autonomía patrimonial" e "imputabilidad diferenciada" generando responsabilidad ilimitada y solidaria de los directivos, controlantes y quienes "hicieron posibles" las felonías llevadas a cabo en abuso del instituto societario [636].

Tal actuación generadora de daño y por tanto violatoria del deber de no dañar a otro, resulta ilegal y genera obligación de reparar, lo cual importa no sólo solidaridad por la obligación principal incumplida, sino también responsabilidad por todas aquellas consecuencias resarcibles derivadas de tal actuar ilegal.

La sociedad comparte la responsabilidad del administrador por los daños causados en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 43 Código Civil – C.C, 1763 art CCCN) pudiendo el tercero acreedor reclamar a la sociedad las consecuencias dañosas derivados del actuar ilegal del administrador, salvo que deriven de actos notoriamente extraños al objeto social

Aclaramos que no se trata de una responsabilidad indirecta por el hecho de un tercero. Para ello se requiere que la conducta del tercero no sea imputable al responsable indirecto, lo que se trata de una circunstancia de excepción. Ese no es el criterio de la LS y CCCN que exige actuación del responsable, por acción u omisión.

3. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. NATURALEZA Y FUNDAMENTO

La teoría general ha reconocido en la responsabilidad una consecuencia jurídica o sanción al incumplimiento de un deber legal.

634 Art. 143 CCCN: La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial

635 Art. 2 Ley General de Sociedades

636 Cfr. MARTORELL, Ernesto E "La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad";. LA LEY 26/11/2014, 26/11/2014, 1 - LA LEY2014-F, 993 Cita Online: AR/DOC/3706/2014)

El sistema de responsabilidad de los administradores sociales tiene su fundamento en el derecho común (v. art. 59 LGS), y su fundamento general reposa en el ordenamiento de fondo, es decir el sistema general de responsabilidad civil.

En el caso de la responsabilidad de los dirigentes y administradores ante terceros, la sanción reparatoria o consecuencia se impone frente a la prohibición de no dañar al otro (art. 1716 del CCCN[637])

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, doctrina y jurisprudencia se han inclinado decididamente por su extracontractualidad frente a los terceros[638], habiéndose afirmado que presenta caracteres ontológicos idénticos con la responsabilidad propia de los administradores con la sociedad, sin que exista fundamento para diferenciarla en contractual y extracontractual[639].

En tal sentido, para la doctrina moderna, se ha puesto énfasis en la disminución de la importancia que tiene tal distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, sobre todo a partir del CCCN, que elimina dicha diferenciación en cuanto a la reparación de las consecuencias dañosas, tratándose de una acción tendiente a perseguir la que incumbe a los directores por el mal desempeño de su cargo, siquiera en lo que concierne a la necesidad de que, en todos los casos, se pruebe la culpa de los administradores.

En cuanto a su fundamento específico, con claridad se ha señalado que "…el legislador ha intentado preservar a la sociedad…de las consecuencias de una mala gestión de sus administradores, y por ella ha conferido a los accionistas, directores y síndicos la posibilidad de accionar individualmente en defensa del patrimonio social. (…) Tales premisas imponen que la actuación de las personas jurídicas no pone punto final a la responsabilidad personal de quienes han tenido suficiente injerencia en la determinación de la voluntad de aquélla y que han causado un daño al patrimonio de la sociedad. En otras palabras, la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la que les incumbe a los individuos que obran los hechos imputables a ellas. Por tales circunstancias es que el legislador ha conferido ….a los terceros las posibilidad de accionar contra los directores de la sociedad por los daños sufridos a título personal (art. 279), pues de lo contrario, podría llegarse al resultado no querido por la ley, de encontrarse aquéllos con un sujeto insolvente que podría hacerse responsable efectivamente por las consecuencias de su propia actuación, cuando ésta ha sido consecuencia de la actitud de quienes tienen la facultad de determinar la voluntad del ente"[640]

637 ARTICULO 1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

638 CNCom, Sala C, 12-12-78, Raitman Mario c/ Feller, Marcos. 12/12/78. ED-82-171. ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Ed. La Ley, Buenos Aires 2006, Tomo IV, pág 546, entre muchos otros.

639 JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad Civil de los administradores societarios, Ed. Advocatus, Córdoba 1997, pág 206. Señala que la responsabilidad, "nace de la violación de los deberes propio del cargo de administrador, en el ejercicio de la función orgánica, competencia y obligaciones originados en la ley y en l tipicidad funcional más que en la convención, pese al carácter bilateral del acuerdo de designación. En una palabra, la ley societaria no distingue entre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad de los administradores y el modo de configuración de sus deberes trasciende dicha distinción. En todos los casos la fuente generadora de responsabilidad, como también el factor de atribución, lo constituye la violación de los arts. 59 y 274. Cuando al cumplir las obligaciones del cargo el administrador causa un daño viola un deber de conducta específico y una prohibición específica de no dañar"

640 GRIESSO Ley General de Sociedades 19550, Ed Rubinzal Culzoni, pág 332, Con cita de NISSEN, p. 373. En mismo sentido NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Ed. La Ley, Tomo III, Buenos Aires 2017, pág 662.

4. FUENTE NORMATIVA

Tal como reconociera la doctrina calificada, "…en materia de responsabilidad de los directores de sociedades anónimas, las normas rectoras de nuestro ordenamiento societario lo constituyen los art. 59 y 274 de la ley 19550, habiéndose sostenido que la primera no es más que la cristalización en una norma societaria de las pautas generadoras de responsabilidad previstas por el ordenamiento común por los arts 1724 y 1725, del Código Civil y comercial de la Nación" [641], es decir especialización del derecho común sobre responsabilidad.

Por otro lado, se ha sostenido que el régimen de los arts. 59 y 274 de la L.G.S. estructura una responsabilidad profesional, específica y diferenciada de la responsabilidad genérica del Código Civil[642], sin que afecte la ontología del ilícito.-

Es decir, cuando abordamos la responsabilidad profesional del administrador societario estamos dentro de un capítulo de la responsabilidad civil en general.

De tal modo, serán responsables los dirigentes por los daños causados con obrar desleal o negligente, en virtud de los principios generales del derecho que disponen que quien causa un daño debe repararlo, pues el patrimonio de una persona es la prenda común de sus acreedores (arts. 242 y 743 del CCCN.)

Rigen los arts 59, 274 y 279 de la L.G.S, como también lo previsto en el art. 160, 1708 y ss del CCCN, modificatorias del régimen de responsabilidad que se encontraba previsto en el C.C. Estos últimos refieren a la teoría general de la responsabilidad, reconocida y aplicada al caso desde hace ya muchos años, que exige la existencia de un daño injusto, producto de un obrar antijurídico que obedezca a un factor de atribución (objetivo o subjetivo) y que la conducta reprochable haya derivado en el daño sufrido (relación de causalidad adecuada), como presupuestos de la función resarcitoria.

Desde hace ya muchos años, se sostenía el sistema unitario de responsabilidad, integrándose el régimen previsto en el art. 59 con el 274 de la ahora llamada L.G.S, habiéndose apuntado que las diferencias resultaban "simplemente de la distinta clase de organicismo de cada tipo social y no de una diferencia en el régimen general de responsabilidad", lo que permitía el desarrollo como sistema único de responsabilidad[643]

El CCCN vino a receptar muchos de los cambios doctrinarios y jurisprudenciales, reconocidos de manera mayoritaria o unánime, como reglas, incorporándolos al ordenamiento jurídico argentino como derecho positivo[644], tal como la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.-

Esto último como consecuencia del cambio más importante ocurrido en la materia: el eje de la responsabilidad civil se trasladó de la culpa (agente) al daño (víctima).

La constitucionalización del derecho privado nacional provoca que se haya incorporado al Código el principio alterum non laedere (no dañar a otro).

641 NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Ed. La Ley, Tomo III, Buenos Aires 2017, pág 657.

642 JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad Civil de los administradores societarios, Ed. Advocatus, Córdoba 1997, pág 134, citando a Halperín, Sociedades Anónimas, pág. 451.

643 JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad…ob citada, pág. 135

644 VIALE LESCANO, Domingo Jerónimo, Los presupuestos de la responsabilidad civil en el CCCN, Ed. Mediterránea, Córdoba 2017, pág 18.

El CCCN consagró legislativamente las funciones de la responsabilidad, consistentes no sólo en la reparación, sino también en la prevención del daño (arts 1710 a 1715 del CCCN). El Anteproyecto incorporaba además la función punitiva, excluida por el Congreso (aunque reconocida en ley 24240) . Sólo se reguló la sanción pecuniaria disuasiva (art. 1714/1715 CCCN)

Así, quedan integrados los presupuestos de la anti normatividad y de la culpabilidad en materia de responsabilidad civil societaria, o simplemente, responsabilidad societaria.

La definición del régimen societario exige abordar las características de los deberes del administrador y su ubicación con relación a las obligaciones de medios y de resultado, en orden al funcionamiento de los factores de atribución y, en especial, al reproche subjetivo, ya que en esta línea se produce un debate crucial en la doctrina.

5. **ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD (art. 279 L.S). DIFERENCIA CON LA ACCIÓN SOCIAL.**

A ella se refiere el art. 279 de la L.G.S cuando dispone que los accionistas y terceros *conservan siempre* sus acciones individuales contra los directivos, en el sentido que la promoción de las acciones sociales no excluyen ni subordinan a las individuales, que pueden ser promovidas conjunta o indistintamente.[645]

Entre ambas acciones existen enormes diferencias. Sabido es que la acción social tiende a la tutela del interés social y por tanto a la recomposición del patrimonio de la sociedad, a diferencia de la acción individual, que pretende resarcir el perjuicio o lesión particular sufrida en forma directa en su patrimonio por la dolosa o culposa actuación del administrador, independiente de si existe menoscabo al patrimonio social.

Por tanto, el sujeto activo de la acción social es la sociedad[646], mientras que en la individual, lo es el socio, y cualquier tercero por el perjuicio individual sufrido, ej. acreedor de la persona jurídica en quien enfocamos este trabajo.

Es decir, el tercero acreedor (y también el accionista) no se subroga en los derechos de la sociedad remisa en promover las mismas, pues se trata de una acción directa, que persigue, la reparación por los daños sufridos directamente en su patrimonio.

Y aquí aclaramos que si bien el concepto de daño del CCCN, refiere al perjuicio directo o indirecto, claramente en lo que respecta a esta acción, no está comprendido en este trabajo, el daño indirecto derivado del perjuicio al patrimonio social, puesto que, en ese supuesto, estaríamos ante una acción social esgrimida por subrogación, y no una acción individual.

Nosotros abordaremos el perjuicio ocasionado al acreedor, dejando sin analizar las particularidades del daño ocasionado a otro tercero como puede ser el propio accionista.

645 NISSEN, Ricardo A, Ley de sociedades…, pág 698.

646 Pudiendo también ejercer la acción el socio por la sociedad (uti singuli). Resultan acciones sociales, y por tanto no individuales: 1. La acción social mayoritaria de responsabilidad, que puede ser articulada por el representante legal de la sociedad, y en su defecto por cualquier accionista, previa decisión al respecto y en principio, de una asamblea de accionistas (arts 59, 234 inc. 3, 274,275 y 276 ley 19550); 2. La acción social minoritaria de responsabilidad, que puede ser deducida por los accionistas ante la inacción de la sociedad (arts 274, 275 y 277 de la ley 19550); 3. La acción subrogatoria concursal de responsabilidad (arts 275 in fine y 278 de la ley 19550) y 4. Las acciones concursales de responsabilidad, que están previstas por el arts 166 de la ley 24522. (pág 665, REVISAR CON BOQUIN)

La responsabilidad es solidaria, aplicándose las reglas de la solidaridad[647], e ilimitada en el patrimonio del administrador.

Resaltamos que el tercero acreedor conserva su acción, incluso en caso de concurso de la sociedad, no sólo por los derechos que han sido lesionados por el actuar del directivo, sino también por complicidad en la inejecución dolosa o fraudulenta de las obligaciones contractuales[648].

6. COMPETENCIA.

En la Ciudad de Córdoba rige el Acuerdo Reglamentario N° 38 serie A del T.S.J de fecha 19.11.1981 [649] y sus modificatorias.

Cierta doctrina nacional, ha sostenido con criterio, la innecesaridad de acudir a los tribunales especializados para invocar las figuras legales del art. 274 de la LGS, puesto que de contrario se estaría limitando la actuación de los magistrados a la aplicación de un determinado cuerpo legal, y postergando indefinidamente las pretensiones, puesto que se los obligaría iniciar varios procedimientos judiciales en diversos fueros, para obtener la satisfacción de un solo crédito. [650] Desde el año 1920, por aplicación de la doctrina del fallo plenario Banco Hipotecario Franco Arentino c. Castaños José María CCCCFed[651] la jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido.

Se ha sostenido también, que el fuero especial corresponde a cuestiones intrasocietarias, incluyendo los reclamos resarcitorios de socios a sus administradores, no así las derivadas de reclamos promovidos por terceros.

Por otro lado, cierta doctrina, supedita la competencia a la naturaleza del vínculo contractual habida entre la sociedad con el tercero co-contratante. [652]

7. LEGITIMACIÓN

a.- Legitimación activa de los acreedores

647 Art. 827 y ss del CCCN

648 HALPERIN-OTAEGUI, Sociedades Anónimas, 2ª ed., Depalma, 1998, p. 557.

649 ACUERDO REGLAMENTARIO Nº 38 SERIE "A" del 19/11/1981 VISTO: (…) Y CONSIDERANDO: (…) SE RESUELVE: Art. 1º) Asignar competencia excluyente, dentro de la Primera Circunscripción Judicial, en Primera Instancia, a los Juzgados de 3a. y 7a. Nominación en lo Civil y Comercial, para conocer en las siguientes materias: a) Lo relativo a los Concursos Civiles y Comerciales de conformidad a lo establecido por la Ley 19551. b) Las cuestiones que se ventilen con relación a las Sociedades Civiles y Comerciales (Ley 19550) y Título VII, Sección III, Libro II del Código Civil, con excepción de: 1) lo dispuesto por el Capítulo I, Sección VII, de la Ley 19550; 2) los procesos contenciosos declarativos o ejecutivos de terceros contra una Sociedad o de ésta, contra terceros. c) Las cuestiones registrales de Comercio según lo disponen los arts. 33 inc. 1ro., 34, 36 incs. 1, 3, 4 y 5 y 39 del Código de Comercio y el Capítulo I de la Ley 19551, de conformidad al art. 6 de esta Ley. (…).. FIRMANTES: ALVAREZ - REINALDI - ABAD HERNANDO - FERREYRA - MOREYRA

650 NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades…, ob cit, pág 707. El autor afirma, que es un error considerar la necesidad de someter -exclusivamente- a los jueces de comercio, los asuntos de responsabilidad de los administradores, fundado en la aptitud técnica de los jueces especiales, al resultar no sólo contraria a la doctrina del fallo plenario Banco Hipotecario Franco Arentino c. Castaños José María, sino también una mera expresión de deseos, dado las respuestas que la jurisprudencia del fuero ha dado a la acción individual del art. 279 L.G.S (estimamos en relación al accionista), contraponiendo así tal necesariedad sostenida por URIBURU, Ignacio Abel "Ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores de las sociedades anónimas por fraude laboral, ED, 27.2.09

651 LL 8.726 Y JA 12-931

652 NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades…, ob cit, pág 692.

Los terceros acreedores se encuentran legitimados a promover la acción de responsabilidad civil en contra de los dirigentes de personas jurídicas, reconocida en el art 279 L.S, en tanto "terceros" (ajenos al contrato que vincula a la sociedad con sus dirigentes)

b. Legitimación pasiva de los administradores

Los administradores que estuvieren en el cargo, al momento del hecho ilegal.

Se podrá demandar en forma conjunta o separada a la persona jurídica y a sus administradores en virtud de la solidaridad.

Destacamos la responsabilidad por el total de la deuda frente a la víctima por parte de todos y cada uno de los participantes (art. 1751 CCCN).

Cuando se trata de maniobras defraudatorias, dolosas, es válido sostener la extensión de la responsabilidad a todos los integrantes del directorio y no exclusivamente a su presidente o vicepresidente, puesto que su solidaridad se deriva del hecho que integran un órgano colegiado en el que la voluntad del órgano es el resultante de la coincidencia de la mayor parte de las voluntades individuales que la integran, de todo lo cual resulta lógico que todos lo que forman parte de ese cuerpo están ligados por la misma responsabilidad[653]

Claramente no abarca a los directores suplentes, en la medida que no hayan asumido el cargo de directores titulares, pues "si ellos aparecen en las actas de directorio como participando en ellas, sin especificar en qué carácter lo hacían, nadie puede predicar su ajenidad a la gestión social"[654]

8. PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA.

8.1. Funciones de la responsabilidad civil - derecho de daños.

A partir del art. 1708 del CCCN se regula la responsabilidad civil receptando expresamente la función preventiva y resarcitoria, excluyéndose la propuesta del Anteproyecto sobre la función punitiva, la que queda limitada al campo de la ley de Defensa del Consumidor.

El art. 1710 del CCCN recepta el deber de prevención, de actuar para evitar el daño o mitigarlo, obligando a adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud.

La función resarcitoria de la responsabilidad (Art. 1716) no persigue castigar un hecho ilícito sino reparar un daño, esto es, conceder una indemnización a la víctima.

El carácter solidario e ilimitado surge del art. 160 del CCCN.

Los presupuestos de responsabilidad de los arts 1706 y ss CCCN.

El mero incumplimiento de la persona jurídica no legitima al tercero acreedor *per se* a accionar en contra del director, puesto que no necesariamente se estaría ante un caso de obrar ilegal de este último, quien pudo haberse desempeñado dentro de los parámetros legales, sin existir

653 NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades…ob cit, pág 706. El autor señala que "si bien la responsabilidad a que hace referencia los arts 59 y 274 de la ley LGS no es objetiva, sino subjetiva, los directores cuentan con los mecanismos necesarios para evitar la misma, formulando la oposición y actuando de la manera prevista por el art. 274 último párrafo de la LGS, esto es, dejando asentada su protesta en acta de directorio y diera inmediata noticia al síndico de la sociedad, único modo de eximirse de tal responsabilidad"

654CNCom, sala D, 19/08/2008 en autos Sim S.A c/Alarcón María Etelvina s/medida precautoria.

conducta alguna reprochable. En tal caso, el daño tendría relación de causalidad adecuada con el obrar antijurídico de la persona jurídica, más no del administrador.

Resulta necesario entonces efectuar una imputación subjetiva de la conducta contraria a los deberes legales, que tenga directa relación de causalidad con el daño, sin perder de vista las distintas funciones que ejerce el administrador, y el carácter aleatorio que tienen las operaciones o negocios de la persona jurídica que administra o dirige.

Ello por cuanto no basta demostrar que incumplió sus obligaciones legales y estatutarias, sino que deben concurrir los otros presupuestos, esto es, que el daño sufrido es producto aquella conducta.

La responsabilidad que se genera resulta directa, a tenor de lo prescripto en el art. 1749 del CCCN [655], por cuanto *"*atendiendo a la titularidad y al fundamento del deber resarcitorio, toda responsabilidad es directa, pues implica vínculo inmediato entre deudor y acreedor de la indemnización, y porque siempre hay una razón personal para que el primero afronte su obligación de reparar*"*[656]

8.2. **Presupuestos de la función resarcitoria:**

8.2.1. **Antijuridicidad**

a. Es el primero de los presupuestos que menciona el CCCN, en el art. 1717, y también en el art. 1716[657].

La conducta ilegal abarca la omisión, derivándose en responsabilidad cuando omite: a. Realizar diligentemente las conductas necesarias para el cumplimiento de sus funciones; b. Impedir el actuar incorrecto de otros directores cuando conoció o debió conocer la infracción de haber sido lo suficientemente diligente[658]

La antijuridicidad en la actuación del director es la violación de la ley, el estatuto o el reglamento; es decir infracción al marco normativo que regula su conducta[659]

El art. 159 del CCCN establece que los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia, y la L.G.S mantiene en el art. 59 la manda de que el deber de lealtad y diligencia debe ser la de "un buen hombre de negocios", incorporando así un patrón abstracto de

655 Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión

656 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, La Responsabilidad civil en el nuevo Código, Ed. Alveroni, Tomo III, pág 405

657 ART 1716 CCCN. - Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

ART. 1717 CCCN. - Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Podría pensarse que corresponde el tratamiento del presupuesto "daño" en primer término, ya que sin éste no hay nada que indemnizar y por tanto no hay responsabilidad civil. Sin embargo, consideramos que el orden de tratamiento del CCCN, se compadece con una mejor representación del fenómeno sancionatorio, puesto que es necesario comprender la conducta y su ilicitud para, desde allí, llegar al daño en una relación adecuada de causalidad. La antijuridicidad estaba contemplada en el art. 1066 del CC que disponía que ningún acto voluntario tenía el carácter de ilícito sino estaba prohibido, y no se le podía aplicar pena o sanción sino había una disposición de la ley que la hubiera impuesto. En concordancia, el art. 1074 del código de Vélez prescribía que toda persona que por cualquier omisión hubiera ocasionado un perjuicio a otro, era responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiera la obligación de cumplir el hecho omitido. Ante ello el CCCN adoptó por redefinir la antijuridicidad, en lugar de abandonarla como elemento imprescindible de la responsabilidad civil, incorporándose como derecho positivo.

658 ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades…ob cit, Tomo IV, pág 548

659 ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades…ob cit, Tomo IV, pág 549

responsabilidad, a "los administradores…que faltaren a sus obligaciones…son responsables, solidaria e ilimitadamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción y omisión", es decir, *establece una auténtica responsabilidad profesional que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento.*[660]

Importa régimen más severo, ya que se entiende que las sociedades como actúan en el mercado, requieren de una idoneidad técnica en sus administradores propia del quehacer comercial, aspecto que se mantiene pese a la unificación del Código Civil y Comercial".[661]

Por su parte, el art. 274 de la LGS establece que "Los directores responden solidaria e ilimitadamente frente a …terceros…por el mal desempeño del cargo…y por violación de la ley, el estatuto o el reglamento…y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave"

"El abuso del derecho, que el art. 274 de la L.G.S equivocadamente enumera entre los factores de atribución subjetiva, es una especie de conducta antijurídica consistente en el exceso o sobrepaso del director en sus atribuciones conforme la ley, estatuto o reglamento"[662]

En sentido estricto deben distinguirse el abuso de facultades del exceso en las mismas[663].

"En el abuso hay un uso desviado de las facultades conferidas, pero dentro de sus límites formales. El director actúa dentro del límite formal de la ley, estatuto o reglamento, pero abusiva, la responsabilidad por esta causa presupone un estado subjetivo doloso. En el exceso en cambio, el administrador sobre pasa las facultades conferidas, obrando más allá de los límites permitidos para su actuar, lo que puede ocurrir dolosa o culposamente" [664]

El art. 59 L.G.S establece un standard abstracto, que se opone, aparentemente al esquema civil que adhiere a un criterio concreto de culpa, art. 1724 del CCC, aun cuando el "buen hombre de negocios" debe ser considerado siempre en relación a las circunstancias de su función. Ambas pautas se asemejan en la práctica concreta, por lo que se ha predicado la existencia de un patrón "tornasolado".

Este deber de lealtad, que requieren los arts. 59 y 274 de la Ley General de Sociedades, es una derivación o aplicación del principio general de la buena fe contenido en el art. 9 y 159 del CCivCom, aun cuando reconozca una fuente distinta.

Resaltamos que hay una tendencia de subsumir la antijuridicidad en la culpabilidad. "..La antijuridicidad ha perdido relevancia como elemento caracterizante de la ilicitud; el moderno derecho de daños se estructura fundamentalmente sobre el daño injusto que debe repararse aún sin ilicitud".[665]

660 JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad…, ob cit, pág 202

661 JUNYENT BAS Francisco y MEZA Mariana Inés "El régimen de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas a partir del Código Civil y Comercial de la Nación", en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, ejemplar del mes de julio de 2015.

662 RIVERA, Julio C, Responsabilidad de los administradores sociales y síndicos, RDD, 2001-3, p. 47

663 Siendo responsables ante terceros los directores que se beneficiaron, por ejemplo, por tomar un crédito para uso personal CN Com Paramio Juan c/Paramio Pascual sum 05.11.1993

664 ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades, con cita de LORENZETTI, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2000, t. II, P. 218, y GAGLIARDO, Mariano, Responsabilidad de los directores de sociedades Anónnimas, Lexis Nexis, Bs As, 2004, p.915

665 JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad de los administradores", Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, pág 201.

"…La antijuridicidad o antinormatividad constituye un elemento independiente de la ilicitud; es un elemento objetivo en el cual ninguna influencia ejercen ni la imputabilidad, ni la culpabilidad…. La voluntariedad hace a la imputabilidad y a la eventual culpabilidad pero no a la antijuridicidad"[666]

El primer paso de la responsabilidad exige poder atribuir a alguien un acto voluntario realizado con discernimiento, intención y libertad[667] , imputabilidad del agente del daño, art. 1726 a 1730, así como la circunstancia de haber éste obrado en ejercicio o con ocasión de sus funciones. La imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad.

La ley societaria regula la responsabilidad del administrador originada en el ejercicio funcional del cargo, pero no debe confundirse la antijuridicidad, aspecto objetivo de la ilicitud, con los factores de atribución subjetivos que son la culpa y el dolo del agente.

"Así como la antijuridicidad constituye una calificación disvaliosa de la conducta en su exterioridad, la culpabilidad es la calificación disvaliosa para el sujeto actuante en su interioridad. La culpabilidad es al acto interno: actitud, lo que la antijuridicidad es al acto externo: acción u omisión. De allí que la antijuridicidad hace al deber que el sujeto tenía de actuar normativamente, mientras la culpabilidad hace al poder que tenía de obrar de acuerdo a lo debido."[668].

Sin embargo, "…la normativa societaria no es clara en cuanto a la independencia de la antijuridicidad, como elemento de la obligación de resarcir. El propio texto legal culmina expresando que "cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave…lo que parece confundir la antijuridicidad con la culpabilidad.."[669]. La doctrina comercialista no lo ha abordado específicamente[670]

"..La antijuridicidad societaria no aparece como un sistema cerrado a su propia normativa, sino que se integra en el esquema general del derecho privado….de allí que se deba sostener que también la ley de sociedades adhiere a un criterio de antinormatividad material…Así no es necesario infringir un catálogo de prohibiciones, sino que la conducta debe confrontarse con el ordenamiento total, adelántandose en mucho a las actuales corrientes civilistas que predican la eliminación de la antijuridicidad formal y el paso a un criterio material de antinormatividad."[671]

"Al cambiarse el eje de la responsabilidad de la culpa al daño, la antijuridicidad (subjetiva) se apartó del acto voluntario culposo o doloso, formalmente antijurídico por ser violatorio de una regla explícita"

En definitiva, es antijurídico todo hecho que daña[672], salvo que exista causa de justificación (art. 1717 CCCN), sin necesidad de expresa prohibición legal específica, es decir por encima de disputas vinculadas con la ilicitud formal, abarcando no sólo la violación de la ley, es decir la ilicitud del acto, como el incumplimiento de una obligación preexistente, conducta debida por el deudor (art. 1716).

666 JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad …ob cit, pág 22-3.

667 JUNYENT BAS, Francisco, "Responsabilidad…ob cit, pág 202.

668 JUNYENT BAS, Franciso, Responsabilidad…ob cit, pág 33.

669 JUNYENT BAS, Franciso, Responsabilidad…ob cit, pág 28.

670 JUNYENT BAS Francisco y MEZA Mariana Inés "El régimen de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas a partir del Código Civil y Comercial de la Nación", en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, ejemplar del mes de julio de 2015.

671 El destacado y subrayado me pertenece, JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad…ob cit, pág 29

672 La C.S.J.N resolvió que el principio del alterum non la edere (y su correlato que impone el deber de reparar) tiene rango constitucional, implícito en el art. 19 de la Constitución Nacional, el que interpretado a contrario sensu, prohíbe las acciones que perjudican a terceros.

El CCCN enumera situaciones de dispensa de la prohibición de dañar a otro (art. 1718 CCCN), entre las que se encuentra: 1. Legítima defensa; 2. Estado de necesidad; 3. Ejercicio regular de un derecho (art. 10 CCCN); 4. Consentimiento del damnificado.

Se excluye así la antijuridicidad de los actos encuadrados en tales supuestos, y consecuentemente, los daños derivados no resultan antijurídicos, con el límite del ejercicio abusivo del derecho.

8.2.2. **El daño**

Ante el incumplimiento obligacional por parte de la persona jurídica, el daño se configura por el perjuicio sufrido, tanto patrimonial como extrapatrimonial, sin limitación alguna, puesto que la norma no distingue[673], y por tanto, comprensivo de la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737 CCCN)

El perjuicio no es la lesión (incumplimiento de la prestación convenida) que padeció la víctima (acreedor), sino las consecuencias derivadas de la afectación de los intereses que tenía respecto de la lesión.

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738).

El CCCN determina los requisitos del daño indemnizable: a) un perjuicio directo o indirecto; b) actual o futuro, c) cierto y d) subsistente, tal como fuera antes reconocido por doctrina y jurisprudencia.

La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador (art. 1739).

El art. 1740 CCCN establece que la reparación del daño debe ser plena y que consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero.

8.2.3. **El factor de atribución**

Una vez efectuado la imputabilidad de primer grado, referida al discernimiento y libertad, se debe pasar a la culpabilidad o imputabilidad de segundo grado: la intención.

El factor de atribución o de imputación es aquel elemento valorativo o axiológico que determina por qué razón pagará la persona. El art. 1721 del CCCN determina que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos y que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa, es decir se constituye como una norma de clausura del sistema, siendo por tanto los factores de atribución de responsabilidad objetivos de carácter excepcional,

673 Cfr. JUNYENT BAS, Francisco, MEZA, Mariana "El régimen de responsabilidad…", al señalar que "-Daño: el precepto no limita en manera alguna el resarcimiento del daño causado por el administrador y, por consiguiente, su responsabilidad abarcará a todo el daño resarcible, sea patrimonial o extra patrimonial, aplicándose las reglas generales.

creados por la ley. Si no se verifica un factor objetivo de responsabilidad, habrá responsabilidad sólo si se prueba la culpa, lo que implica la prevalencia del régimen subjetivo.

La culpa está definida en el art. art 1724 Del CCCN (ex art. 512 del CC): el art. 1724 establece que son factores subjetivos de atribución, la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

A su vez, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 CCCN) Es decir esta norma es complementaria de la prevista en el art que antecede.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Por su parte, para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

En conclusión, la regla es la atribución subjetiva de responsabilidad dentro de la cual cabe encuadrar la de los administradores de las personas jurídicas prevista en el art. 160 CCivCom, debe analizarse confirme el art. 159 y 160 del CCCN.

De esta manera el juicio de comparación se establece entre lo actuado y lo que debió haber actuado dicho sujeto, conforme la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, y, no recurriendo a pautas abstractas ajenas sobre la base de un juicio de previsibilidad objetiva.

El art. 1722 prevé que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. El responsable sólo se libera demostrando la causa ajena. La responsabilidad es objetiva cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes surge que el deudor debe obtener un resultado determinado (art. 1723).

La doctrina calificada ha reconocido que "La obligación de. los administradores es de medios y no de resultado, toda vez que solamente tienen el deber de poner la diligencia, lealtad y profesionalidad necesarias para lograr el objeto de la persona jurídica, que puede no llegar a concretarse, no por su mal desempeño sino –entre otros motivos- por adversa fortuna en los negocios"[674]

*"*En el caso de incumplimiento de un deber por parte del administrador, la imprudencia, negligencia y la impericia se patentizan "in re ipsa". Ello es así por cuanto en la inconducta está la violación a la lealtad y diligencia impuesta por el CCivCom y la Ley General de Sociedades. Por ello, sostener el régimen subjetivo de imputación implica admitir que el incumplimiento material lleva ínsito la culpa del agente, pues éste no tendrá excusa alguna atento la profesionalidad de su función. En la mayoría de los casos el administrador sólo podrá eximirse mediante la ruptura del

674 OTAEGUI, Julio C., "Responsabilidad Civil de los Directores", RDCO, 1978, Año 11, p. 1287.

nexo causal, o sea, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, el caso fortuito o la fuerza mayor"[675]

Como señala Gagliardo "la previsibilidad y la cognoscibilidad son la base que constituye el fundamento de toda culpabilidad. La previsibilidad es relevante para establecer el alcance del resarcimiento que dependerá del grado de previsión en las diligencias debidas"[676]

Se ha sostenido con criterio que muchas de las hipótesis normativas se superponen, puesto que "….si se entiende por diligencia de un buen hombre de negocios, idoneidad, capacidad, y conocimiento suficiente de la actividad que constituye el objeto de la sociedad en todos aspectos, inclusive sobre el funcionamiento interno del ente, así como dedicación al desempeño del cargo todo el tiempo que el mismo requiere, la violación de la ley, estatuto o reglamento queda incluido dentro del concepto de diligencia, mencionado expresamente por el art. 59 de la ley societaria"[677]. También se ha destacado la falta de explicación suficiente a la "culpa grave", siendo que podía hacerse referencia sin más a la culpa y apreciar las circunstancias de personas tiempo y lugar, y la naturaleza de la obligación, derivadas del 512 del C.C (1725 CCCN).[678]

El factor de atribución de responsabilidad será siempre subjetivo.[679] Se ha sostenido que la apreciación de la culpa por referencia a la pauta general no implica que la regla sea matemática, sino más bien el juez, a partir de las circunstancias de lugar, tiempo, persona, es decir el entorno, como también sus condiciones personales y mayor exigencia por su profesionalidad, ".termina siendo una cuestión relativa la de adoptar un sistema de valoración de la culpa in abstracto o in concreto, en definitiva una cuestión semántica"[680]

* Obligaciones de medio y de resultado. Presunción de culpabilidad.

Con el código de Vélez, se efectuaba la distinción de obligaciones de medios y resultado, destacándose que en estas últimas el deudor se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado, como aquellas obligaciones de dar cosas ciertas (art. 574 CC), inciertas (art. 606 CC), sumas de dinero (art. 616 CC). En las obligaciones de medios el deudor sólo compromete una actividad diligente, que tiende al logro de cierto resultado esperado, pero sin asegurar que éste se produzca (art. 625 del CC).

Se ha reconocido que la obligación de los administradores de las personas jurídicas es de medios y no de resultado, puesto que salvo algún caso excepcional como en lo relativo al deber de llevar la contabilidad, los administradores tienen el deber de poner la diligencia, lealtad y profesionalidad

675 JUNYENT BAS, Francisco, MEZA, Mariana, "El régimen de responsabilidad…", con cita de JUNYENT BAS, Francisco, Responsabilidad civil de los administradores societarios, Advocatus, Córdoba, 1997, p. 42, la negrita me pertenece.

676 GAGLIARDO, Mariano, Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, Abeledo Perrot, 1995, p. 558.

677 NISSEN, Ricardo A, Ley de Sociedades…ob cit, pág 666-7

678 La doctrina mayoritaria anterior al CCCN ha incluido a la culpa leve, y la referencia del art. 274 L.G.S a la culpa grave no debe interpretarse como una disminución de la responsabilidad pautada en el art. 59 L.G.S, ya que esta sería una lectura contradictoria del propio texto legal que llevaría un enunciado ilógico en sus propios términos. La culpa leve como factor de atribución juega tanto en el régimen de las sociedades de personas, como en las sociedades de capital, respondiendo tanto de la culpa grave como de la leve. En definitiva, el administrador de la sociedad comercial, cualquiera sea su tipo, responde por el daño causado "en ejercicio de sus funciones" si incurrió en dolo: comisión u omisión deliberada con intención de dañar; culpa grave: omisión de las diligencias elementales que impone la naturaleza de la obligación; y, culpa leve in abstracto: omisión de las diligencias propias de un "buen hombre de negocios".

679 ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades…ob cit, Tomo IV, pág 552, con cita de RIVERA, Julio C, "Responsabilidad de los administradores sociales y síndicos, RDD, 2001-3, p. 47; ARROYO MARTINEZ, Ignacio, "Responsabilidad", op. Cit, p. 1391.

680 ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades…ob cit, Tomo IV, pág 552, con cita de RIVERA, Julio C, "Responsabilidad civil del síndico societario", Hammurabi, Bs As, 1986, p. 63.

necesarias para lograr el objeto de la persona jurídica, que puede no llegar a concretarse, no por mal desempeño del cargo, sino por la adversa fortuna de los negocios [681]

La importancia está dada a los fines de la prueba de la culpa: en las obligaciones de resultado la culpa se presume, bastándole al actor acreditar su calidad de acreedor, como consecuencia del incumplimiento; mientras que las obligaciones de medios incumbe al actor la carga de acreditarla.[682]

En general la obligación asumida por los administradores es de medios y no de resultado, pudiendo existir casos concretos en los que estén obligados a obtener un resultado.

En base a la distinción efectuada, parte de la doctrina ha sostenido que en las obligaciones de resultado puede existir un factor objetivo de responsabilidad[683], es decir, aquel donde se prescinde la culpa y sino más bien solo puede invocarse interrupción del nexo causal como eximente de responsabilidad.

Sin embargo un importante sector de la doctrina sostiene la postura clásica: en el caso de las obligaciones de resultado se sigue estando ante una responsabilidad subjetiva, por dolo o culpa[684], y la culpa se presume o se configura "in re ipsa" por las características del resultado frustrado. Se ha sostenido que "sin perjuicio de la postura que se adopte, la consecuencia principal, siempre será la misma: demostrado el incumplimiento objetivo del resultado comprometido, sin que sea necesario hacer lo mismo con la culpa, corresponde al administrador demostrar la existencia de un eximente de responsabilidad (falta de culpa, hecho de tercero, interrupción del nexo causal, etc).[685]

En toda actuación profesional, y pese a que la nueva regulación del CCC no contiene la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, ésta es relevante pues puede modificar el factor de atribución

El art. 1723 del CCCN establece claramente y sin lugar a dudas que en las obligaciones de resultado es aplicable un factor objetivo de atribución.

La configuración en el plexo societario de una serie de mandatos legales que implica una "conducta querida" por el legislador societario, si bien no significa una objetivación de la responsabilidad, conforma o integra un plexo normativo de obligaciones funcionales u orgánicas, propias del ejercicio de la administración que otorgan severidad al sistema de responsabilidad del administrador societario.

En efecto, si se analiza la infracción de los deberes del administrador, se advierte que la violación del deber de lealtad y diligencia "del buen hombre de negocios" le impedirá en la mayoría de los casos excusar su conducta en una ignorancia de hecho que, a la luz de su profesionalidad, difícilmente será admisible. La culpa o el dolo surgirán virtualmente in re ipsa, o sea, de la naturaleza de las cosas.

681 OTAEGUI, Julio Cesar, Responsabilidad civil de los directores, publicado en RDCO, año 11, 1978, p. 1287, Idem JUNYENT BAS, Francisco – MEZA Mariana, El régimen… ob cit, en Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, ejemplar del mes de julio de 2015.

682 Cfr ALTERINI, AMEAL Y CABANA, Derecho de obligaciones civiles y comerciales, Abeledo Perrot, Bs As , p. 498.

683 Cfr. MARTORELL, Ernesto Eduardo, "Los directores de sociedades anónimas", Depalma, Bs As 1990, p. 395; AGOGLIA, BORAGINA, MEZA, Responsabilidad por incumplimiento contractual, Hammurabi, Bs As, p. 61.

684 ROITMAN, Horacio, Ley de sociedades…ob cit, pág 554;

685 ROITMAN, Horacio, Ley de sociedades…ob cit, pág 554/5.

La mayoría de las directivas legales del estatuto societario están articuladas imperativamente y su infracción importa la violación del art. 59, o sea, la directriz axil del sistema. Por ello, acreditada la realización de hechos prohibidos, o sea, el nexo de causalidad material entre el daño y la conducta del administrador, quedará demostrado el incumplimiento del deber de lealtad y diligencia. Así, en esta conducta está ínsita la culpabilidad. Basta acreditar el daño y la infracción legal para que, en este incumplimiento legal que implica la realización de conductas prohibidas, surja también el reproche subjetivo.

La inconducta del administrador es la omisión de tomar aquellas medidas necesarias, para que tal obligación de hacer se realice, desde un primer momento, o de inmediato de advertida. Es decir, la debida diligencia exigida al administrador, está dada por velar el cumplimiento, sin que pueda excusarse en un desconocimiento de hecho, inherente a la diligencia que le es requerida conforme el parámetro del art. 1725 del CCCN.

8.2.4. **Relación de causalidad.**

Para que se genere el deber de reparar, el CCCN requiere una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho del presunto responsable.

La conducta antijurídica debe ser apta para causar materialmente (de manera adecuada) y por sí misma el daño, conforme lo que corrientemente acaece, según la experiencia diaria (curso natural y ordinario de los acontecimientos o cosas). En definitiva, es el presupuesto necesario para establecer si el daño es o no imputable a la conducta del agente, que requiere no sólo se reconozca en el hecho del agente la calidad de condición necesaria sine qua non, sino que el hecho resulte adecuado para que se produzca el daño[686]

Ello se conoce como relación de causalidad adecuada, prevista en el art. 1726 del CCCN[687] , que ostenta doble función: presupuesto constitutivo de la responsabilidad de resarcir el daño injusto ocasionado, como también, medir las consecuencias indemnizables[688]

Resulta muy importante precisar cuando existe nexo adecuado entre la conducta del sujeto imputado ipso facto y el perjuicio producido a la víctima.

Tal como Goldenberg destacara, "lo que puede constituir una consecuencia en el mundo físico quizás no lo sea en el plano legal…En el área del derecho la consecuencia solo sigue al antecedente cuando le es jurídicamente atribuible"[689] Ello es lo que distingue la causalidad fáctica de la jurídica. El examen de la primera lleva a conocer exclusivamente como aconteció en la realidad física la cadena de causas y efectos, mientras que "en el análisis jurídico aparecen otras evaluaciones que tienen que ver con la "causalidad adecuada" que vincula a la "previsibilidad" debida con las consecuencias resarcibles (arts. 1726 a 1728 Código, Ley 26994) y con el de "autoría.

En palabras de Trigo Represas, si bien todas las condiciones en un caso determinado (o concreto) son equivalentes, ya que de faltar alguna no se habría producido o lo habría sido de otra manera

686 Cfr. SPOTA, A. G (h) "El nexo de causalidad del daño", LA LEY, 1984, D, 323, citado en ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegético, Ed. La Ley, Tomo VIII, pág 114

687 ARTICULO 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

688 ALTERINI, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado – Tratado exegético, Ed. La Ley, Tomo VIII, pág 111.

689 GOLDENBERG, Isidro, "La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil", en Responsabilidad Civil. Presupuestos, ADVOCATUS, Córdoba, 1997, p. 109, citado en ALTERINI, Jorge H, Código Civil y Comercial…ob cit, pág 112

distinta, "en general o en abstracto, que es como debe plantearse el problema, no son equivalentes todas las condiciones: "causa será únicamente la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas era idónea para producir por sí el resultado….condiciones simplemente son los demás factores en sí irrelevantes de ese resultado"[690]

En definitiva, como indican Pizarro y Vallespinos, "la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido se denomina relación de causalidad. La relación de causalidad vincula materialmente, de manera directa, al incumplimiento obligacional o al acto ilícito aquilinano con el daño y, en forma sucedánea e indirecta, a éste con el factor de atribución"[691]

Para verificar tal relación de causalidad adecuada, es necesario efectuar un juicio de probabilidad o idoneidad del resultado, ex post facto y en abstracto, esto es no se tiene en cuenta como se han producido realmente las cosas[692]

La pregunta a contestar es: la acción u omisión del presunto responsable ¿era por sí misma capaz de ocasionar normalmente ese daño? En caso afirmativo, se declara que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente. Si se responde negativamente, falta la conexión causal, por lo que el daño es considerado *casual o fortuito*.[693]

El Juez debe preguntarse si un hombre medio (profesional de la empresa en el caso que nos ocupa), en el momento del hecho podría haber previsto que *aquel* hecho iba a generar *ese* resultado.

* **Pauta de valoración de la conducta**

El art. 1725 del CCCN[694] " deja sentado una métrica general, que es válida tanto para ponderar las circunstancias de la persona en su previsibilidad in concreto para la determinación de su culpabilidad y para evaluar la previsibilidad in abstracto que se relaciona con una de las facetas del nexo adecuado de causalidad, como es la dimensión de las derivaciones que deberá afrontar que están especificadas en cuanto al tipo de consecuencias (inmediatas o mediatas) en el art 1727 y con relación a la previsibilidad contractual, en el art. 1728 (…) Pero especialmente se tiene en cuenta como parámetro para destacar, cuando el sujeto declarado responsable, tiene cualidades especiales que le imponen un deber de prevención del daño diferenciado"[695]

* **Ruptura del nexo de causalidad**

690 TRIGO REPRESAS, Félix A, "Los presupuestos de la responsabilidad civil", Academia Nacional de Derecho, 2004 (agosto, 1, citado en ALTERINI, Jorge H, Código Civil y Comercial …ob cit pág 114.

691 PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos G, Instituciones de derecho privado, Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T 3, p. 94 citado en ALTERINI, Jorge H, Código Civil y Comercial…ob cit, pág 112.

692 EstMOISSET DE ESPANÉS, Luis, Curso de obligaciones, Advocatus, Cba, 1998, t. II, p. 410/411 citado en VIALE LESCANO, Los presupuestos…ob cit, pág 60.

693 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Curso de obligaciones, Advocatus, Cba, 1998, t. II, p. 410/411 citado en VIALE LESCANO, Los presupuestos…ob cit, pág 60.

694 ARTICULO 1725 CCCN. - Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

695 ALTERINI, Héctor, Código Civil y Comercial…, ob cit, pág 106/7.

El CCCN contempla diferentes hipótesis de tal ruptura, por causa ajena:

El art. 1732 CCCN prevé la imposibilidad de cumplimiento de la prestación disponiendo que el deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos

Así, el art. 1729 determina que la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.

Por su parte, el art. 1730 define el caso fortuito y la fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. El Código emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimos.

Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito (art. 1731), salvo lo previsto en el art. 1733 del CCCN[696].

8.3. Extensión del resarcimiento

El CCCN ha unificado claramente las consecuencias resarcibles, tanto las derivadas del acto ilícito extracontractual como del incumplimiento de obligaciones contractuales, en ambos casos el responsable debe reparar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726 CCCN), no así las casuales, salvo expresa disposición legal, en tanto se encuentran definidas en el art. 1727[697]

Al ser único el daño, pierde sentido distinguir su estudio en una rama contractual o extracontractual. La unicidad del fenómeno de la ilicitud, que no implica homogeneidad porque hay diferencias que subsisten[698] determina la unicidad del régimen de responsabilidad en el CCCN, y por tanto de sus consecuencias[699].

696 Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito (art. 1733)

697 Art. 1727 CCCN. Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

698 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La responsabilidad Civil en el Nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2016, Tomo I, pág. 356, citado en VIALE LESCANO, Domingo Jerónimo, Los presupuestos..., ob cit, pág 32 señala que la unificación no modifica la diferente estructura del incumplimiento de obligaciones y la del hecho ilícito, derivadas de una distinta naturaleza del hecho generador de responsabilidad, que generan diferencias en la antijuridicidad.

699 Aunque "deja sin efecto ciertas grandes diferencias antes existentes en materia de extensión de la reparación en base a la causalidad adecuada, según si los daños impactan en uno u otro ámbito WIERZBA, Sandra, Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales según el Nuevo Código Civil y comercial de la Nación, Abeledo Perrot, Bs As, 2015, p. 264, n° 3, citado en VIALE LESCANO, Jerónimo Domingo, Los presupuestos…ob cit, pág 34.

"Si las consecuencias casuales son previstas y aun así se ejecuta el hecho, hay dolo (por lo menos eventual) y por lo tanto se responde por ellas (arg. Art. 1724 in fine)[700]

Por otro lado, el derecho fondal establece que en materia contractual se responde conforme lo que las partes pudieron prever al momento de celebrar el contrato, y en caso de dolo, las consecuencias previsibles en oportunidad del incumplimiento (art. 1728)[701]

Se prevé una distinción en los contratos negociados (art. 1728 CCCN), teniéndose en cuenta las consecuencias que las partes previeron [702](no un hombre medio, en abstracto,), al momento de la celebración del contrato (no del incumplimiento), y, en caso de dolo, se tendrá en cuenta también lo que previeron al momento del incumplimiento.-

Es decir, la distinción opera exclusivamente en considerar la pauta de previsión no de un modo abstracto, sino en concreto.

Sin perjuicio de ello, el art. 1725 CCCN establece también pautas agravadas de previsión que son ponderadas.

8.4. Eximición y extinción de responsabilidad

Será eximido cuando falten algunos de los presupuestos de procedencia, supuestos en los que se aplican las reglas generales de la responsabilidad civil. El 2 ° párr. art. 274 LS a su vez menciona supuestos especiales de exención, los que pueden subsumirse a los generales de la responsabilidad civil.

Debe distinguirse la exención de la extinción de responsabilidad contemplada en el art. 275 de la LGS., En la exención no hay nacimiento de la responsabilidad por falta de un presupuesto de procedencia, mientras que en la extinción nace la responsabilidad por presencia de los presupuestos, pero desaparece por efecto de la causal de extinción.

La L.G.S establece así casos de eximición y extinción: a) cuando por vía estatutaria, reglamentaria o decisión asamblearia, se hayan asignado funciones de administración en forma personal a algunos o todos los directores (art. 274, párrafo 2°); b) Cuando el director que participó en la deliberación o resolución del directorio, o que la hubiera conocido, dejó constancia escrita de su protesta y dio noticia la síndico antes de que su responsabilidad se denunciaría al directorio, síndico o la asamblea, o a la autoridad competente, o se ejerciera la acción judicial (art. 274 in fine); c) Cuando la gestión de los directores es aprobada por la asamblea de accionistas, por renuncia expresa o transacción resuelta también por el órgano de gobierno de la sociedad, salvo que se derive de la violación de la ley, estatuto o reglamento, y si por lo menos no media oposición del 5 % del capital social (art. 275)

700 VIALE LESCANO, Domingo, ob cit, pág 65, con cita de PERALTA MARISCAL http://peraltamariscal.blogspot.com.ar/2015

701 ARTICULO 1728 CCCN. - Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento

702 Por la autonomía de la voluntad y el criterio subjetivo, es decir la denominada libertad de autodecisión y autorregulación, fijadas en la literalidad del contrato. Responden por las consecuencias directas que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Corresponde distinguirlas de aquellas que no forman parte de la literalidad, pero vinculadas al contrato y hechas conocer. En otras palabras, los contratantes se han responsables del incumplimiento de las cláusulas pactadas que definen los intereses en juego entre ellos y de las consecuencias naturales de ese incumplimiento que pueden o no estar previstas en el contrato y que se pueden deducir implícitamente de la naturaleza de la obligación (ALTERINI, Héctor, Código Civil y Comercial, ob cit, pág 125)

En cuanto a lo dispuesto por el art. 274 in fine por la LGS, en cuanto permite la exención de responsabilidad por constancia escrita de la protesta del director que participó en la deliberación, se ha criticado en el sentido que "peca por insuficiencia, pues limita la posibilidad de exención de responsabilidad de los integrantes del directorio, cuando los hechos generadores de responsabilidad se derivan exclusivamente de una decisión del directorio, cuando lo habitual consiste en que la actuación ilegítima del directorio, en especial cuando es dolosa, no deja rastros documentales en los libros sociales"…como también que "difícilmente el abuso de facultades sea resuelto en el seno de órgano de administración". Además, la protesta "no debe limitarse a una mera disconformidad con lo resuelto por el directorio, sino que debe ser concreta y precisa, permitiendo de esta manera que los demás integrantes del órgano de administración examinen la razonabilidad de las objeciones planteadas" [703]

Si la sociedad ha prescindido de la sindicatura, como lo autoriza del art. 284 de la LGS, la responsabilidad del director queda eximida cuando ha dejado protesta en el acta de directorio y solicitado en ese mismo acto convocatoria a asamblea de accionistas, a los fines de que los mismo tomen conocimiento de la resolución eventual generadora de daños.

Aquél administrador que por ser minoría nada pudo hacer para evitar la conducta desleal, negligente o dolosa adoptada por sus colegas y dejó constancia de su oposición, o el que no tenía competencia en la materia, de acuerdo a la organización de la administración, no estará comprendido en el supuesto de imputabilidad, art. 274 in fine de la ley de Sociedades.[704]

Además, el desconocimiento excusable puede eximir de responsabilidad, claro está en determinadas y particulares circunstancias, criterio seguido por la jurisprudencia.

Encontramos antecedentes jurisprudenciales donde se ha mitigado la responsabilidad por hechos que han escapado al control, autos "Compañía Azucarera Tucumana S.A x/quiebra, 15/03/1982 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Cap Fed[705]

La pauta general de interpretación es entonces que la responsabilidad es individual de cada director y para que exista obligación de indemnizar debe existir una actuación imputable a cada funcionario, por acción u omisión atribuible a título de dolo o culpa, además de los restantes presupuestos de la responsabilidad civil.

La imputabilidad y consecuente solidaridad entre los directores se presume, correspondiendo a cada uno de ellos demostrar la exención de responsabilidad a su cargo por no hallarse configurados los presupuestos de procedencia. Así toma claro sentido el postulado del 2° párrafo art. 274 de la LS, que dispone que cuando por vía de estatuto, reglamento o decisión asamblearia se hayan

703 NISSEN, Ricardo.ley …pág 672/3, con cita de fallo "CNCom, sala C, 28/2/1979, Goldszsmid, J c/ Organización Publicitaria Car S.A del voto del Dr. Jaime Anaya.

704 JUNYENT, "El régimen…".

705 Se tomaron diversas circunstancias para juzgar la conducta de sus administradores, como por ejemplo el momento económico y financiero de la persona jurídica, dimensión y características de la empresa, de gran volumen de negocios; circunstancias en que el director debió actuar, pues pareció excesivo al Tribunal imponer responsabilidad a los directores que no tuvieron la gestión inmediata y directa de la empresa y que aún aplicando la vigilancia y celo de todo buen hombre de negocios, no pudieron estar en condiciones de cohonestar la conducta de los directores implicados. Cierta doctrina recibió favorablemente este fallo, sosteniendo que el director no puede ser un super hombre, que todo lo sabe y todo lo controla, y que la responsabilidad no puede serle exigida cuando ha mediando una razonable delegación de facultades que, por causas operativas, resultan indispensables para el funcionamiento ágil de la empresa (Cfr. ORDIOZOLA, C Reforma al régimen de responsabilidad de los directores o necesidad de una adecuada interpretación, LL 1982-B-706.

distribuido las funciones entre los directores, y exista publicidad registral de ello y del nombramiento del director la imputación será individual

Sino existe una división de funciones debidamente publicitada se entiende que los directores son responsables solidariamente, a menos que se demuestre lo contrario. En cambio, cuando sí se han dividido públicamente las funciones, se presume que la imputación entre los directores es a título individual, no solidario, a menos que se demuestre la concurrencia de más de un funcionario en la producción del daño, lo que daría lugar a responsabilidad solidaria entre ellos, aún a pesar de la división de funciones publicitada.

8.5. Carga de la prueba

El art. 1734 determina que, excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.

Es decir, "**la prueba de la causación del daño llevará implícita la demostración de la culpa o el dolo del agente, ante la inexcusabilidad del deber impuesto al administrador**. En este sentido, se torna relevante el nuevo criterio procesal de las pruebas dinámicas que exigen que la carga de la prueba tenga relación con la factibilidad de su aporte y no solamente con la alegación de los hechos".

La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca (art. 1736).

No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. El art. 1735 del Código Civil y Comercial recepta las cargas probatorias dinámicas.

La actual vigencia de las pruebas dinámicas exige que ambas partes prueben conforme a sus posibilidades reales, en orden a superar un esquema rígido de cargas procesales.

8.6. Prescripción

El plazo es de tres años en cuanto reclamo para indemnización de daños derivados de responsabilidad civil (art. 2561 CCCN[706]).

Como principio general, el *dies a quo* del plazo de prescripción comienza desde la comisión del hecho dañoso o momento que el acreedor tomó conocimiento del tal hecho generador de responsabilidad.

706 ART. 2561 CCCN. (…)El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años.

9. COSA JUZGADA

Resaltamos además, que en virtud de la solidaridad, se pueden articular las defensas del art. 831 del CCCN[707], resultando aplicable lo dispuesto en el art. 832 del CCCN en cuanto a los efectos de la sentencia[708]

Y aquí es necesario destacar, que lo resuelto en cuanto a la inexistencia de la obligación reclamada a la persona jurídica puede ser invocado por el administrador en el proceso en su contra, en virtud de la cosa juzgada, a pesar de no ser parte en el primer proceso, puesto que la responsabilidad de este último, si bien directa, es solidaria, y en tal sentido, la inexistencia de obligación para con la sociedad no puede hacer nacer ninguna responsabilidad para con el administrador, salvo claro está, la que prescinda de tal antecedente.

En sentido contrario, al administrador le asistirá el derecho a oponer defensa de inexistencia de obligación en el proceso en su contra (si es que no fue citado oportunamente a en el proceso llevado en contra de la persona jurídica), con lo que la existencia de obligación en este último proceso, puede no hacer cosa juzgada en el proceso entablado en contra del administrador.

10. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD. ANÁLISIS

Consideramos que existen dos grandes grupos de acciones individuales de responsabilidad promovidos por terceros acreedores, ante los siguientes daños:

1) Derivados de la actividad de la sociedad sin previa vinculación (daños ambientales, productos defectuosos, competencia desleal, etc);

2) Por intromisión lesiva en las relaciones jurídicas entre la sociedad y terceros que incide en su ejecución (compraventas, prestamos, suministros, etc) o en la formación de otras relaciones jurídicas (tratos preliminares o deberes precontractuales) etc. [709]

Nos ocuparemos del segundo grupo.

Comenzaremos entonces por mencionar las conductas del administrador que resultan antijurídicas.

Del material analizado, observamos que la principal causa de responsabilidad en la acción promovida por terceros acreedores, consiste en el incumplimiento doloso del administrador, quedando reflejado el dolo en los siguientes casos:

a) Infrapatrimonialización. Falta de asunción de crisis

707 ARTICULO 831.- Defensas. Cada uno de los deudores puede oponer al acreedor las defensas comunes a todos ellos. Las defensas personales pueden oponerse exclusivamente por el deudor o acreedor a quien correspondan, y sólo tienen valor frente al coacreedor a quien se refieran. Sin embargo, pueden expandir limitadamente sus efectos hacia los demás codeudores, y posibilitar una reducción del monto total de la deuda que se les reclama, hasta la concurrencia de la parte perteneciente en la deuda al codeudor que las puede invocar.

708 ARTICULO 832.- Cosa juzgada. La sentencia dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado. El deudor no puede oponer a los demás coacreedores la sentencia obtenida contra uno de ellos; pero los oacreedores pueden oponerla al deudor, sin perjuicio de las excepciones personales que éste tenga frente a cada uno de ellos.

709 Cfr. OTAEGUI, Julio C, Administración societaria, pág. . El autor también considera un tercer grupo, pero que no refiere a los terceros acreedores.

b) Maniobra que frustra el cumplimiento de la prestación convenida. Incumplimiento fraudulento laboral.

c) Maniobra que perjudica el patrimonio como garantía de los acreedores.

*Desapoderamiento fraudulento o dilapidación del capital social que conduce a la insolvencia de la sociedad.

*Abandono total de actividad comercial de la sociedad;

d) Contratos de tracto sucesivo. Relación de consumo. Omisión de conductas que reviertan el grave retraso. Falta de información.

a) Infrapatrimonialización. Falta de asunción de crisis

La doctrina especializada ha reconocido esta responsabilidad[710]

El capital social es una cifra contable que se compone de los aportes dinerarios y en especie que efectúan los socios para el cumplimiento acabado del objeto social. Por otra parte, el patrimonio, es un conjunto de bienes de la sociedad en un determinado momento. A diferencia del capital, es esencialmente variable. El patrimonio es prenda común de los acreedores (Art. 242 CCCN).

La pérdida del capital social, es un problema económico-patrimonial. Implica un desequilibrio entre el activo y pasivo "totales".

La infrapatrimonialización no implica necesariamente la insolvencia, tampoco necesariamente la pérdida del capital social, pero se vincula directamente a ella, por cuanto la misma resulta del sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social, no llegando a configurar un estado de cesación de pagos, que se diferencia por ser éste un estado financiero de desequilibrio entre activo y pasivo corrientes.

La contratación de la sociedad con terceros, en estado de infrapatrimonialización, hace presumir el dolo del administrador, puesto que conoce o debe conocer la insuficiencia patrimonial de la persona jurídica para afrontar la obligación que asume. El administrador no puede invocar desconocimiento, ni de la situación de la persona jurídica, ni de la contratación, con lo cual, queda evidenciado al menos un dolo eventual que tiene relación de causalidad directa con el daño sufrido: el perjuicio patrimonial del tercero derivado del incumplimiento contractual por el obrar directo del administrador.

A tal fin debemos tener en claro, que como buen hombre de negocios, en cumplimiento de las previsiones del art. 59 LGS, y art. 275 del CCCN, una vez que advierte la situación de crisis – infrapatrimonialización- debe, asumir la crisis, brindando adecuada información a los socios , para que decidan cómo solucionar dicha circunstancia, con las herramientas que prevé la LGS (aumento de capital arts. 188, 191, 198 LGS; reintegración del capital social, reorganización societaria, capitalización del pasivo arts., 203, 205, 206 LGS, o disolución de la persona jurídica art. 94 LGS).

La continuación de la actividad comercial de la sociedad en dicha situación de crisis, coloca al administrador societario en una situación de responsabilidad solidaria e ilimitada (274 LGS) por mal desempeño de su cargo, ya que a sabiendas de la situación de desequilibrio patrimonial o bien

710 RICHARD, Efrain Hugo, Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios, en "LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES Y CONCURSOS", Ed. Legis, Bs As mayo 2009; RICHARD, Efraín Hugo, La pérdida del capital social, el daño a los acreedores y la responsabilidad de administradores y socios a la luz del Código Civil y Comercial y La Ley General de Sociedades, "CUESTIONES MERCANTILES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN", Ed Fundación para la investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, Bs As 2016

habiendo colocado a la empresa en tal situación por "maquillar" los estados contables –herramienta para analizar la realidad económica de la empresa - y/o los flujos de fondos –herramienta para analizar la realidad financiera de la empresa-, continuó la actividad comercial representando a la misma y contrayendo obligaciones en su nombre, por acción u omisión, con lo que de haber informado la situación a los terceros contratantes, éstos últimos no habrían contratado, lo que determina su responsabilidad directa.

El desequilibrio de la persona jurídica, y estado de infrapatrimonialización ,puede advertirse por el administrador a partir del análisis de ratios que informen la posibilidad de afrontar, los pasivos corrientes con activos corrientes –Ratio de liquidez-, y establecer un plan de contingencia frente a la eventual crisis, y el Ratio de Endeudamiento (Pasivo Financiero Corriente + Pasivo Financiero no corriente – Efectivo + Activos financieros corrientes) / Patrimonio Neto), donde el resultado del mismo determinará, si el endeudamiento no supera el valor 0,50 será razonable. Cuanto mayor sea el ratio, más endeudada estará la empresa, evitando de dicho modo el sobreendeudamiento.

Naturalmente que, ante un reclamo de tercero fundado en el dolo, a partir del estado de infrapatrimonialización, el administrador le queda invocar la inexistencia de tal estado, la noticia de la crisis y su protesta ante la decisión de contratar con el tercero, o la asunción de un plan de negocios en la crisis.

Ante la posibilidad cierta de que la persona jurídica no pueda cumplir sus obligaciones, deberá darse debida información al tercero, para poder estar ante una asunción de riesgo de parte de este último.

La jurisprudencia ha reconocido esta responsabilidad, en la acción subrogatoria (art. 278 L.G.S) En autos "Sindicatura de la quiebra de Sanatorio Privado Colon SRL c/ Moyano, Jorge Antonio y otro – Acción ordinaria – Acción de responsabilidad", Sentencia nro. 272 del 25 julio de 2006[711]

También se ha reconocido la responsabilidad en la acción individual prevista en el art. 279 que nos ocupa, en autos "CNTrab, sala III, 22/09/2008, en autos "Arancibia Nora y otros c. Rodríguez Ricardo Marcos y otros s/ejecución de créditos laborales, en tanto debieron mantener la adecuada correlación entre el capital y el giro social, procurando asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad de modo de evitar la insolvencia

De éste modo, la responsabilidad se configura del siguiente modo:

Constituye un deber primordial de los administradores el de asegurar que el capital social –patrimonio- sea suficiente en todo momento para la operatoria normal del ente, y frente al acaecimiento de cualquier dificultad que genere impotencia patrimonial deberá adoptar las medidas necesarias para revertir la situación. Advertida la situación de insuficiencia patrimonial, los administradores –actuando con el estándar de conducta de un diligente buen hombre de negocios- tiene el deber de dar cuenta a los socios de la misma requiriendo en principio y como primer paso-, que se tome alguna de las soluciones establecidas en la Ley General de Sociedades

711 Allí se dijo que "los administradores no realizaron ninguna actividad tendiente a superar la insolvencia... Los administradores debieron tomar alguna medida activa para evitar continuar operando en esas condiciones, puesto que pesa sobre ellos el deber de no dañar y además, en respeto a tal normativa específica, en la ley de sociedades, que es impuesta sobre todo, en protección de terceros". A decir de Richard, "se trata de exigirles que cumplan con el deber de responder que pesa sobre todo aquel que administra lo que no es suyo. Tampoco se trata de evaluar la gestión empresaria en términos de juzgar el acierto o desacierto del administrador en materia de mérito o conveniencia de las operaciones que integraron la actividad empresaria o su riesgo, sino de exigirles el cumplimiento de las aludidas normas de orden público que integran el derecho societario. Nos referimos a las normas pensadas en protección de terceros, obligación de la que no podrían ser dispensados, naturalmente, por ninguna asamblea de socios (art. 275 LS)"

para afrontar y mejorar la situación de crisis de la sociedad. Entre las soluciones que brinda el régimen societario encontramos, aumentar el capital o reintegrarlo mediante aportes no capitalizables que se destinan directamente a cubrir la insuficiencia patrimonial, o la obligatoria reducción del capital social, la fusión por absorción con otra sociedad, etc.

De tal modo, la principal obligación para los administradores sería realizar esta advertencia en el tiempo y suministrando la información adecuada, no siendo garantes de las consecuencias de las consecuencias que para los terceros acreedores puedan resultar de las decisiones que adopte el órgano de gobierno, ni tampoco si habiendo agotado todos los medios societarios o concursales a su alcance, estos no fueran suficientes y eficaces para lograr que los acreedores no resulten afectados.

El factor de atribución es subjetivo, como consecuencia de un actuar doloso, tanto deliberado como con manifiesta indiferencia de los intereses ajenos (dolo eventual, art 1724 CCCN). Por ello, los eximentes de responsabilidad para el administrador societario serán la prueba de la llamada "no culpa", es decir, probando diligencia que debe tener un buen hombre de negocios, esto es, la existencia de un plan de contingencia adecuado a la empresa y a su objeto, el análisis de ratios y estados contables y su debida información temporánea a los socios de los mismos, y la contratación a pesar de su protesta, se eximirá de responsabilidad a título subjetivo, es decir, acreditando informar tempestivamente al órgano de gobierno de la sociedad la situación de riesgo económico – financiero en la que se encuentra la sociedad, basado en análisis de ratios –*cash flow*-, estados contables, y todo otro análisis que pueda dar información valedera respecto de tal circunstancia.

En lo atinente a la relación de causalidad, menester es analizar la causalidad adecuada existente entre la infrapatrimonialización de la empresa, el conocimiento de ésta situación por parte del administrador societario, y el daño acaecido. En relación a ello, deberá realizarse un análisis en abstracto respecto de la previsibilidad al momento de la contratación, respecto de la posibilidad del administrador de prever el incumplimiento de su administrada respecto del tercero contratante, con el conocimiento de la situación financiera-económica de la empresa, o el conocimiento que debió tener, obrando con lealtad y diligencia del buen hombre de negocios.

Consideramos que genera, ante el reclamo de un tercero acreedor, presunción de culpabilidad.

La obligación a la cual se obliga la persona jurídica, en las obligaciones de dar, de hacer, o en las obligaciones dinerarias, es de resultado. La inconducta es de la sociedad.

Ahora bien, la inconducta del administrador es la omisión de tomar aquellas medidas necesarias, tendientes al cumplimiento del objeto social lo que incluye el cumplimiento de la obligación, o que se evite el daño derivado del incumplimiento, tanto desde un primer momento, o inmediato de advertida. Es decir, la debida diligencia exigida al administrador, está dada por velar el cumplimiento, sin que pueda excusarse en un desconocimiento de hecho, inherente a la diligencia que le es requerida conforme el parámetro del art. 1725 del CCCN.

Si bien el carácter incierto de la fortuna de los negocios o "alea", puede justificar – en determinadas circunstancias - la crisis sin responsabilidad, nos resulta difícil encontrar una causal de justificación por medio del cual el administrador, que toma conocimiento de la insuficiencia del activo para hacer frente al pasivo, pueda sostener posteriormente ante el reclamo solidario, tal insuficiencia sin haber asumido tempestivamente la crisis empresaria, con los mecanismos extrajudicial o judiciales que el ordenamiento jurídico le impone como buen administrador

Siendo que la crisis empresaria, no se presume, cualquier acreedor cuyo derecho surja del incumplimiento a una obligación específica, de resultado, normativamente a cargo de la sociedad

o del administrador, en la medida que sea esperable la evitación del daño o su agravamiento, por un buen hombre de negocios y de la pauta del art. 1725 del CCCN, el incumplimiento genera presunción de una omisión antijurídica, ya sea dada con antelación (por infracción del deber de prevenir) como posterior (por haberlo conocido o debido conocer a dicho incumplimiento y no haber actuado consecuentemente).

b) Maniobra que frustra el cumplimiento de la prestación convenida. El incumplimiento fraudulento laboral.

Aquí se incluyen los supuestos donde el actuar personal del administrador consiste en una maniobra que frustra el cumplimiento de la prestación convenida, lo que puede estar dado por una renegociación contractual o un cambio de valores, a sabiendas de su posterior incumplimiento (en este último caso, por ejemplo, frustrado por orden de no pagar inventada)

En el ámbito laboral, ello se observa la falta de registración (en todo o parte), que frustra los aportes del trabajador, y, en consecuencia, genera las indemnizaciones por falta de registración (art. 8, 9 y 15 ley 24013), lo que es producido como consecuencia del obrar doloso o fraudulento del administrador.

Resaltamos el caso "Duquelsy Silvia c. Fuar S.A despido, sala III CNApelac Trabajo 19.02.1998 que también reeditó la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad o desestimación de la personalidad jurídica, cuando quedaba demostrado la existencia de fraude laboral, traducido en la falta de debida registración de un dependiente de la sociedad, actuación que no sólo perjudica al trabajador, sino a la comunidad comercial y a los organismos provisionales, configurándose no sólo un supuesto de violación a la ley, al orden público laboral y de frustración de los derechos de terceros, sino y en lo específicamente referido a los directores de sociedad, en un quebrantamiento del deber de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios que debe inspirar toda su actuación como administrador.

De ello se deriva que "la falta de registración de los dependientes, en formato total o parcial, no implica un mero incumplimiento del contrato de trabajo sino la comisión de verdaderos ilícitos", pues el daño causado trasciende a la víctima, en tanto importan defraudación al sistema de seguridad social y conducta desleal hacia la comunidad empresaria. En definitiva, el reproche está en ciertos actos del administrador, que van más allá del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, como lo son encubrir la relación laboral o disminuir la antigüedad real del trabajador, o bien ocultar toda o parte de la remuneración, las cuales, más allá de ser un típico incumplimiento de índole contractual, configuran maniobras defraudatorias e las que resultan inmediata y directamente responsables las personas físicas que la ejecutan. Como también se ha resuelto tal responsabilidad, en la medida que la omisión de registración estaba dirigida no sólo a incumplir obligaciones contractuales, sino a causar lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derecho provisionales, a defraudarlos personalmente y el sistema de la seguridad social, conducta dolosa en violación de la ley, resultando consecuencia de esa ilicitud, las indemnizaciones derivadas de la irregularidades registrales y ruptura del contrato de trabajo, motivada, entre otras razones, por la negativa de la sociedad demandada a subsanar dicha irregularidad[712].

712 CNTrab, SALA iv, 5/7/2007 "Lopez Silvia Carina c/Senecar S.A y otros s/despido.

c) Maniobra que perjudica el patrimonio como garantía de los acreedores. *Desapoderamiento fraudulento o dilapidación del capital social que conduce a la insolvencia de la sociedad. *Abandono total de actividad comercial de la sociedad.

La doctrina ha reconocido la responsabilidad por los daños derivados v.gr. La distribución de dividendos sobre la base de un balance falso sin que existan ganancias realizadas y líquidas (L.G.S.,art 68)[713]

Similar fundamento subyace en la dilapidación fraudulenta, en cuanto genera estado de infrapatrimonialización o insolvencia, de allí el perjuicio dado por afectar la garantía del acreedor. Ello fue resuelto en autos CNTrab, sala X, 28/04/2003, en autos Maciel Bernardina c. Korolik S.A s/Despido.

También vinculado a ello, mencionamos el caso donde se condenó en forma solidaria e ilimitada a todos los directores de la sociedad demandada, ante la conducta de parte de ellos que provocó la inmediata desaparición de la compañía del mercado, impidiendo la ejecutabilidad de una sentencia firme dictada contra la sociedad y pasada en autoridad de cosa juzgada en sede laboral.

d) Contratos de tracto sucesivo. Relación de consumo

Debe valorarse la conducta del administrador desde la contratación con el tercero hasta el incumplimiento de la prestación convenida a favor de este último. Es decir, el deber de obrar con la diligencia agravada del art. 1725 del CCCN, y en particular el deber de prever el incumplimiento, y por tanto prevenir el daño al tercero acreedor, no sólo debe considerarse al momento de contratar sino también en el ulterior devenir, puesto que la obligación del art. 1725 del CCCN no se agota al contratar, sino por el contrario, una vez concertada, se acrecienta, ante la existencia ya de un contrato y no una mera expectativa. Desde aquel momento, el administrador será responsable fundamentalmente por la omisión de todas aquellas conductas que pudo haber realizado para evitar la consumación del daño posterior, sobre todo si el devenir importará la frustración del contrato por imposibilidad de cumplimiento.

Ejemplificamos con la contratación de lotes inmuebles con pago en numerosas cuotas, con entrega de "posesión" pactada a plazo, y ulterior escritura cuya fecha será fijada "a tantos días que se concluyan los trámites ante las reparticiones correspondientes". Estos emprendimientos, de dimensiones tales que requieren la ejecución en sectores o etapas, al poco tiempo preanuncian el incumplimiento tempestivo, significando el grave retraso, el preanuncio que la deudora no podrá cumplir, y la frustración del contrato.

Ante esta situación queda evidenciada la conducta del administrador, que bien pudo representarse el desenlace (al menos del grave retraso), y omitió adoptar las conductas necesarias, con la diligencia legal impuesta. Consideremos que mes a mes recibió los pagos del tercero adquirente, y sin embargo, al advertir mes a mes el retraso, omitió: 1. Realizar tempestivamente todos aquellos actos necesarios para que el contrato sea cumplido (entrega de la "posesión", y de la realización/finalización de todos los trámites ante las reparticiones para escriturar); 2. Adoptar diligentemente (en tiempo y forma) medidas tendientes a superar el retraso o incumplimiento de terceros contratantes; 3. Informar tempestivamente de todo ello al contratante y por sobre todo, ante la falta de realización exitosa de los dos primeros puntos, suspender la obligación de pago del adquirente.

713 OTAEGUI, Julio C, Administración societaria, p.

Ante ello nos preguntamos, la obligación de la persona jurídica de cumplir la prestación convenida en etapas, es de resultado puesto que claramente hay un resultado que se tuvo en miras al contratar y ello fue el cumplimiento tempestivo

En tal orden de cosas, la conducta antijurídica estará dada por haberse desempeñado a sabiendas del incumplimiento o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, lo cual se habrá visto reflejada en la omisión de adoptar todas aquellas conductas que requiera el cumplimiento tempestivo (ejecutar o hacer ejecutar las obras/trámites para que el lote esté a disposición para su entrega y apto para uso -con las particularidades convenidas ej. Instalación de obras, calles, etc). Solo en caso que ello le sea ajeno (a pesar de su diligencia en la superación de los obstáculos) la suspensión del pago.

El daño estará dado fundamentalmente por el prejuicio económico derivado de los pagos efectuados y la privación del inmueble, como también podrá serlo por haber sido privado de utilizar el dinero con otra finalidad (plazo fijo, por ejemplo), todo de acuerdo a las particulares circunstancias.

Evidentemente, que al acreedor le basta con acreditar el contrato, el incumplimiento y el daño. La antijuridicidad se desprende del daño, y el factor de atribución subjetivo, tanto por el dolo expresado cuanto menos por la inobservancia a la debida diligencia requerida en el marco del art. 725 del CPCC, se deriva o se presume del incumplimiento. Será el administrador el que deberá demostrar que empleó toda su diligencia, que los obstáculos fueron insuperables (oportuna y debidamente requeridos las contratantes, demandado su cumplimiento, etc, hasta quedar reflejado que no hubo conducta alguna que pudo haber evitado el incumplimiento).

Y aquí se observa una circunstancia de gran transcendencia, cual es que quizás la conducta del administrador, en el juicio mental hipotético de causalidad, podía evitar en alguna medida el retraso, subsistiendo este en parte, con lo cual, aún en este caso, no hubiera podido evitar la frustración del contrato. Esta alegación posible del administrador, evidentemente sólo puede ser invocada y acreditada por su parte, aunque aún en tal supuesto, cabe tener en cuenta que el deber de buena fe que exige preveer el daño requiere la debida información y bien pudo el administrador adoptar los medios necesarios para informar y suspender el pago del adquirente.

La previsibilidad de la frustración del contrato por incumplimiento tempestivo, por parte del director, en el lapso desde que se celebra el contrato hasta que se consagra el incumplimiento, genera el reproche y por tanto su responsabilidad.

Así como ante un incumplimiento contractual basta con acreditar el contrato y denunciar el incumplimiento, para presumir el componente subjetivo (dolo o culpa) derivado de tal incumplimiento, así también este incumplimiento por parte de la sociedad hace presumir la intervención causal del administrador en la omisión de la diligencia debida, cuando ello no obedeció al alea del negocio debidamente informada.

Ante ello cabe preguntarnos: ¿que deber le asiste al administrador de informar que el contrato será de muy difícil o imposible cumplimiento (claro está por cuestiones ajenas a su diligencia), conforme al deber de buena fe y prevención del daño, puesto que de realizar tal aviso cambian las circunstancias tenidas en cuenta al contratar y por tanto resulta acorde readecuar el contrato a ellas, cuanto no otorgar la posibilidad de restituir las cosas a su estado anterior? Evidentemente, la sociedad por medio de su administrador, debe informarlo, y al no hacerlo está privando al contratante del derecho a renegociar o modificar el contrato, cuanto no resolverlo en debido tiempo.

Dicho de otro modo, los incumplimientos agravados por parte de la persona jurídica, ya sea por su prolongación en el tiempo, cuanto por su carácter evidente, hacen presumir la culpa por parte del administrador en la omisión de aquellas conductas necesarias para evitarlos, tanto su generación cuanto su agravamiento. Incluso más en casos donde existe un mayor deber de información para con la víctima, por el especial interés tutelado, como es el caso del consumidor.

11. CONCLUSIÓN.

1. Consideramos que la principal conducta antijurídica del administrador que faculta la promoción de la acción prevista en el art. 279 LGS por los terceros acreedores, es la omisión de llevar a cabo las conductas necesarias para evitar o mitigar el daño ocasionado por el incumplimiento de la persona jurídica. Es decir, que la conducta personal antijurídica no se confunde con la propia de la persona jurídica que lleva al incumplimiento. En otras palabras, el obrar antijurídico no sucede en el mismo momento que el incumplimiento de la persona jurídica, sino antes (cuando pudo ser prevenida), o después (cuando pudo ser evitada). Ello en función de que, por detentar el carácter de funcionario del órgano de administración, le compete el conocimiento de deberes específicos normativos a cargo de la sociedad, como también y consecuentemente, se encuentra a su cargo la adopción de conductas tendientes a revertir el daño ocasionado o prevenir su agravamiento de modo inmediato. Dicha conducta resulta reñida con el deber de no dañar a otro, para consagrar su responsabilidad, determinando de este modo la antijuridicidad de su actuar, y quedando establecida la relación de causalidad adecuada entre dicho actuar y los daños que se generen como consecuencia de tal omisión.

2. El grado de profesionalidad impone un deber de conducta legal, que exige no solo tomar conocimiento del incumplimiento debido por parte de la sociedad, sino actuar consecuentemente en el sentido indicado conforme pautas de buen hombre de negocios. Toda omisión en tales circunstancias, determina una presunción que puede consistir tanto en culpa o dolo, derivados de la pauta de valoración agravada, del art. 1725 CCCN, incluyendo el dolo eventual previsto en el art. 1724 CCCN, los cuales se presumen del propio incumplimiento.

3. Existe una relación directa entre la mayor exigencia del obrar diligente esperable en el profesional de la empresa y el deber no dañar. La omisión de la conducta esperada, supone una mayor indiferencia por los intereses ajenos, que la esperable para una persona media, lo que acarrea como consecuencia un mayor reproche.

4. En caso que el incumplimiento de la persona jurídica esté relacionado a un incumplimiento obligacional no establecido normativamente como deber específico de conducta de la sociedad, el acreedor deberá acreditar la culpa del administrador.

5. No resulta por tanto necesario, que el deber normativo de obrar del administrador se encuentre especificado, sino que surja de la consideración de los deberes de conducta a cargo de la sociedad y las pautas del buen de hombre de negocios y las previstas en el art. 1725 CCCN.

6. En el supuesto de infrapatrimonialización, existe un deber adicional de información por parte del administrador que, en conocimiento de tal circunstancia, continúa contratando con terceros a sabiendas, o menospreciando los resultados arrojados por la información que obtiene de indicadores económico-financieros. Ello merece un reproche al administrador quien conoció o debió conocer tal circunstancia y provoca o agrava un daño que debe ser reparado, en tanto y en cuanto, el acreedor en conocimiento de tales circunstancias, no hubiera contratado o lo hubiere hecho en diferentes condiciones.

7. Algo similar sucede en los casos donde existe una obligación contractual de tracto sucesivo, donde la mora de la sociedad es evidente, y el administrador no actúa tempestivamente para evitar o revertir ello, y cuando no informa el incumplimiento parcial de la sociedad. Priva de este modo, al tercero acreedor, del derecho a solicitar una renegociación de su contrato o su resolución, resultando responsable por la generación de los daños producto de tal omisión, sobre todo si tal deber de información, se encuentra especialmente protegido por una relación de consumo.

8. La responsabilidad del administrador se puede reducir a determinar si existió una conducta reprochable en función del actuar diligente y esperable jurídicamente, con relación de causalidad adecuada para evitar la producción o agravamiento del daño ocasionado.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CRIPTOMONEDA

Fernanda Regina FRANCHIN

"*Todos los problemas*

son problemas de educación" D. F. Sarmiento

Resumen: Abordar el estudio de la tecnología, no es adentrarnos en su mundo, es desmenuzar el nuestro en contacto con ella. Cómo se modifica y moldea con su aplicación y las situaciones fácticas que su desenvolvimiento presenta, a fin de encontrar las herramientas que nos permitan caminar los cambios de paradigma. Tal vez el ejemplo más representativo de lo expuesto, sea la Criptomoneda y éste ensayo intenta establecer cuál es su naturaleza jurídica, para consecuentemente, determinar el plexo normativo que le es aplicable.
Palabras claves: Sistema, Criptomoneda, Moneda, Soberanía, Blockchain.

Abstract: Approaching the study of technology is not diving into it, but crumbling our own world. It means understanding how our perceptions are modified and molded with the application of technology, and searching the proper tools for a paradigm shift. The case of cryptocurrencies is a clear example. This study focuses on the legal nature of cryptocurrencies and the applicable law.
Key Words: Sistem, Cryptocurrency, Currency, Sovereignty, Blockchain.

INTRODUCCIÓN

La creación de las Criptomonedas ha puesto en conflicto el concepto de Moneda otorgado por los ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo, sin embargo, no puede negarse que es utilizada por la comunidad internacional como unidad de valor, instrumento de cambio y reserva de valor.

Su origen se inspiró en la voluntad de eliminar la intermediación, al emisor monetario, produciendo un quiebre en la concepción casi inmutable del Estado como, el único sujeto con la disposición de recursos suficientes a efectos de implementar un sistema monetario. Y se produjo dentro de una sociedad internacional que, habiendo sufrido las consecuencias del riesgo sistémico, buscaba soluciones a la interconexión societaria, económica y financiera, surgida ante el advenimiento de la internet.

Se diagramó para ello una herramienta tecnológica denominada "Blockchain" o "Cadena de Bloques", descentralizada y de gestión distribuida, cuya importancia en relación a la Criptomoneda, radicaría en ofrecer a los particulares mayor garantía, tanto en la protección del valor como en la legitimidad de la unidad monetaria y menores costos.

Así fue como, contrariando ideas que acompañan a la comunidad jurídica desde el derecho Romano, en la actualidad, es un instrumento utilizado tanto a efectos de financiar industrias sustentables, energías limpias y posibilitar a países subdesarrollados con economías deficitarias, el acceso a tecnologías que les ofrecen un mayor grado de independencia,[714] como para realizar actividades delictivas dentro de las que se destaca el Lavado de Activos[715].

Reconociendo a Argentina como un país subdesarrollado, con uno de los procesos inflacionarios más grandes dentro de América del Sur[716] y con altos inconvenientes a la hora de encontrar financiamiento para su actividad productiva, se presenta como razonable abordar su estudio a fin de establecer cómo las considera el ordenamiento jurídico argentino, a efectos de coadyuvar a su empleo, de considerarse útil por lo actores económicos.

La postura expuesta, se encuentra en consonancia con la adoptada por el G20[717] luego de la Cumbre realizada en Osaka el 29/06/2019. Los líderes integrantes del grupo manifestaron que, las criptomonedas no constituyen actualmente una amenaza para la estabilidad monetaria y que la innovación tecnológica, posee la potencialidad de provocar cambios beneficiosos en la economía.[718]

No obstante, aclararon que, continúan atentos a los riesgos, dentro de los que incluyen los relacionados con la protección de los consumidores y los inversores, la lucha contra el blanqueo de capitales (AML)[719] y la lucha contra la financiación del terrorismo (CFT)[720].

714 Moldavia es considerado el país más pobre de Europa, con una pequeña superficie de 33.851 km2 (la Pcia de Misiones tiene 29.801 km2). Su moneda es el Leu Moldavo cotizado en 0,051 Euros al 20/01/20. Importa el 74% de su energía (petróleo y gas) de Rusia. En este contexto, la ONU en conjunto con Sun Exchange y ElectricCChain, posibilitará que reemplace las citadas energías por una renovable como la Solar utilizando Solarcoins. Los dueños de los paneles solares que se colocaran en la Universidad de Moldavia, son miembros The Sun Exchange y cobran el alquiler en criptomoneda. La Universidad adquirirá los Solarcoin (criptomoneda de ElectricChain), por la generación de la energía. Los propietarios de los paneles reciben ingresos por 20 años y a partir de allí, todos los solarcoin que generen, son de propiedad de la Universidad, como los paneles. https://news.un.org/es/story/2018/05/1433012 -

715 La forma de lavar dinero criptomonetario es a partir de una dirección de Bitcoin que haya sido creada por un Xixar o Tumblers, quien mezcla los capitales a fin de que se pierda el rastro. https://blog.mercury.cash/es/2019/08/12/delitos-asociados-al-uso-de-criptomonedas-y-como-evitarlos/

716 "…Mientras que la inflación interanual en agosto fue de 54,5%, según el Indec, en el resto de los países analizados –19, en total– la cifras individuales sumadas para ese mismo período da 51,2 por ciento…" https://www.infobae.com/economia/2019/09/14/la-inflacion-anual-de-la-argentina-es-mas-alta-que-la-que-suman-los-principales-paises-de-america/ "…Mientras Venezuela está sumida en una de las peores hiperinflaciones de la historia reciente y Argentina sufre el golpe de una inflación anual del 54%, el resto de América Latina ha logrado evitar que los precios se disparen fuera de control https://www.bbc.com/mundo/noticias-49665808.

717 El Grupo de los 20, surge después de la crisis financiera de fines de los 90, sobre el entendimiento de que, los principales países en desarrollo no se encontraban debidamente representados en los organismos financieros internacionales. Consecuentemente, ampliaron el G8. Hoy se encuentra integrado por Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Alemania, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Rusia, Arabia Saudita, Sudáfrica, Corea del Sur, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos

718 https://es.cointelegraph.com/news/g20-finance-leaders-ask-global-regulators-to-consider-multilateral-response-to-crypto

719 El Lavado de Activos o Money Launderign, es definido como la operación financiera que consiste en hacer que los activos o fondos que se obtienen a través de actividades ilícitas, los hagan ver como el fruto de actividades lícitas.

720 El Financiamiento del Terrorismo o Terrorism Financing, es el procedimiento en virtud del cual se realizan aportes de fondos, a efectos de llevar adelante actividades terroristas.

DESARROLLO

Generalidades:

A efecto de analizar la Criptomoneda, es conveniente tener presente, por un lado, la razón por la cual es superlativamente importante para nosotros las mutaciones que sobre la moneda se producen y por otro, el concepto de sistema monetario.

Todo lo concerniente a la moneda es relevante a nuestros intereses, por cuanto vivimos bajo un régimen económico monetario. El valor de ésta, no es un concepto inmanente que aparece bajo cualesquiera circunstancias, responde a una forma determinada de distribuir la producción (los bienes y servicios), que no es la única imaginable. En una economía de otro orden, carece de sentido.

Si pensáramos en un sistema comunista, en que no se atendiese a la capacidad económica de cada cual, sino a sus necesidades, los productos serían llevados a los depósitos comunales, donde cada cual concurriría a proveerse en la medida de sus necesidades. La producción se guiaría exclusivamente por la necesidad de reponer las existencias de los almacenes y de atender las demandas del público.

En cambio, en una economía monetaria como la nuestra, la forma de distribuir la producción consiste en otorgar a cada cosa, un valor en unidades monetarias reales o de cuenta y entregar a cada sujeto económico que contribuye directa o indirectamente a aquella producción, un poder de compra en dinero, es decir, un cierto número de unidades monetarias, que constituye un derecho a solicitar productos en el mercado. [721]

En cuanto a la definición de sistema monetario, se lo entiende como el conjunto de normas, elementos e instituciones que hacen posible que una moneda representativa[722], es decir, aquella que no tiene un valor intrínseco, circule en el comercio como medio de pago, facilitando las transacciones.

Es un método compuesto de signos monetarios fundados en una misma unidad ideal o fundamental (ejemplo, el Peso), que debe tener un valor, el cual se fija mediante una norma y vinculándolo a otra cosa con valía propias. Este objeto, que sirve como ancla, estableciendo la equivalencia o valor intercambiable de la unidad ideal, se denomina "*Patrón Monetario*" e históricamente estuvo representado por el oro y otros tipos de divisas como la Libra Esterlina o el Dólar Estadounidense.

721"Paul Seabright, profesor de Economía en la Universidad de Toulouse, cuenta una anécdota deliciosa en The Company of Strangers: A Natural History of Economic Life. Según relata, en la época de la perestroika, tuvo que tratar con varios altos cargos soviéticos que trataban de acomodarse a la nueva realidad. Uno de ellos, encargado de la producción de pan en San Petersburgo, le preguntó: "Por favor, comprenda que estamos determinados a movernos hacia una economía de mercado. Pero necesitamos saber cómo funciona. ¿Quién se encarga de garantizar el suministro de pan en Londres?". Ante el asombro del burócrata soviético, Seabright le dio la única respuesta posible: "Nadie" " https://www.libremercado.com/2017-03-29/diez-frases-de-hayek-para-entender-como-funciona-el-mercado-en-3-minutos-1276595730/

722 "...De la conformación de "unidades monetarias" al establecimiento de sistemas monetarios basados en aquéllas, no hubo sino un paso, pero de lenta y dificultosa elaboración. Nos referimos, principalmente, al surgimiento de la moneda representativa, que consistió en certificados de depósitos, expedidos por banqueros -oficiales o privados-, pagaderos a la vista y transferibles al portador, que acreditaban que el banquero que los otorgaba había recibido una suma en moneda metálica, equivalente a aquella que el certificado prometía pagar en oportunidad de su presentación ante el banquero emisor..." Walter BEVARAGGI ALLENDE " El Ocaso del Patrón Oro".

En el mismo sentido y para el caso en que se modifican los signos monetarios dentro de un país, Knapp afirma que la unidad ideal sólo adquiere sentido por referencia al sistema que la precede. Esta referencia se establece, al dictar el Estado uno "*norma de reducción*" 1 A= 1000 P.A[723]., para la cancelación de la obligaciones contraídas en el antiguo régimen.

Luego de lo expuesto y con un fin metodológico, primero se establecerán los elementos que han acompañado a los sistemas monetarios desde su creación y por lo tanto esenciales al concepto que tenemos de los mismos. Posteriormente, se desmenuzan los elementos de la Criptomoneda, para finalmente, poder determinar si la concebimos como una divisa o no y con ello, el conjunto de normas que se le debería aplicar.

LA MONEDA Y SUS ELEMENTOS

Al efecto de analizar los elementos constitutivos de "la Moneda", tomaremos la definición vertida por la Real Academia Española "*...Pieza metálica acuñada, por lo común en figura de disco, que lleva busto del soberano o el sello del Gobierno que tiene la prerrogativa de fabricarla, que ya por su valor efectivo o por el que le se le atribuye, sirve de medida común para el precio de las cosas y para facilitar los cambios*.", por cuanto tiene la bondad de comprenderlos en su totalidad. Individualiza al soporte material que la hace tangible y a las funciones que está llamada a cumplir como instrumento económico, como así también a la intervención de un gobierno y la confianza que los miembros de la comunidad depositen en ella.

1.-En cuanto al material con el que ha sido constituida, puede decirse que, en su origen, portaba su propia valía, toda vez que en el elemento que la constituía se cuantificaba su valor. Tuvo su nacimiento como mercancía, al advertirse que ciertas mercaderías como la sal, el ganado o las pieles, poseían una aceptación masiva, gozaban de valor para un número significativos de los miembros de la comunidad, como consecuencia de lo cual eran fácilmente intercambiables por otros bienes.

Como medio de cambio, la moneda implicó que la persona que quería adquirir algún bien o servicio, en vez de llevar otro bien o servicio a efectos de realizar el intercambio, ofreció una moneda y en la era del trueque como forma de comercio, eso fue posible encontrando una mercadería querida o necesitada por la generalidad de las personas. El productor, aceptó esa moneda primitiva como pago de sus bienes, por cuanto ella misma le servía y también, era útil a otros.

Del proceso que implicó superar el trueque, se fue estableciendo, por un lado, la relación de cambio entre los distintos bienes, con referencia a un nuevo "*común denominador*", la Moneda, y por otro, el instrumento en sí, que ella representaba.

Lo mismo que ocurrió con la moneda mercancía, aconteció con los metales preciosos como el oro y la plata. Tenían aceptación generalizada, con el aditamento del beneficio de la escasez. Existe una relación entre la estabilidad del valor monetario y el problema de la abundancia o carencia relativa del instrumento monetario respecto de la cantidad de bienes y servicios objeto de intercambio, por cuanto un componente que fuera demasiado abundante como la sal, ante su fácil

723 Decreto N° 1096/85 "ARTÍCULO 1.- Declárase el curso legal de los billetes y monedas que a partir del 15 de junio de 1985 emitirá el Banco Central de la República Argentina, que circularán con la denominación de australes y con el símbolo sobre la paridad de un (1) austral equivalente a mil (1.000) pesos argentinos. La centésima parte del austral se denominará centavos..."

incremento, provocaría la desvalorización de la unidad monetaria. Es por ello que son los metales llamados preciosos, los que por su escasez relativa han cumplido correctamente como instrumentos monetarios.

Ahora bien, en su origen, ese trozo de metal llamado moneda, fue certificado en su peso, cantidad y calidad por el Estado, al efecto de que cada uno no tuviera que pesar y hacer validar su contenido. Esto fue así hasta que, los soberanos descubrieron que podían hacerse de recursos suplementarios, por la vía de falsear su certificación, o sea, permitiendo la circulación de moneda de peso o calidad menores a lo que se afirmaba.

Estos acontecimientos habrían dado lugar al surgimiento del Dinero Papel, que encuentra su antecedente en la elección de los propietarios de oro y plata, de entregarlo a los orfebres para su custodia. Como constancia del depósito, éstos extendían un certificado en donde se consignaba la cantidad y calidad del metal recibido, los que circulaban con plena aceptación en el comercio, como verdaderos títulos de crédito. Como consecuencia de la operatoria, el joyero se obligaba a entregar la cantidad de metálico expresado en el documento, a quien lo exhibiera. Posteriormente se comenzaron a confeccionar certificados representativos de una porción del total del metal precioso objeto del depósito.

En nuestro territorio el papel moneda se habría gestado sobre el sistema de empréstito utilizado por los gobiernos. Los certificados de reconocimiento de deuda que se extendía a los prestamistas, podían ser usados para cancelar deudas de aduana. Es por ello que Hansen los denomina "*papel moneda embrionario*". Durante el período que va desde 1810 hasta 1822[724], los pagarés funcionaban como una especie de papel moneda, a los cuales, para ser tal, les faltaba el carácter de curso legal[725]. Es el 24/03/1819, que Pueyrredón emite un Decreto sobre pago de derechos de aduana, en donde se nombrará por primera vez de forma explícita, al *"papel moneda*" aunque en los hechos no fuera tal, toda vez que le faltaba la condición de moneda de curso legal.

Sin perjuicio de lo expuesto y de cuáles fueron los antecedentes en razón del tiempo y el lugar, durante la etapa del "*papel moneda*", éste poseyó un valor extrínseco, desligado de su propia composición, utilizándose para su creación metales no valiosos o papel, todos los cuales encontraban su equivalente en el metálico situado en las reservas de un país. De su aptitud para ser trocada por el oro o divisa designada, surge su denominación como moneda convertible. También, se la llama "representativa" por cuanto simboliza la riqueza protegida en algún sitio. Es importante tener presente que, en este proceso, el valor de la moneda, se encontraba integrado no solo por el metálico que representaba sino, además, por la honestidad del depositario, guardián del mismo.

Posteriormente, se crea la moneda fiduciaria o de curso forzoso o papel moneda, para designar a aquella que no es convertible[726]. Comienza entonces la moneda a circular en el comercio, solamente porque el Estado garantiza que vale el importe en ella expresado. Algunos autores entienden que, en este período, la moneda se desliga de las reservas, lo cual se presenta como un término inexacto que conduce a errores.

724 Por ley del 20/06/1822, se dio origen al primer Banco de Descuento, Depósito y Emisión que conociere la región del Río de la Plata. Su carta de concesión le facultaba para emitir billetes al portador, convertibles a la vista y gozaba del monopolio bancario durante dos años.

725 El curso legal, es el término empleado para designar a la moneda que circula en el territorio del Estado como medio de pago, por decisión de éste, no pudiendo los acreedores negarse a su recepción.

726 El curso forzoso, tiene lugar cuando por una decisión del Estado, se niega al tenedor de la moneda, la facultad de exigir al emisor, le entregue el equivalente de su valor, en el respaldo específico.

Sostener que la inconversión de la moneda equivale a independizarla de las reservas del Estado, implica amparar que se la separa también de uno de los elementos que sustentan su valor. Podrá no encontrarse obligado el Estado a transformar el dinero nacional presentado por un tenedor, en oro u otra divisa extranjera, no obstante, debe velar porque guarde una adecuada relación con el poderío económico que la sustenta y se encuentra representado por las reservas, de lo contrario habrá emisión sin respaldo y consecuentemente, depreciación del signo monetario[727], perdiendo su función de instrumento de cambio.

De la reseña efectuada puede afirmarse que "la Moneda", hasta la fecha del presente trabajo y siempre que se excluya a la Criptomoneda, ha tenido un soporte físico, un elemento tangible con valor propio o representativo que la hizo visible y con capacidad de ser acumulada[728].

2.- Como un instrumento económico, cumple las funciones de unidad de medida del valor de las cosas, de medio de pago y como reserva de valor.

2 a.- Como patrón de medida y contratación (medida de valor), permite cuantificar y contabilizar tanto las deudas y créditos en relación con su poder adquisitivo, como así también el precio de los bienes. El concepto de dinero en este sentido, es tan abstracto como el "metro" (unidad de longitud) o el "litro" (unidad de volumen).

2 b.-Como medio de pago, Es la cosa mueble, fungible, consumible y divisible que recibe el productor o prestatario del servicio, a cambio de sus productos o servicios. Como ya se expresó, hace posible el comercio toda vez que, en su calidad de denominador común, facilita las transacciones.

Esta recepción, como mecanismo cancelatorio de las obligaciones, surge tanto del acuerdo entre partes, como de una disposición estatal. En el primer caso, el acreedor acepta la moneda porque entiende que, con ella, cubre el valor del producto y su ganancia. En tanto que, en el segundo, recibe el numerario obligado por ley. En este último caso estamos frente al ya definido, curso legal del dinero.

Para algunos autores (Gercovich, Vallespinos, Pizarro), es en esta función de medio de pago, donde radica el concepto jurídico del dinero, que solo entiende que es aquel que no puede ser recusado por los acreedores. Asienta su postura en que, para el derecho, dinero solo es el nacional, emitido por el propio país y para ser utilizado en su interior. Consecuentemente, no tienen el carácter de dinero las monedas extranjeras, ni los títulos valores, aunque cancelen obligaciones.

Lo argumentado por estos estudiosos, no parecen reflejar la realidad de los hechos. Si se estudian los títulos valores, éstos no tienen capacidad per se, a efectos de cancelar obligaciones. Sirven al tráfico gracias al instituto del endoso, sin perjuicio de lo cual, el pago se verifica cuando el último tomador lo hacer efectivo, valga la redundancia, recibe el dinero expresado en ellos. Caso contrario, se volverá contra el librador y los sujetos que integran la cadena de endosatarios,

727 Utilizo aquí el término reserva, para los tres pilares sobre los que entiendo se apoya el valor actual del dinero, a saber: la balanza comercial (adecuado equilibrio entre las importaciones y exportaciones), la balanza financiera (que permite la obtención de créditos a tasas accesibles) y un mesurado plan fiscal.

728 La existencia del Dinero Digital o Virtual no contradice lo afirmado toda vez que, la primera hace referencia a todo medio de intercambio monetario por el ciberespacio, que responde al sistema monetario de nacionalidad de quien efectúa la transacción. Ej. Transferencias bancarias, tarjeta de crédito. Y el segundo no es dinero real, sino que se usa como protocolo en ciertas instancias de la web, como por ejemplo créditos de ciertos juegos, para adquirir cosas dentro de ese juego.

obligados solidarios al pago, con la finalidad de obtener su importe.[729] En tanto que, analizada la divisa extranjera, si bien en la actualidad es considerada una mercancía en nuestro país, no lo fue siempre, con lo cual, nuestro ordenamiento alguna vez definió al dinero no sólo por su curso legal sino por su poder de cambio.[730]

Otros doctrinarios (Linch, Hayek) en oposición, conciben al "Curso Legal" como un privilegio para los gobiernos que, inexorablemente se traduce en un perjuicio para los ciudadanos, toda vez que les permite no guardar la correcta relación entre el valor nominal y el valor de cambio de la moneda que emiten. En otros términos, obligan a su recepción, aunque el dinero se encuentre depreciado. Si se pondera lo expuesto junto a los institutos de la inconversión del dinero y el monopolio estatal en su emisión, se logra cuantificar, el peligro al que se enfrenta la propiedad de los ciudadanos, cuya integridad se encuentra constitucionalmente reconocida

Ellos sostienen que el peligro citado, queda eliminado si, se posibilita que la moneda compita en el mercado como una mercadería mas, se derogue el monopolio estatal de la moneda tanto en su emisión como en su circulación y se cierren los bancos centrales.

Para esta línea de razonamiento, si se permite a las personas elegir el activo monetario con el cual realizar sus transacciones, éstas optarán por aquel que consideren resguardará con mayor eficiencia sus tenencias. Todo lo cual, no impediría ni limitará a los Estados, su facultad de establecer la moneda con la que los ciudadanos deberán abonar los impuestos.

Afirman que la preservación de las características centrales de la moneda, como medio de intercambio y unidad de valor, se logran a través de un sistema competitivo y abierto, en el que la gente decida qué es y que no es dinero[731]. Si nos remontamos a la época del trueque y al surgimiento de la moneda como mercancía a fin de agilizar el tráfico comercial, como así también a su desarrollo posterior, se puede determinar que la citada potestad pertenecía al acreedor y se ha encontrado presente desde entonces, como un elemento inmanente de la misma, que desarrollaremos al abordar la confianza que debe dispensarle la ciudadanía.

729 Ley Nª 5965 Letra de Cambio "…CAPITULO VII - De los recursos por falta de aceptación y por falta de pago - Art. 46. – La acción cambiaria es directa o de regreso; directa contra el aceptante y sus avalistas; de regreso contra todo otro obligado. Art. 47. – El portador puede ejercer las acciones cambiarias de regreso contra los endosantes, el librador y los otros obligados: a) Al vencimiento, si el pago no se hubiese efectuado; b) Aun antes del vencimiento: 1° – Si la aceptación hubiese sido rehusada en todo o en parte; 2° – En caso de concurso de girado, haya o no aceptado, o de cesación de pagos aunque no mediara declaración judicial, o cuando hubiese resultado infructuoso un pedido de embargo en sus bienes; 3° – En caso de concurso del librador de una letra no aceptable…." Ley de Cheques Nº 24.452 "…CAPITULO IV - Del recurso por falta de pago ARTICULO 38. -Cuando el cheque sea presentado en los plazos establecidos en el artículo 25, el girado deberá siempre recibirlo. Si no lo paga hará constar la negativa en el mismo título, con expresa mención de todos los motivos en que las funda, de la fecha y de la hora de la presentación, del domicilio del librador registrado en el girado. La constancia del rechazo deberá ser suscrita por persona autorizada. Igual constancia deberá anotarse cuando el cheque sea devuelto por una cámara compensadora. La constancia consignada por el girado producirá los efectos del protesto. Con ello quedará expedita la acción ejecutiva que el tenedor podrá iniciar contra librador, endosantes y avalistas…"

730 Art. 765 CCC "La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal." Ley 23.928 Convertibilidad del Austral Art. 11" Modificase los artículos 617,619 y 623 del Código Civil, que quedaran redactados de la siguiente manera "Artículo 617: Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República la obligación debe considerarse como de dar suma de dinero"

731 La Ley de Gresham, no se opondría a la teoría desarrollada, por cuanto establece que la moneda mala desplaza a la buena siempre que se desarrolle dentro del sistema bimetalista, no teniendo aplicación cuando hay libertad de cambio, es decir, monedas paralelas.

En cuanto a la facultad de emisión, alegan que, mientras el Estado goce de la misma, seguirá produciendo modificaciones artificiosas en los precios y consecuentemente, emitiendo mensajes irreales a los operadores económicos.

Fincan su postura argumentando que los mercados emiten su información a través de los precios, razón por la cual, éstos deben modificarse según cambien los gustos, las preferencias, las situaciones climáticas y/o cualquier otra cosa que nazca en el centro del mercado. Constituyendo la emisión un elemento extraño al mercado, la información por ella generada es artificial y por tanto engañosa, produciendo confusión dentro del sistema. Una de estas falsas señales, se encontraría constituida por las emisiones sin respaldo y su correlativo aumento de precios.

En relación al cierre de los Bancos Centrales, refieren al mismo argumento que para la emisión. El conjunto de profesionales, técnicos y especiales, que componen la Banca Central, solo pueden tomar decisiones artificiales (a que tasa van a expandir, a cuál contraer o si la dejan inalterada), todas las cuales enviaran mensajes irreales a los agentes del mercado distorsionándolo con efectos perniciosos, por cuanto no puede prever todas y cada una de las consecuencias y efectos que su intervención provocará.

Estudiando, a lo largo de la historia mundial, las crisis que culminaron en procesos inflacionarios agudos[732], resulta difícil no encontrar razón en la tesis expuesta, toda vez que fueron el producto de emisiones irresponsables sin respaldo, efectuadas por técnicos, bajo el monopolio Estatal de la creación y circulación del dinero.

2 c.- Como reserva de valor: es la posibilidad que tiene la moneda de ser atesorada y acumulada. De convertirse en capital.

Desde esta perspectiva y con el advenimiento de la revolución tecnológica, su tenencia pasó a jugar un instrumento de financiación de la producción y la comercialización de bienes y prestación de los servicios. Un movilizador de la economía.

3.- En cuanto a la intervención de un gobierno en la emisión monetaria. De forma previa a comenzar el análisis de éste elemento, es provechoso tener presente que, en la definición, la Real Academia Española, equipara el término "gobierno" con el de "Estado" incluyendo consecuentemente a sus tres poderes y no solo al ejecutivo**.**

Con el advenimiento del Estado Moderno**,** la asignación a éstos de la facultad de sellar moneda fue parte de la centralización en la figura del monarca, de los poderes dispersos durante la Edad Media entre los señores feudales y la iglesia.

Una corriente llamada teoría Estatal del Dinero, fundamenta el monopolio monetario del estado, en el entendimiento de que es su voluntad, la única fuente de valor de la moneda. Sus

732 Uno de los procesos inflacionarios mas gravosos de la historia mundial, fue el producido en la República de Weimar 1923 (solo se volvió a repetir otro de similares proporciones en el año 2018 en Venezuela, es decir, 95 años después). Adam Fergusson, en su libro "Cuando Muere el Dinero" grafica el fenómeno diciendo "...La Alemania de 1923 era la Alemania de Ludendorff, de Sitnnes, de Havernstein y también la de Hitler. Para toda la sociedad alemana el Ejército, la Industria, las Finanzas y la Política, cuatro figuras grotescas, representaron en el drama alemán los papeles de villanos de la función. Ludendorff el de antipático y desalmado ex Comisario General, adorado de Tor y de Odin, animador y víctima al mismo tiempo de las fuerzas de la reacción; Stinnes el del especulador y estraperlista que sólo rendía culto al dinero; Havenstein el del banquero loco cuyo único objetivo consistía en empapelar el país con billetes de banco. Y Hitler, el demagogo hambriento de poder, cuyo discurso, y más adelante sus hechos, podían ser firmados por el mismísimo diablo..."

seguidores sostienen que los sistemas monetarios, sólo pueden ser creados como organizaciones metódicas por el Estado, por cuanto sólo éste dispondría de los elementos para hacerlos funcionar.

Otra teoría, entiende que la moneda simboliza la solvencia y coerción social de un pueblo, por ello ha sido fundamental a fin que éste se declare soberano e independiente.

Bajo esta concepción, la moneda se convierte en un atributo del Estado toda vez que, en la autoridad de sellarla, se catalizan y simbolizan los recursos económicos propios y genuinos que éste requiere, a efectos de participar en el concierto de las naciones y ejercer la autoridad interna en su territorio.

Por lo expuesto, para esta corriente, la moneda preexiste al estado, recibiendo de éste su investidura institucional, como consecuencia de lo cual, la obligación de definir y defender la moneda se asienta en la necesidad de establecer un patrón de medida del valor de los bienes, de mantener la inalterabilidad de éste, (estabilidad de precios) e incrementar los medios monetarios adicionales en el interés de la comunidad, destinados a expandir y estimular la producción.

Sin perjuicio de las diferencias entre las dos teorías apuntadas, lo que destacamos al efecto de este trabajo, es que ambas entienden que el Estado es el único con capacidad y estructura a fin de crear un sistema monetario y utilizarlo, en el segundo de los casos, como impulsor de la economía y bienestar de la comunidad.

Siguiendo esta creencia generalizada, nuestro derecho vigente, consagra el monopolio estatal en la emisión y el curso legal del peso argentino.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, la proclamada integración Monetaria[733], forma parte de la Integración económica, Normativa (legislación por el Congreso de los Códigos de Fondo) y Fiscal (Aduanas Nacionales y unidad de gravámenes en todo el territorio), conforme lo establece en el art. 75 inc. 11 y art. 126 de la Constitución Nacional (C.N.), los que facultan por un lado al Congreso a hacer sellar la moneda y consecuentemente, les prohíben a las provincias realizar dicha actividad.

En el art. 76 de la C.N.se encuentra una prohibición expresa para el Congreso, de delegar la facultad de sellar moneda en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. Ésta prohibición encuentra su razón de ser en que, todo lo atinente al régimen monetario no es materia administrativa, toda vez que las decisiones o disposiciones que se adopten en relación a ella, afecta de forma directa el derecho de propiedad de los individuos.

Así también, puede afirmarse que el derecho positivo argentino, concibe a la emisión monetaria como un instrumento más de la economía, por cuanto habiendo delegado el Congreso sus facultades en un Banco Central, le asigna como finalidades dentro de sus facultades y respetando las políticas trazadas por el gobierno, la estabilidad monetaria, financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social (Art. 3 Carta Orgánica BCRA).

Es importante destacar que, contrariando la prohibición del art. 76, la delegación realizada en el BCRA, otorga la posibilidad (como mínimo potencial) de que, el Poder Ejecutivo, tenga participación en las decisiones monetarias que la entidad financiera adoptó.

En el ejercicio de las facultades detalladas, el Estado Argentino dispuso numerosas devaluaciones del signo monetario, que implicaron una disminución del poder adquisitivo de sus

733 La conformación de un único mercado dentro del territorio de la Nación surge de lo establecido por la Constitución Nacional, en los art. 9, 10, 11, 12, 42, y 75 incs. 13 y 19.-

ciudadanos y transita, unos de los procesos inflacionarios, mas altos de la región. Se adjunta un cuadro con el detalle de las mismas desde 1881 hasta 1992.

PESO MONEDA NACIONAL	**PESOS LEY 18.188**	**PESOS ARGENTINOS**	**AUSTRALES**	**PESOS**
AÑO 1881	**1970**	**1983**	**1985**	**1992**
1	Menos 2	Menos 4	Menos 3	Menos 4
5	ceros	ceros	ceros	ceros
10				
100	1			
500	5			
1.000	10			
5.000	50			
10.000	100			
	500			
	1.000			
	10.000	1		
	50.000	5		
	100.000	10		
	500.000	50		
	1.000.000	100		
		1.000	1	
		5.000	5	
		10.000	10	
			50	
			100	
			10.000	1
				2
			50.000	5
			100.000	10
				20

De la información consignada en el cuadro, se advierte que los argentinos, padecieron durante el lapso temporal de 22 años, la devaluación de su signo monetaria en trece (13) ceros.

A fin de ilustrar lo expuesto, se puede tomar como ejemplo la "*Caja Nacional de Ahorro Postal y Seguro*", creada el 5 de abril de 1915 durante la presidencia de Victorino de la Plaza, con la finalidad de fomentar el hábito del ahorro. Por medio ella, los niños podían adquirir estampillas incluso en la escuela donde concurrían, y se pegaban en una hoja grande que se doblaba para poderse llevar. Cuando se llenaba la hoja, se concurría al Correo o a cualquier sede de la Caja y se cambiaba esa hoja por una estampilla con el valor del importe de esa hoja, que colocaban en la libreta, lo firmaban y sellaban, sumando ese importe al monto que se tenía depositado. Siguiendo el sistema detallado, se intentará establecer la capacidad de ahorro de un niño al momento de la primera devaluación en 1970, cuando había comenzado a utilizar la Libre de Ahorro en 1946. En efecto, un niño que ingresara a la escuela en 1946, se le entregara la Libreta de Ahorro y hubiera comprado una estampilla a valor de Peso Moneda Nacional (PMN) 0,05 los días que asistió al colegio, hubiera ahorrado PMN 288 (5 días a la semana por 30 años = 5760 días, que multiplicado por 0,05 = 288). Ahora bien, aplicando sobre el monto en capital (sin ningún tipo de interés) la devaluación de dos dígitos que implicó el Peso Ley 18.188, el sujeto en cuestión recibió por sus 30 años de ahorro Pesos Ley 2,88.

Como ya se expresara anteriormente, ante estos acontecimientos históricos (nacionales y extranjeros), pero en tiempo donde todavía la irrupción tecnológica no había alcanzado los grados actuales ni se hablaba de la inteligencia de las cosas (5G), autores como Hayek y entre nosotros Alberto Benegas Lynch, definieron como “puro mito” el monopolio del estado en la emisión monetaria.

Como resumen a lo dicho, reiteraremos que las herramientas esgrimidas como freno a las emisiones sin respaldo fueron: 1.- Permitir que la moneda compita como una mercancía más, en el comercio. Propugnando como un error histórico, el haberla eliminado de la economía, por cuanto es su mecanismo estabilizador más importante. 2.- Eliminar cualquier tipo de injerencia artificial del Estado en la economía, concibiéndolo no como ausente, sino trabajando dentro del comercio, con parámetros reales.

Ahora bien, es importante finalizar este aspecto de la moneda, refiriéndome a tiempos anteriores a la creación del Estado Moderno, donde también civilizaciones cuya supremacía política, producción legislativa, actividad económica y poderío militar, le otorgaron la facultad de acuñar moneda. Fue el caso del imperio Romano, cuya autoridad monetaria se prolongó sobre Europa después de la caída del imperio de occidente y hasta la caída de Constantinopla. Vale decir que, durante toda la Edad Media, el numerario que todos reconocieron como moneda, tenía los símbolos de Roma[734].

734 “...La división del Imperio y la existencia de un titular en Oriente y otro en Occidente no vino a entrañar, al menos teóricamente, una separación del poder sino, más bien, un ejercicio colegiado de él. Esta situación, que se evidencia por algunos detalles, como el uso de una misma moneda...” Luis Rodolfo Arguello [Manual de Derecho Romano] Astrea pag.75 Hansen al analizar el Decreto emitido por la Asamblea General del año XIII, mediante la cual se comienza a acuñar moneda metálica con el sello y emblemas de la nación, nos ilustra “Hemos hecho alusión en otra parte a la importancia que desde los más remotos tiempos históricos se ha atribuido al derecho de batir moneda, reservándolo como una de las prerrogativas más sagradas del soberano y majestad real. Según el escrito Del Mar, durante toda la Edad Media ninguno de los monarcas europeos se había animado a usurpar esta regalía de los Césares de Bizancio, respecto a la moneda de oro, y en cuanto a la de plata y vellón, las sellaban en virtud de una convención tácita. Aún los Emires y Califas Árabes continuaron batiendo sus monedas de oro con los emblemas de Roma, hasta la época de Abd-el Melik durante el Reinado de Justiniano II. Caída Constantinopla, cada príncipe independiente reivindicó ésta prerrogativa, y solían concederla como gracia especial y con muchas restricciones, a algunos de sus grandes vasallos semi-independientes. Fuera de estos casos, el batir moneda con el sello propio, era inequívoca declaración de emancipación política...” Hansen Emilio [La Moneda Argentina] pag .158/159, Buenos Aires 1916.-

Desde otro ángulo, pero en un mismo sentido, la historia emancipadora de América, demuestra que estados recientemente proclamados, fracasaron en sus emisiones monetarias por falta de reconocimiento en los miembros de la comunidad, en su autoridad. Conservaban el metálico por su valor, pero no le conferían el carácter de moneda.

El análisis a la normativa y el repaso a los acontecimientos históricos, se realizaron a fin de acreditar que, la circulación de una divisa se ha producido, no por su origen estatal sino, por la convergencia en ella de dos factores, el valor que representa y una autoridad con capacidad de conservarlo y acrecentarlo. Ésta confluencia, es lo que algunos autores denominan, "la marca del dinero" y hasta la fecha del presente trabajo, siempre ha sido generada por una autoridad centralizadora, que concentra la información, los recursos y la toma de decisión.

Tal vez, lo más importante de la propuesta formulada por Hayek y Lynch, radique en el intento de descentralización de los elementos que determinan el valor del dinero, con su ingreso al mercado.

4.- La confianza, que los miembros de la comunidad depositan en la moneda. En el momento evolutivo, a partir del cual las personas abandonaron la idea de transacción comercial, mercancía por mercancía, y comenzaron a entenderla por intermedio de un denominador común, se tuvo que sortear el dilema de la confianza en el receptor de la moneda. En la entrega de dinero, existe un diferimiento temporal de la prestación, que se encuentra implícita en el uso del mismo.

El dinero en sí mismo, no tiene valor para el hombre, lo que tiene valor para él, es la capacidad de compra, financiación e inversión, que éste le confiere.

Si hemos venido concluyendo que la moneda, es un símbolo de riqueza, que en la actualidad corresponde a un Estado, el cual, teniendo el monopolio de su emisión, debe velar por mantener su valor de cambio y por consiguiente el nivel de precios, podemos concluir que el grado de confianza en una divisa dependerá de la construcción de seguridad, que efectúe el Estado de origen.

No coincidimos con el Dr. Quiroga cuando expresa "*...tener confianza en la moneda significa creer en la autoridad de su valor, que genera estabilidad y produce certidumbre. Así, la moneda no se deduce de la ley de la oferta y la demanda (orden mercantil) sino que ella, constituye una hipótesis institucional previa y necesaria al análisis de la economía de mercado...*"[735] Por el contrario, entendemos que el factor económico es el preexistente, siendo los aspectos institucionales y jurídicos, lo que le permiten al Estado manejar las variables para proteger sus funciones económicas.

Es posible constatar de los estudios efectuados, en el desarrollo de los elementos anteriores, que el monopolio estatal de los recursos monetarios, no ha logrado garantizar el valor de la moneda y la estabilidad de precios. De forma cíclica, los Estados deben enfrentar periodos de crisis, con la correlativa perdida del valor adquisitivo de sus ciudadanos. La última y más traumática, fue la provocada por la caída de la Compañía Financiera Lheman Brothers durante el año 2008, considerada la peor de la historia, toda vez que fue la primera con características globales, con epicentro en un país desarrollado y causado por agentes financieros que gozaban de gran reputación.

Dejo como estela, el concepto de riesgo sistémico, aquel producido por la interdependencia en un sistema o mercado, en el que el fallo de una entidad o grupo de entidades, puede causar un

735 Hugo Quiroga [La Argentina en Emergencia Permanente] pag. 122/123.-

efecto en cadena, con capacidad de destruir el mismo. Y una marcada intensión de crear modelos descentralizados, con procesos de validación objetivos.

No constituye un desatino afirmar que, el proceso de construcción y generación de confianza, en la actualidad tiene su eje en la objetivación del protocolo de validación de los actos y legitimación de los actores, sustrayéndolos o protegiéndolos de de las posibles decisiones unilaterales de una persona o grupo de personas.

LA CRIPTOMONEDA Y SUS ELEMENTOS

Habiendo reflexionado sobre la estructura de lo que podemos llamar, moneda tradicional, utilizaremos la misma distribución de componente a efectos de analizar esta nueva institución, nacida al amparo de los avances tecnológicos y las necesidades del comercio. Se tomará como base a fin de las observaciones, el Bitcoin, por cuanto no sólo fue la primer criptomoneda, sino que, además, desde su creación en el año 2009 se ha mantenido y evolucionado. [736]

No obstante lo expuesto y para mayor claridad en la exposición, se presentará y esbozarán los fundamentos técnicos de la Blockchain, por cuanto todo y cada uno de los elementos que se desarrollan a posterior, la tiene por fundamento o ser refiere a ella. Ello por cuanto, la cadena de bloques fue creado junto con el bitcoin, a fin de almacenar el historial de sus transacciones, como método de certificar las transacciones.

A.- La Blockchain:

Definimos a la blockchain, como una base de datos que se haya distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente.

Constituye una base de datos descentralizada que, no puede ser modificada ni alterada. Pudiendo diferenciarse dos tipos: privada o pública.

La primera o de código cerrado, es aquella cuyo dominio lo ostenta una persona humana o jurídica, y el ingreso a la misma se encuentra supeditado a la invitación por parte de los desarrolladores de la plataforma. Bajo esta forma, también se encuentra limitada a la previa autorización, el acceso a la información.

736 “El 22 de mayo de 2010 se realizó la primera transacción con bitcoin. Un programador de Florida llamado Laszlo Hanyecz pagó 10,000 bitcoins por dos pizzas de Papa John's. Esperamos que hayan estado sabrosas ya que a precio de hoy esas pizzas valdrían millones. En febrero de 2011 el precio de BTC supera por primera vez la cotización de 1 euro, llegando a tener un precio de casi 30 euros a mediados del año. Sin embargo, un reporte sobre el mercado de intercambio sin restricciones, Silk Road, dejaba muy malparada a la criptomoneda, que cerró 2011 en 2 euros. Bitcoin volvió a crecer de manera significativa y 2013 fue un año particularmente importante en este sentido. Al comienzo de ese año, cada BTC se cotizaba en 25 euros y para finales cada bitcoin tenía un precio de 1,000. El hecho de que en Chipre se prohibieran los retiros bancarios se ha considerado una posible causa para este gran crecimiento. Sin embargo, este crecimiento no se sostuvo, especialmente por un suceso catastrófico en el ecosistema: MtGox, que para ese momento era la casa de cambio de mayor tamaño, fue hackeada. El evento significó el robo de 850.000 bitcoins y el precio de cada bitcoin se desplomó. Bitcoin pasó de más de 800 euros a menos de 500.En el 2017 el CME incorpora por primera vez un producto Bitcoin en una bolsa regulada en los Estados Unidos. En el 2017 bitcoin alcanzó su precio máximo histórico, llegando a casi 20.000 euros. 2018 fue un año de corrección, y cada bitcoin llegó a tener un precio de poco más de 3.100 euros. Durante 2019 se vivió un interesante rally alcista. Bitcoin volvió a superar la barrera de los 10.000 euros, e incluso su precio llegó a estar por encima de los 13.000 euros a mediados de año. “ https://es.cointelegraph.com/bitcoin-price-index
La cotización del Bitcoin al 13/02/2020 es de $ 628.139.44.-

Las segundas o de código abierto, posibilitan que cualquier persona pueda formar parte de la red, verificando las transacciones y actualizando los boques en la cadena. Este formato es el empleado por Bitcoin. La información solo puede ser añadida a la cadena de bloques si existe un acuerdo entre las mayorías de las partes.

La creación de nuevos bloques en el sistema criptográfico, es realizada por los denominados "mineros", que son nodos de la red que participan en el proceso de escritura de datos en la blockchain, a cambio de una recompensa económica.

El proceso que permite alcanzar un consenso con garantías entre los mineros de la blockchain, para el orden de escritura de bloques, es la denominada prueba de trabajo o prod-of-work (PoW). Básicamente, a fin que un bloque sea aceptado, el minero tiene que ser el primero en completar un PoW.

El PoW es un rompecabezas matemático de dificultades ajustables, consistiendo en encontrar un parámetro (nance) que consiga que, al hacer el hash sobre todo el bloque sin excluir al nance, se obtenga un valor inferior a la dificultad actual establecida por la red. Lo importante de lo expuesto es que, debido a las características de la función de hash, no es posible calcular estos valores analíticamente, resultando que, para obtener un bloque válido, el minero debe recurrir a la fuerza bruta, probar valores de parámetros nance hasta hallar uno válido. Éste proceso, es muy costoso,

En la Blockchain se acumula una gran cantidad de actos, que aumenta conforme pasa el tiempo. Por tanto, es importante contar con un sistema que permita consultar los mismos de forma eficiente. Esto, en la Blockchain, implica no tener que descargar toda la información almacenada, a fin de validar las transacciones. Para lograr éste objetivo, bitcoin, utiliza un árbol hash de Merkle[737].

Un árbol de Merkle es una estructura de datos estratificada que tiene como finalidad relacionar cada nodo con una raíz única asociada a éste. Para lograrlo, cada nodo debe estar vinculado con un identificador único (hash). Los nodos iniciales, llamados hojas, se asocian luego con un nodo superior llamado nodo rama. Éste último nodo tendrá un identificador único, como resultado del hash de sus nodos hojas. Esta estructura se repite hasta llegar al nodo raíz o raíz Merkle, cuya impronta está asociada a todos los nodos del árbol. Gracias a esta estructura única, los árboles de Merkle permiten relacionar una gran cantidad de datos en único punto, el nodo raíz. De esta forma, la verificación y validación de esos datos puede pasar a ser muy eficiente, al tener que verificar únicamente el nodo raíz, en lugar de toda la estructura.[738]

En el caso de Bitcoin, la información contenida en los bloques son las transacciones realizadas con la criptomoneda. En particular, una de las operaciones que debe ser añadida, es la que adjudica al creador del bloque una recompensa por haberlo minado. La recompensa por la creación de un

737 Ralph Merkle, nació el 2 de febrero de 1952, es uno de los inventores de la criptografía de clave pública y un investigador y conferencista en la nanotecnología molecular y la criónica. En 1979 recibió su doctorado en ingeniería eléctrica en la Universidad de Stanford, con una tesis titulada El secreto, la autenticación y sistemas de clave pública. Su consejero era Martin Hellman. Merkle ideó un plan para la comunicación a través de un canal inseguro: Puzzles de Merkle, como parte de un proyecto de clase mientras estudiaba. El sistema es ahora reconocido como un ejemplo temprano de la criptografía de clave pública. Co-inventó el criptosistema de Merkle-Hellman el cual está basado en el problema de la mochila, inventado hash criptográficos (ahora se llama la construcción Merkle-Damgard basa en un par de artículos que publicó 10 años después de que establecieron la seguridad del sistema), e inventó los árboles de Merkle. Es una de las personas a las cuales se le imputa, trabajar bajo el seudónimo de Nakamoto (padre del bitcoin). -

738 La información de los arboles de Merkler se extrajo de https://agorachain.org/arboles-merkle-usos/

bloque se divide entre dos, cada doscientos diez mil (210.000) bloques que equivale a cuatro años. A su inicio en 2009, la citada recompensa era igual 50 bitcoins.

Una blockchain sana, debe garantizar dos elementos: 1.- Disponibilidad, equivale a asegurar que una operación honesta que ha sido emitida, termine siendo incorporada a la estructura; 2.- Persistencia, entendiendo por esta que, cuando un nodo da una transacción como estable, el resto de nodos, si son honestos, validarán ésta como estable haciéndola inmutable.

A fin de satisfacer estas cualidades, la blockchain de bitcoin, implementa una red de nodos interconectados donde éstos, interactúan como iguales. La red peer-to-peer de bitcoin, es descentralizada.

Habiendo desarrollado la estructura fundamental de la Blockchain, es importante destacar que, si bien nació de la mano de bitcoin a efectos de posibilitarle la validación de sus datos y transacciones, es una tecnología que se ha implementado en otros sectores por los grandes beneficios que presenta, como es el caso de las escrituras inteligentes. Ello por cuanto y sin perjuicio del ámbito en el cual se la aplique, permite implementar una base de datos distribuida, pública e inmutable, todo lo cual otorga mayor seguridad y menores costos a los usuarios.

B. Elementos de las Criptomonedas

1.-Material de Constitución.

Las Criptomonedas, no tienen un soporte físico, es una versión cien por ciento electrónica del dinero. Sin perjuicio de lo afirmado, requieren de soportes tangibles y conocimientos específicos en su empleo, a los fines de poder efectuar las transacciones comerciales. Necesitan de un grado de infraestructura para operar, como electricidad, computadoras con ciertas características, adecuados sistemas de refrigeración, etc.

Lo expuesto no es exclusivo de la Criptomoneda, sino que es común a todo instrumento tecnológico. Para vincularse en éste medio y realizar transacciones, las personas deben gozar tanto de la misma tecnología, como de un grado similar de educación.

Esta moneda electrónica, se individualiza en el ciberespacio, a través de una gráfica que contiene un símbolo, nombre, y tipografía determinada, erigiéndose como la marca de la misma.

Desde el punto de vista de su material de constitución, las Criptomonedas, no se diferencian de la moneda tradicional, por cuanto ninguna goza de valor intrínseco. Incluso podría llegar a sostenerse que, es un escalón más, en la búsqueda de aquellas de una materia de bajo costo, de alta duración y difícil falsificación. Como consecuencia de lo expuesto, ambas son representativas e implican para el acreedor de la obligación, un diferimiento en la prestación.

En este punto, no es descabellado cuestionarse sobre el lugar donde se guardan o almacenan las Criptomonedas y este sitio, es la Blokchain, cuyo estudio abordaremos más adelante. Lo importante en este tramo es saber que éstas monedas, solo existen digitalmente y es en la Cadena de Bloques donde se lleva un registro de cuántas monedas le pertenece a cada dirección pública o persona.

Ahora bien, a fin de recibir, enviar y almacenar criptomonedas, se requiere de un programa denominado "billetera", "monederos" o "wallets", que es una especie de pantalla o navegador que nos permite visualizarlas e interactuar con ellas.

Una billetera se encarga de generar y guardar las claves que nos permiten usar nuestras criptomonedas. Cuando se crea una billetera, generamos un espacio donde se guardan, no

criptomonedas, sino uno o más pares de claves públicas y privadas. Son pares porque se crean de a dos y están vinculadas entre sí, a fin que no sea posible conocer la clave privada a partir de la pública pero sí viceversa. Como forma de seguridad. Estas claves no las elige el usuario ni tiene obligación de recordarlas, son generadas al azar y es el propio sistema el que individualiza a su propietario.

La clave privada, que es personal y no debe ser compartida, permite enviar las criptomonedas a otra persona, toda vez que, con ella, se firman digitalmente las transacciones. El acceso a ella, se puede obtener desde cualquier billetera que nos permita importar la clave privada, con independencia de la que hayamos usado antes.

A partir de la clave privada se genera la clave pública, y de esta se genera una dirección pública (o simplemente dirección), que es la que debemos compartir a fin que terceros nos remitan criptomonedas. Esta es la dirección que, siempre se encuentra asociada a la clave privada anterior:

Existen varios tipos de billeteras y un análisis completo de ellas excede éste trabajo, razón por la cual no referiremos, las no deterministas y las deterministas,[739] a las online y a las offline y a las web:[740]

Las **no deterministas**, también conocidas como “billeteras aleatorias”, generan claves privadas independientes, que no están vinculadas entre sí. Entonces si, por ejemplo, se quisiera tener tres direcciones, este tipo de billetera crea tres claves privadas distintas, cada una asociada a una dirección.

Esta clase de billeteras, es la que se usaba en los comienzos de bitcoin, pero resulta poco práctica ya que uno tiene que hacer una copia de seguridad de la billetera cada vez que genera una dirección nueva.

Las **deterministas**, son aquellas que primero generan una semilla y a partir de esta, generan todas las claves privadas y de allí las claves públicas (direcciones). La ventaja es que puedo utilizar la semilla, que es una palabra o conjunto de palabras, a fin de restaurar la billetera en caso de tener problemas o hacer copias de seguridad. Solo se tiene que guardar una copia de la frase de recuperación en un lugar seguro al crear la billetera. Luego, si se pierde billetera, solo se deben importar las palabras a una billetera nueva, que automáticamente generará todas las claves privadas y direcciones correspondientes a partir de la semilla. De esta forma se tendrá acceso nuevamente al dinero. En la actualidad, la mayoría de las billeteras son deterministas.

Las Online, son aquellas que se encuentra conectadas a la red en todo momento, sin importar el tipo de billetera de que se trate. Puede estar instalada en el ordenador, en el móvil o tableta que el usuario manipule todos los días o por el contrario, encontrarse en la web como páginas de internet.

Las Offline, también llamadas "billeteras en frío" o "almacenamiento en frío" o "monedero fuera de línea", son aquellas que no se encuentran conectadas a internet de ninguna forma. Su equivalente con el mundo físico, es la caja de seguridad. Guardar las criptomonedas en una billetera

739 En relación a las billeteras virtuales, también es usado el término "determinísticas y no determinísticas”. -

740 A efectos de desarrollar este punto se tomo como base "Bitcoin, guía completa de la moneda del futuro" cuyo link se copia a continuación
https://books.google.com.ar/books?id=VI6fDwAAQBAJ&pg=PA198&lpg=PA198&dq=billeteras+deterministicas&source=bl&ots=jQTx0DHGyT&sig=ACfU3U04bidgg0lLVW3Hx7umNWtiuYnZcQ&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiSgrTv8ZroAhXWG7kGHSjRBssQ6AEwCHoECAoQAQ#v=onepage&q=billeteras%20deterministicas&f=false

Offline, sería como guardar el dinero físico en una caja fuerte. Esta forma de billetera, está considerada como el mecanismo más seguro.

Las webs, son un tipo de billetera online que como su nombre indica, existen en la web y se accede a ellas como a una página normal de internet.

2.- Funciones Económicas:

2.1.- Como patrón de medida y contratación:

Las criptomonedas, forman un conjunto de signos fundados en una unidad fundamental, que sirve para cuantificar el valor de los bienes y servicio que existen en el mercado, razón por la cual, quedarían comprendidas dentro del concepto de sistema monetario.

Respondiendo a la teoría de Krapp y conforme lo afirmamos al hablar de los sistemas monetarios, fijan su valor en referencia a otro objeto. El Bitcoin, es medido vinculándolo a monedas fiduciarias, tales como el Dólar Estadounidense o euro.

Por lo expuesto, no se percibe en este punto bajo análisis, elementos que diferencien a las criptomonedas, de cualquier otro símbolo de intercambio en los mercados. No obstante, no poseen hasta el momento una institución que informe, como en las monedas físicas, el precio oficial para las criptomonedas. Lo que existe son promedio basados en datos de precios de publicados por exchangers globales.

La inexistencia de un sito oficial, podría tener su fundamento en la idea misma del sistema cripto, cual es la democratización y descentralización de la información. Es una estructura que intenta evitar la creación de células con capacidad de acaparar, disponer y manipular una porción determinada de la información minada.

En relación a su carácter simbólico, habiendo sostenido que la moneda física aun en forma indirecta, es representativa de un valor, es importante individualizar la riqueza sobre la que se asienta la Criptomoneda. En el caso del Bitcoin, es el tiempo de CPU y la Electricidad que se gasta a fin de generar un bloque.

En cuanto a las reglas que las gobiernan, las Criptomonedas, poseen protocolos que regula su creación, la forma de circulación, los métodos de validación etc. En el caso de Bitcoin, este se encuentra en un documento denominado "Bitcoin: Un Sistema de Efectivo Electrónico Usuario-a-Usuario", redactado bajo el seudónimo Satochi Nakamoto [741.]

Si bien no puede predicarse que estos protocolos son una normativa, desde el punto de vista formal, si puede afirmarse que constituyen precepto que deben respetar las personas que deciden operar dentro del sistema. Su adhesión o incorporación no es coactiva, pero una vez aceptadas las condiciones por cada individuo, son obligatorias.

A consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la Criptomoneda es patrón de medida y contratación, de bienes y servicios.

2.2.- Medio de pago. En razón de las definiciones contenidas en el art. 16 del CCC, y a efectos de poder establecer si entran dentro de la categoría de cosas, se debe analizar de forma individualizada a cada una de las criptomonedas.

741 En la actualidad, se desconoce si bajo el citado alias, hay una o un grupo de personas. Sin perjuicio de lo cual, existen conjeturas al respecto, siendo las más destacadas, Dorian Nakamoto, Nick Szabo, Hal Finney y Hellman- Merkle.

Si se toma al Bitcoin o al Solarcoin, se puede afirmar que no son cosas, por cuanto no son bienes materiales, pero se les aplica su régimen, al ser equiparables a la energía[742]. Como se consignó en párrafos anteriores, el Bitcoin se crea en razón de la energía aplicada a resolver distintos algoritmos, en tanto que el Solarcoin, es la representación de la energía solar generada.

Siguiendo las definición vertida en el Capitulo 4 "Pago", Sección Primera "Disposiciones Generales" art. 865 del CCC[743], es ajustado a derecho sostener que las criptomoneda, son un instrumento de pago, toda vez que su entrega constituye el cumplimiento de la obligación objeto de la obligación.

Si perjudicar lo sostenido en el párrafo anterior, la capacidad de cancelar la obligación que posea una criptomoneda, depende exclusivamente del acuerdo entre las partes, en virtud de que la misma no goza del carácter de curso legal. Como ya se expresara, solo la moneda emitida por el Banco Central de la República (BCRA) Argentina, tienen el carácter de Curso Legal.[744]

2.3- Capacidad de ser atesoradas, al desarrollar el punto 1 "Material de Constitución" se expresó que éstas se guardan en la Blockchain y su utilización se efectúa a través de la Billetera Virtual. Como consecuencia de lo cual, son susceptibles de ser atesoradas.

Si se observa el aumento en su cotización tanto en dólares estadounidenses como en euros, se puede sostenerse que sus tenedores, has visto incrementados sus patrimonios. Ello, sin perjuicio de advertir las profundas variaciones que se producen en su cotización.

3.- Intervención de un Gobierno.

La criptomoneda, se presenta como una solución al problema del doble gasto que genera la necesidad de un tercero confiable que, certifique las transacciones o la autenticidad de la moneda.

Propone sustituir la garantía estatal, bancaria o de cualquier tercero, por un conjunto de pruebas criptográficas que constituyen la Blockchain" o "Cadena de Bloques".

Así también, se presenta como una solución a los procesos inflacionarios, toda vez que el criterio de emisión de nuevas unidades monetarias, se encuentra prefijado. En el caso del Bitcoin, se genera nueva moneda cada vez que se mina un bloque y se pone en posesión del nodo que lo ha minado, teniendo un tope máximo de 21 millones.

Corolario de lo expuesto, es que el Bitcoin, no es emitida ni regida por autoridad alguna. Gracias a la Blockchain, el intercambio se produce entre múltiples entidades sin que una deba confiar en la otra, solo basta que éstas verifiquen la información inmutable y ordenada que en ella se registra.

Al desarrollarse la moneda representativa se sostuvo que ésta, no solo se encontraban integrada por el valor que simbolizaban, sino además por la autoridad o confianza de la cual gozaba el depositario del oro y otros metales preciosos.

Por ello, no parece descabellado afirmar que, la tecnología criptografica (blockchain) es una forma objetiva de lograr validez, es decir, de no depender de la reputación moral o profesional de un sujeto. Se elimina así, el denominado "factor humano".

742 Art. 16 C.C.C. "...Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía..."
743 Art. 865 C.C.C. "Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación".
744 Art. 31 Carta Orgánica del BCRA "Los billetes y monedas del Banco tendrán curso legal en todo el Territorio de la República Argentina, por el importe expresado en ellos..."

4.- Confianza en la Comunidad

En cuanto a la confianza, se puede sostener que la criptomoneda, tiene un mayor grado de dependencia de ella, que las monedas físicas, por cuanto no gozan de la característica del curso legal.

Por tal motivo, desde su creación, ha luchado por responder y perfeccionar los distintos mecanismos que interactúan y hacen posible el sistema, a efectos de generar el conjunto de procedimientos que culminen con su legitimidad.

Incentiva la creencia en ella, la inmutabilidad de la información almacenada en la Blockchain, el coste en su generación, su publicidad, libre acceso y privacidad. Sin perjuicio de lo cual, debe trabajar contra peligros importantes.

Es importante tener presente que, existen grandes influenciadores negativos en el precio del Bitcoin, siendo el principal entre ellos el riesgo legislativo de que un gobierno importante la prohíba o regule estrictamente. Y que la concepción ideológica a la cual responder, afecta los intereses de empresas y sectores con mucho poderío económico en el mundo.

Como se afirmó en párrafos anteriores, ésta forma de tecnología con sus nuevos dispositivos de validación de datos, (descentralizados y de gestión distribuida), responden a una sociedad que, parece haber comprendido que, la información en un solo ente o núcleo, por más honesto y eficiente que éste sea, posee un riesgo sistémico latente.

CONCLUSIÓN

"La función del intelectual consiste en convertir una buena idea, que al momento es políticamente imposible, en políticamente posible" Hayek F. A.

Del estudio efectuado a los elementos que constituyen la moneda física de creación Estatal, se observa que el elemento material que la hace tangible, va perdiendo relevancia y que tanto la persona humana se encuentra en la búsqueda de mecanismos que los protejan de las crisis cíclicas de la economía, existentes desde la Revolución Industrial y de los riesgos sistémicos actuales, productos de la interconexión del mundo globalizado.

Que la citada búsqueda, tiene por finalidad la protección del valor de cambio del dinero, la estabilidad de la economía y con ello, no sólo el sostenimiento del nivel de vida sino su mejoramiento, incluyendo a los sectores que, por diferentes motivos se encuentran excluidos.

En este contexto, no puede desconocerse que los sistemas centralistas (monopolio estatal en la emisión monetaria, curso legal, bancos centrales) no han logrado dar una respuesta satisfactoria, no sólo en países en desarrollo sino también, en aquellos considerados potencias del primer mundo.

En forma paralela a éstos fenómenos, la tecnología en su constante avance, va ofreciendo herramientas que nos posibilitan realizar actividad, hasta hace unos años impensadas. La tecnología va moldeando nuestro mundo, modificando nuestra forma de razonar en la media que va ampliando nuestro campo de acción y obliga tanto a los actores jurídicos como a los económicos, a cambiar sus paradigmas.

De éste desarrollo tecnológico surge la Criptomoneda y con ella, una forma objetiva de validación de las transacciones, es decir, prescindir de un tercer certificante. La Blockchain y su

prueba de trabajo PoW, tal vez, estén logrando mayor eficiencia en las transacciones, al eliminar errores, dar mayores garantías y reducir costos.

En cuanto a la Criptomoneda, los análisis efectuados, nos permiten afirmar que éstas son un sistema monetario, que su unidad de valor sirve como medio de pago, por intermedio del acuerdo de partes y hasta la fecha, ha venido funcionando como elemento acumulador de riqueza.

Como conclusión a todo lo expuesto, entiendo no existe impedimento alguno a fin que, el ordenamiento jurídico argentino, le otorgue a las criptomonedas la categoría de divisas extranjeras, aplicándole en consecuencia su normativa.

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA: LINEAMIENTOS PARA LA EXENCIÓN DE LA PENA

Natalia Rocío NAVARRO

Resumen: La ley 27.401 ha incorporado a nuestra legislación la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos contra la corrupción establecidos en su artículo 1. A su vez, mediante la incorporación de la exención de la pena ha pretendido incentivar a las personas jurídicas a fin de que colaboren en la prevención y denuncia de estos ilícitos mediante el cumplimiento de estrictos requisitos cuyo análisis será el objeto del presente.
Palabras claves: Responsabilidad penal de las personas jurídicas- Exención de pena- Programas de cumplimiento- Transparencia- Anticorrupción.

Abstract: Law 27.401 has incorporated into our legislation the criminal liability of the legal entity for the crimes against corruption established in its article 1. Furthermore, through the incorporation of exemption of penalties, legal entities have an incentive to prevent and report those crimes, if they have implemented a Compliance Program and carry out the other conditions established by law.
Key words: Criminal liability of legal entity – Exemption of penalties – Compliance Program – Transparency- Anti-corruption.

1. INTRODUCCIÓN

La sanción de La ley 27.401 incorporó a nuestra legislación la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas (en adelante LRPPJ) con el objetivo de dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad, y, en caso de investigaciones por la posible comisión de un delito, cooperen con las autoridades de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal.

De esta manera se ha pretendido adaptar el Sistema Penal Argentino a los estándares internacionales a los cuales se obligó al adherir a la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales firmada en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE) en el año 1997 y que entró en vigencia a partir del 9/04/2001.

Si bien con anterioridad a la sanción de la presente ley las personas jurídicas ya eran pasibles de sanciones de naturaleza administrativa contravencional o penal ante infracciones determinadas en un marco específico regulatorio, la atribución de dicha responsabilidad dependía, a su vez, de la acreditación de responsabilidad de las personas humanas que llevaban adelante tales infracciones.

La actual legislación sobre responsabilidad de las personas jurídicas trae como novedad que dicha atribución de responsabilidad no requiere necesariamente la declaración de culpabilidad de una persona humana bastando con que se hubiera acreditado que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos.

En este contexto, dada la rigurosidad que el nuevo régimen impone a las personas jurídicas, resulta importante para las mismas tener en claro las circunstancias que les permitirían eximirse de pena evitando tanto las sanciones penales como administrativas que pudieran corresponderle.

Así, el objetivo del presente es proceder a un análisis de los requisitos establecidos por la legislación para la exención de la pena, trayendo a colación brevemente los debates suscitados a raíz del factor de atribución establecido por la ley 27.401, lo que resultó determinante para la inserción del instituto bajo análisis.

Igualmente, se hará especial hincapié en los Programas de Integridad, cuya implementación ha pasado a ser fundamental para las personas jurídicas que desean contratar con la Administración Pública en especial, pero también para las personas jurídicas en general, en tanto sólo mediante su adopción podrán intentar acceder a la exención de pena si por algún motivo quedasen implicados en alguno de los delitos previstos en la Ley 27.401.

2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) es un tema que se ha debatido desde antaño en el ámbito del Derecho Penal, discusión que giraba en torno a dos posturas sobre la esencia de la persona jurídica -teoría de la ficción de Savigny y teoría de la ficción de Gierke- y también en función de las teorías de la pena, todas ellas desarrolladas durante el S. XVIII[745].

No es el propósito del presente profundizar en dicho debate si no tan solo hacer una breve mención al mismo para poder abordar el tema escogido desde una base sólida, ponderando la posición ecléctica que se le atribuye a la Ley 27.401 en relación a la postura asumida, lo que, necesariamente, tendrá consecuencias en la forma de interpretar una eventual eximición de pena de la persona jurídica.

En un primer momento, "La doctrina mayoritaria negó la RPPJ basándose en el principio *societas delinquere non potest*, y por ello, en el ámbito penal, se mantuvo la idea de que cuando los hechos delictivos se produjeran en el marco de actividades de personas jurídicas sólo se castigaba a las personas físicas que habían participado activa u omisivamente en el hecho delictivo.[746]"

Es decir, se ponderaba que las personas jurídicas actuaban a través de sus representantes y no tenían por sí, capacidad de actuación y, en consecuencia, no podían tener responsabilidad penal.

Estas posturas fueron discutidas por distintos autores, entre ellos Otto Gierke, quien desarrolló la teoría de la *reale Verbandsperson* partiendo de la base que "la personalidad del ser humano no difiere prácticamente de la concepción sostenida por los romanistas, pero toma en consideración también la realidad de la vida social. En la realidad social se encuentran expresiones vitales pertenecientes tanto a los individuos como a las personas jurídicas que tienen idéntico significado social. La misma finalidad —señala Gierke- puede tener en la vida social los mismos efectos, útiles o lesivos. Sobre la base de esa igualdad de las finalidades y de los efectos de las mismas, —sea que pertenezcan al individuo o a una persona jurídica como fenómenos de la vida social—, parece

745 GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. "Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica" en Durrieu, Nicolás y Saccani, Raúl R. Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria. Ed. La Ley, Suplemento Especial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018. Pág. 2.
746 Ibíd.

posible justificar que las personas jurídicas también son personas sociales con la misma capacidad jurídica que los individuos"[747].

En alusión a la acción del ente ideal, se dijo que "no se trata de saber si las personas jurídicas tienen capacidad de acción real, identificable con el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente si las tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifestación más de la normativización del ilícito que ya no es más causación sino imputación.[748]"

Hasta el día de la fecha, y en lo que concierne a nuestro país, no existe consenso en relación a la posibilidad de aplicar sanciones penales a las personas jurídicas girando la discusión en torno al principio de culpabilidad por el cual la pena solo puede ser la respuesta al comportamiento de un individuo.

Así, la tesis que propugna la imposibilidad de aplicar sanciones -de cualquier tipo- a las personas jurídicas se funda en la violación legal del principio de debido proceso legal, atento a que las personas jurídicas no pueden ser legitimadas pasivas de un proceso penal en función del *Societas delinquere non potest,* en la medida que se considera que el delito es una manifestación humana que solo puede ser atribuida a una persona física.

Un importante antecedente de esta postura ha quedado evidenciado en un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJN) en el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni, único miembro que consideró bien concedido el recurso extraordinario deducido y que se pronunció en relación al tema bajo análisis.

Lo hizo manifestando que, "…la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal (…) la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena.[749]"

Añadió además que, "…más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas está configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad, dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto —precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación—, negando así la base misma del juicio de reproche (…) Que tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también

747 BACIGALUPO Silvina, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Ed. Hammurabi, p. 60/61 citada por VELASCO, Ramiro. La ley 24.769 y la responsabilidad de los entes ideales. Publicado en: DJ 05/06/2013 , 99 Cita Online: AR/DOC/943/2013. Extraído de La Ley Online, U.A. 08/2/2020.

748 RUSCONI Maximiliano A., Cuestiones de imputación y responsabilidad penal en el Derecho Penal Moderno, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 118 citado por VELASCO, Ramiro, Op. Cit.

749 CSJN, "Fly Machine S.R.L."- 30/05/2006. Cita Fallos Corte: 329:1974- Cita Online: AR/JUR/1758/2006. Disponible en La Ley Online, U.A.: 8/02/2020.

individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso.[750]"

Nótese que hasta aquí no se admitía siquiera la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas por hechos cometidos por sus representantes o en su beneficio (responsabilidad indirecta o refleja). Con el tiempo, en cambio, se fue desarrollando "una creciente (y mayoritaria) corriente jurisprudencial que admitió la validez de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, por ejemplo, cuando los hechos delictivos habrían sido efectuados por dependientes o representantes legales en beneficio y en nombre de la entidad.[751]"

Ante este cambio de paradigma, comenzó a aceptarse la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de procesos por la comisión de delitos aduaneros, cuerpo normativo que específicamente ha incluido la posibilidad de que estos entes puedan no solo cometer tales delitos, si no también ser procesados por ello.

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Económico (en adelante CNAE), sala E, ha sostenido, "… con relación a la posibilidad de imputar un delito a una persona jurídica, "...en el Código Aduanero existen numerosas disposiciones legales de las que surge, inequívocamente, no sólo la posibilidad de responsabilizar penalmente por un delito a una persona de existencia ideal [actualmente persona jurídica] y, consecuentemente, de aplicarle las sanciones específicamente previstas, sino que de aquellas disposiciones surge también que, ante aquella posible responsabilidad penal, corresponde someter a aquella persona jurídica a un proceso penal..." y: "...por el Código Aduanero se prevé, expresamente, que las personas de existencia ideal pueden ser 'responsables' de un delito aduanero y, por ende, pueden ser 'procesadas judicialmente', sobreseídas, absueltas o condenadas en el marco de un proceso penal; no caben dudas en cuanto a que uno de los sujetos de aquel proceso penal deberá ser la persona de existencia ideal de que se trate...[-]" (confr. Regs. Nos. 642/00 y 313/05 de esta Sala "B").[752]"

Ante este panorama, coincido con lo sostenido por GONZÁLEZ GUERRA, en relación a que "…Determinar si las personas jurídicas serán responsables penalmente o en un plano meramente administrativo, son cuestiones que sólo pueden ser resueltas por la vía legislativa, es decir que el régimen aplicable será lo que resuelvan los respectivos sistemas jurídicos positivamente[753]", y en este sentido, la sanción de la Ley 27.401 se ha pronunciado a favor de la imputación penal de las personas jurídicas.

Como se adelantó, en el abandono progresivo de la máxima *societas delinquere non potest,* nuestra legislación fue incorporando en distintos ordenamientos, la posibilidad de imponer sanciones penales contra las personas jurídicas, citando a título ejemplificativo[754], el régimen penal aduanero (Ley 22.415, Código Aduanero, Arts. 887 y 888), régimen penal tributario (Art. 14 de la

750 Ibíd.

751 PAPA, Rodolfo G. "Los pilares y elementos estructurales de la Ley 27.401" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 16.

752 CNAE, Sala B. "Sapori e Tradizioni S.R.L. s/ infracción ley 22.415"- 22/02/2017- Cita Online: AR/JUR/6670/2017. Disponible en La Ley Online, UA: 8/02/2020.

753 GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. "Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica" DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 2.

754 Ejemplificación tomada de CARRIÓ, Alejandro y REUSSI, Maximiliano. "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 39.

ley 24.769 luego de la reforma operada por la ley 26.735 y art. 13 de la actual ley 27.430), delitos contra el orden económico y financiero (Arts. 303 a 313 del Cód. Penal que receptan las reformas producidas por la ley 26.733, particularmente arts. 304 y 313), régimen penal cambiario (Ley 19.359, art. 2º inc. f), defensa de la competencia (Ley 27.442, Capítulo VII), ley de abastecimiento (Ley 20.680, art. 8º), sistema integrado de jubilaciones y pensiones (Ley 24.241, art. 154), entre otros.

Con la sanción de la Ley 27.401 se extendió la responsabilidad de las personas jurídicas al ámbito penal. Así, y si bien en un primer momento el Proyecto de la Cámara de Diputados abarcaba todos los delitos establecidos en el Código Penal, las modificaciones del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Senadores acotaron la responsabilidad a un número limitado de delitos.

De esta manera, el artículo 1 quedó redactado en los siguientes términos:

"Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:

a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;

b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;

c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;

d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;

e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal."

Se adopta así el sistema de *numerus clausus* frente a la posibilidad de una cláusula general de atribución de responsabilidad.

La persona jurídica será penalizada tanto si los mismos son realizados directa o indirectamente, con su intervención, o en su nombre, interés o beneficio[755].

3. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESTABLECIDO POR LA LEY

Las diferentes legislaciones que han establecido sanciones a las personas jurídicas han adoptado diversos sistemas en orden a fundamentar la atribución de responsabilidad de estos entes, intentando brindar respuesta a las objeciones que las teorías denegatorias sostienen en contra de dicha atribución.

En los extremos de estos sistemas tenemos por un lado a quienes adoptan un sistema de responsabilidad objetiva[756] por el hecho de sus dependientes, lo que se conoce como modelo

755 Art. 2, Ley 27.401. Para un análisis más profundo en relación a su análisis ver CARRIÓ, Alejandro y REUSSI, Maximiliano. "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 39-52.

756 Estados Unidos ha adoptado un sistema de responsabilidad objetiva por los hechos de sus dependientes. No existe una eximición de responsabilidad en base a la culpabilidad autónoma de la persona jurídica, aunque sí se admite una morigeración de las sanciones o Deferred Prosecution Agreements o Non-Prosecution Agreements (DPA o NPA) con la

vicarial. Este modelo considera que las personas jurídicas serán responsables en la medida en que las personas físicas actúen en su nombre y beneficio, produciéndose, de alguna manera, una transferencia a la persona jurídica de su propia responsabilidad penal[757].

En la vereda del frente, se encuentra el Modelo de Autoresponsabilidad o sistema autónomo en el cual no debemos atender a la responsabilidad de la persona física que transfiere a su vez responsabilidad penal a la persona jurídica, sino a la propia responsabilidad penal de la persona jurídica, que se desprende de la existencia o ausencia de instrumentos adecuados y eficaces para prevenir la comisión de conductas delictivas en su seno[758].

La determinación del modelo seguido por la Ley 27.401 ha sido en extenso tratado por diversos autores, quienes se han declinado en general, por sostener que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley no es plenamente autónomo ni vicarial. Se trata de un modelo mixto que presenta sus particularidades y problemáticas que se irán dando en la práctica y cuyas soluciones deberán buscarse en la labor jurisprudencial de los Tribunales.

A esta conclusión llega YACOBUCCI al sostener que "De la lectura de la ley 27.401 parecería surgir una doble previsión o sistema mixto al disponerse responsabilidades de más de una forma según surge de su art. 2º, cuando el delito se realiza con intervención de la empresa o en su nombre, ese resultado disvalioso se habría alcanzado por su organización defectuosa, en tanto que al referirse a los hechos realizados en su interés o en su beneficio o si los realiza un tercero sin atribuciones de representación pero con ratificación aún tácita por parte de la empresa, parece tratarse de una responsabilidad propia. Esta última interpretación se vería ratificada con el texto del art. 6º de la ley, según el cual la persona jurídica puede ser condenada aunque no se haya identificado o juzgado a la persona humana que intervino siempre que pueda establecerse que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos societarios.[759]"

En el mismo lineamiento se pronuncia PAPA[760] al manifestar que la solución impuesta por la ley 27.401 "oscila entre una transferencia de responsabilidad originada en el hecho cometido por una persona humana determinada, por un lado, y por un hecho propio en los que se atribuye responsabilidad a la persona jurídica como tal por sus propias acciones, por el otro."

Como puede verse, el tinte de "autoresponsabilidad" viene dado por la incorporación del artículo 6, por medio del cual se ha consagrado la independencia de acciones, en los siguientes términos: *"Independencia de las acciones. La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica."*

fiscalía (GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. "Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 2.)

757 KPMG Abogados, "¿Responsabilidad penal vicarial o autorresponsabilidad de las personas jurídicas?" Economía 3, 10/08/2016. Disponible en: https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/ U.A.: 09/02/2020.

758 Ibíd.

759 Yacobucci, Guillermo J., "La empresa como sujeto de imputación penal", en LL del 27/11/2017, 1, cita online AR/DOC/3034/2017 citado por ROBIGLIO, Carolina. "Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance....Op. Cit. Pág. 56.

760 PAPA, Rodolfo G. "Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401" DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance, Op. Cit. Pág. 17.

No obstante, debe recalcarse que la introducción de este artículo no importa la adopción de un sistema de responsabilidad puramente subjetivo o autónomo -basado en el déficit de la organización- como tampoco exclusivamente vicarial u objetivo, en tanto la persona jurídica no responde por cualquier actuación de las personas físicas.

Así, la modificación al proyecto original remitido por el Poder Ejecutivo que había incluido como factor de atribución el sistema basado en el "déficit o culpa de la organización" trajo importantes consecuencias, especialmente en materia de eximición de pena, que es el tema central aquí desarrollado.

Ello desde que, "la falta de vigilancia de la persona jurídica no se ha establecido como parte integrante del tipo penal, sino que tales mecanismos de vigilancia, de darse todos sus requisitos, se establecen como un supuesto de exención de la pena, es decir se analiza con posterioridad a la configuración del delito. Teniendo en cuenta, adicionalmente, que al tratarse de un supuesto de eximición de la punibilidad, la prueba de su efectiva implementación se encuentra a cargo de la persona jurídica, y no sobre la acusación, mientras que, de haberse considerado parte del tipo penal, la carga de la prueba hubiera recaído efectivamente sobre la fiscalía que hubiera tenido que demostrar la existencia e ineficacia del sistema de auto-vigilancia, para tener por acreditado el delito.[761]"

4. LA EXENCIÓN DE LA PENA

Antes de ingresar al análisis de la exención de la pena en nuestra legislación, comenzaré por un análisis de dicho instituto en el Derecho comparado. Así, podremos observar de que manera, la adopción de un sistema de atribución de responsabilidad determinado tiene importantes consecuencias en las posibles exenciones de penas o morigeración de sanciones, y en los requisitos que se establecen para ello.

En el caso de Chile, a partir del dictado de la ley 20.393 rige la atribución subjetiva de responsabilidad penal de la persona jurídica por inexistencia o deficiencia en los programas de integridad para prevenir la comisión de delitos -responsabilidad por defecto de organización-.

Es por ello que su legislación "prevé que la persona jurídica pueda ser exonerada de responsabilidad u obtenga una atenuación si llegara a demostrar que cuenta con un programa de prevención. También incorpora la posibilidad de obtener una certificación que acredite la adopción e implementación de un modelo de prevención, con vigencia por dos años, emitido por empresas auditoras externas. Por su parte, la doctrina entiende, que dicha certificación operaría como una presunción respecto de la adopción e implementación del modelo de integridad, susceptible de ser desvirtuada por el Ministerio Público.[762]"

En España, se "incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Código Penal mediante la sanción de la Ley Orgánica 5/2010 para determinados delitos cometidos. Cinco años después se produjo una reforma integral al Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015. En dicha reforma se reguló la exclusión de responsabilidad cuando se cumplen ciertas condiciones que, en caso de no darse en su totalidad, sirven para la atenuación (…) La persona jurídica puede reducir la

761 Ibíd, p. 19.

762 GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. y TAMAGNO, María José. "Ley de responsabilidad penal de la persona jurídica" DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 6.

graduación de la pena o directamente eximirse responsabilidad para el caso que demuestre una implementación adecuada de un programa de cumplimiento.[763]"

Brasil, en cambio, se ha inclinado por una responsabilidad objetiva mediante el dictado de la ley 12.846/2013, circunstancia que limita una posible exención de pena de la persona jurídica. No obstante ello, ha previsto la posibilidad de firmar "Acuerdos de Clemencia" con el fin de eximir o mitigar las sanciones administrativas que pudieran corresponder a las Personas Jurídicas. Los mismos han sido reglamentados mediante el Decreto 8420/2015 y requieren la cooperación en la investigación de un acto ilícito específico, la suspensión de su participación en el mismo, la confesión de su participación en la infracción administrativa y la proporción de información, documentación y evidencia[764].

La implementación de Programas de Integridad, por su parte, también será tenida en cuenta al determinar las sanciones que se aplicarán. Los criterios de evaluación de estos Programas de *Compliance* también fueron establecidos mediante el Decreto 8420/2013[765].

Argentina, por su parte, con la sanción de la ley 27.401 ha adoptado un sistema de atribución de responsabilidad "mixto" según lo reseñado en los puntos anteriores. De allí que exista la posibilidad de exonerarse de la pena que pudiera corresponderle si cumple con los requisitos establecidos por el artículo 9:

"Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;

b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido."

Como sostiene con acierto PAPA, "El texto en su versión inicial no brindaba incentivos a las empresas que hubieran implementado un programa de integridad, toda vez que en ningún caso se había previsto la posibilidad de eximirlas de sanción, a diferencia de lo que prevé el art. 9º de la ley 27.401.[766]".

No obstante, la inclusión de la posibilidad de eximirse de pena mediante la implementación de Programas de Integridad -llamados indistintamente en el presente también como Programas de *Compliance*- guarda relación con la fundamentación del dictado de la norma, esto es, dotar de mayor eficacia a las políticas de prevención y lucha contra la corrupción a través de la generación de incentivos para que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos contra la Administración Pública por medio de la implementación de Programas de Integridad, y, en caso de

763 Ibíd.

764 AYRES, Carlos. "Brasil: Normativa de Compliance destacada" en SACCANI, Raúl R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo II, p. 356.

765 Ibíd, p. 348.

766 PAPA, Rodolfo G. "Los pilares y elementos estructurales de la Ley 27.401" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 15.

investigaciones por la posible comisión de un delito, cooperen con las autoridades, de manera de coadyuvar a una mayor eficacia en la aplicación de la ley penal[767].

Ahora bien, el incentivo de alcanzar la eximición de la pena requiere que los tres requisitos se den en forma simultánea, motivo por el cual procederé a un análisis por separado de cada uno de ellos, dejando para el final el tratamiento del inciso b) -Implementación de Programas de Integridad- por la mayor profundidad que requiere el análisis del mismo.

4.1. LA AUTODENUNCIA

El primer requisito establecido por el artículo 9 inc. a) ya transcripto precisa que la persona jurídica espontáneamente haya denunciado un delito previsto en la ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna.

Hay autores que desdoblan este inciso en dos requisitos, que la autodenuncia se realice de manera espontánea, y que la misma sea consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna[768].

Cualquiera sea el modo en que la letra del inciso sea analizada, lo cierto es que de su redacción se generan una serie de interrogantes que irán teniendo respuesta a medida que se desenvuelva la labor jurisprudencial en relación a este tema: el momento oportuno en que debe realizarse, la forma en que se ha llegado a su conocimiento, la persona que devela la información ante las autoridades, etc.

En primer lugar, la denuncia de un delito previsto en la ley debe ser espontánea, es decir, sin que medie ninguna actividad judicial o investigativa del poder público por medio de la cual se hubiera tomado conocimiento de tales ilícitos. De esta manera, la exención funciona como un verdadero incentivo a fin de que las personas jurídicas no esperen a que el delito sea de conocimiento de la autoridad si no que, evitando un dispendio innecesario de recursos, se avenga a "confesar" dicho delito, a fin de lograr una eximición de la pena si se acredita el cumplimiento del resto de los requisitos.

La autodenuncia no debe ser confundida con la colaboración o los Acuerdos de Colaboración Eficaz regulados en el artículo 16 de la ley 27.401. "La colaboración en cambio -que puede darse o no en conjunto o de manera sucesiva a una autodenuncia- es una circunstancia que debe ser analizada por separado. Presupone una investigación penal en curso (es decir, el hecho ya ha sido descubierto por las autoridades, por la vía que sea). E implica que en esa investigación una persona perseguida (física o jurídica, según regímenes y condiciones distintas), esperando a cambio un beneficio, aporte a la investigación información o pruebas que la perjudicarán (porque permite que avance la investigación en su contra). Y que esta información o pruebas le parezcan al fiscal útiles para esclarecer los hechos, hacer cesar su comisión o efectos adversos, o individualizar o detener a posibles implicados.[769]"

Ahora bien, dicha autodenuncia debe provenir de una actividad propia de detección e investigación de la empresa. En este sentido, MONTIEL realiza una "distinción fundamental de

767 Considerandos del Decreto 277/2018 del 05/04/2018, reglamentario de la ley 27.401.

768 DIURREI, Nicolás. "La autodenuncia y otras exenciones de pena" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 141.

769 MARTÍNEZ, Diego. "EL DILEMA DEL "SELF DISCLOSURE": LAS EMPRESAS ARGENTINAS FRENTE A LA AUTODENUNCIA POR CORRUPCIÓN" en Centro de Gobernabilidad y Transparencia. Disponible en: https://www.gobernabilidadytransparencia.com/2018/04/23/el-dilema-del-self-disclosure-las-empresas-argentinas-frente-a-la-autodenuncia-por-corrupcion/ U.A.: 09/02/2020.

investigaciones internas: investigaciones internas *prejudiciales* e investigaciones internas *parajudiciales*. En los arts. 8 y 9 las investigaciones deben dar lugar a una denuncia espontánea de la empresa, esto es, una denuncia que no haya estado movilizada por una acción previa del Estado (intimación, denuncia, etc.). Con ello, los (indirectos) efectos benéficos de las investigaciones internas se refieren a las de carácter *prejudicial.* Esto constituye un premio para la persona jurídica que, en lugar de especular hasta ver si la ilicitud llega hasta los estrados judiciales, se pone espontáneamente a disposición de la Justicia. Puesto que en este último caso se aprecia en la persona jurídica una conducta más fiel a la legalidad, resulta acertada la decisión del legislador de favorecerla punitivamente.[770]"

DURRIEU considera que la alusión a una "actividad propia de detección" limita a mecanismos internos de la empresa como una auditoría o un canal de denuncias. "No obstante, ello no quita que se permita obtener dicha información a través de terceros, siempre y cuando sea a través de los canales establecidos que la sociedad tenga constituidos, de acuerdo a su programa de cumplimiento. Para ello, si bien no es obligatorio, cobra especial relevancia contar con una línea de denuncias anónimas abierta a terceros (punto III del art. 23).[771]"

Por lo general, el desarrollo de esta actividad investigativa interna va de la mano de la implementación de un Programa de Integridad conforme lo establece el art. 9 inc. b). Ello desde que es un elemento esencial en los mismos un sistema de investigación interno que permita detectar incumplimientos al Código de Conducta o Código Ético de la empresa, y dichos códigos se refieren tanto al cumplimiento de las normas y reglamentaciones legales, como también a aquellas que hacen a la cultura organizacional y valores de la entidad.

Además, y siendo la implementación de estos Programas un requisito para acceder a la eximición de la pena, en los casos que se opte por realizar la autodenuncia de un ilícito probablemente se contará con un Programa que hubiera permitido su detección con anterioridad a las autoridades y que tenga además establecidos los procedimientos de como proceder en estas situaciones, todo lo cual permitirá colocar a la persona jurídica en una situación ventajosa en orden a obtener efectivamente la eximición de la pena.

Tal como señala DURRIEU, en alusión al tratamiento legislativo de la norma bajo análisis, "se pensó que la autodenuncia era una demostración objetiva de que el programa de integridad se encontraba implementado de manera adecuada en la entidad, sin tener que recurrir a la discrecionalidad del juez o fiscal.[772]"

De allí que se considere con acierto que el diseño de un programa de integridad debe contemplar que, frente a un delito detectado internamente brinde suficientes herramientas para darle un abordaje inmediato, integral y especializado desde las perspectivas disciplinaria, penal, civil, contractual y reputacional y que permita evaluar rápidamente el curso de acción más adecuado (autodenuncia y deslinde de responsabilidades o remediación interna y confidencial)[773].

770 MONTIEL, Juan Pablo. "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 82.

771 DIURREI, Nicolás. "La autodenuncia y otras exenciones de pena" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 143.

772 Ibíd. Pág. 143.

773 MARTÍNEZ, Diego H. "La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 292.

4.2. DEVOLUCIÓN DEL BENEFICIO INDEBIDO

El inciso c), a su vez, dispone como requisito para la exención de la pena la devolución del beneficio indebido obtenido.

En relación a este requisito, y en primer lugar, cabe aclarar que el art. 9º no establece que debe ser concomitante con la denuncia la devolución del beneficio obtenido. "Al respecto, cuando habla que a fin de eximirse de pena la persona jurídica es necesario que los requisitos "concurran simultáneamente", se refiere a la procedencia del instituto, pero no impide que difiera en el tiempo la devolución. Ello resultará lógico ya que será de difícil determinación *a priori* el beneficio obtenido o intentado. Es más, en los casos complejos el pago debería estar supeditado a lo que en definitiva determine la pericia de los peritos oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en el caso que sea federal).[774]"

Ello en virtud de que el beneficio indebido obtenido no es fácilmente calculable ni se equipara, por ejemplo, a las sumas involucradas en la comisión de uno de los delitos tipificados en el art. 1 de la ley, si no que podría ser mayor o incluso menor o inexistente.

En este sentido, resulta acertada la observación de MARTÍNEZ en relación a la determinación del beneficio indebido: "como habrá de calculárselo, a los efectos de su devolución, y qué sucederá cuando no haya un beneficio para devolver, son cuestiones que también pueden despertar interrogantes y poner en peligro la posible exención basada en autodenuncia y *compliance*.[775]"

Quizás resulte importante tener en cuenta que, según el artículo 7, inciso 1, una de las penas aplicables para a las personas jurídicas será una multa de dos a cinco veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiera podido obtener.

El modo en que dicha se pena se calculará en la práctica podrá ser aplicado también al inciso bajo análisis, debiendo, también ante los interrogantes generados en este punto, aguardar los lineamientos jurisprudenciales que se vayan creando a partir de la aplicación de la norma a los casos concretos.

4.3. IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTROL Y SUPERVISIÓN ADECUADO

Finalmente, el inc. b) del artículo 9 establece la necesidad de haber implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de dicha ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito.

Vemos así nuevamente la aplicación de un sistema mixto de responsabilidad, donde el modelo objetivo de atribución de responsabilidad se ha visto atenuado mediante la inserción de circunstancias que permitirían eximir de pena a la persona jurídica que contaba con programas de control idóneos en los términos establecidos por la legislación y reglamentación aplicable.

"A la ley 27.401 no subyace una lógica de "castigo absoluto" de la persona jurídica que comete como autor o como partícipe alguno de los delitos plasmados en su art. 1º, esto es, no prevé castigar a la persona jurídica siempre que ella aparezca involucrada en esos delitos. Más bien, la lógica de la ley parece ser que la empresa únicamente va a responder penalmente cuando el delito deje

774 DIURREI, Nicolás. "La autodenuncia y otras exenciones de pena" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 141.

775 MARTÍNEZ, Diego H. "La evaluación de los programas de integridad. La posible interpretación y aplicación de los arts. 22 y 23 de la ley 27.401 en el ámbito del proceso penal" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…. Pág. 293.

interpretarse como el *output* de una organización defectuosa o bien cuando pueda retrotraerse ese delito a una conducta negligente o dolosa de la persona jurídica. Diferentes pasajes de la ley dan cuenta de ello.

Ello sucede especialmente respecto a los sistemas de integridad que cumplen con los estándares fijados en los arts. 22 y 23, dado que la comisión de alguno de los delitos del art. 1º no obsta a que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad penal cuando se dispone de un sistema de integridad idóneo.[776]"

Como podemos ver, el artículo 9, inc. b), nos remite necesariamente al análisis de los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401, lo que a su vez nos remitirá a la reglamentación y lineamientos dictados en consecuencia. Así, tenemos en primer lugar que el artículo 22 del Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas establece:

"Programa de Integridad. Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley.

El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación."

Aunque de la redacción de la norma se deduce que la implementación de los programas de integridad es meramente facultativa, en virtud del artículo 24, la misma se torna obligatoria para aquellas personas jurídicas que contraten con el Estado nacional en el marco de los contratos allí definidos[777].

Asimismo, su implementación se torna obligatoria para que resulte procedente la exención de la pena prevista en el artículo 9. De allí que, en la práctica, debería existir interés por todas las personas jurídicas en crear un sistema de control y supervisión que les permita acceder a este beneficio de darse las circunstancias previstas.

El segundo párrafo del artículo transcripto contiene ciertos lineamientos a tener en cuenta en la implementación de un Programa de Integridad, mientras que el artículo 23 se centra en el contenido del mismo, diferenciando elementos "obligatorios" de los "voluntarios", aunque dicha distinción es objeto de múltiples críticas.

Asimismo, mediante el Decreto 277/2018 se delegó en la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecer los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la mencionada ley.

776 MONTIEL, Juan Pablo. "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit.. Pág. 74.

777 LEY 27.401. ARTÍCULO 24.- Contrataciones con el Estado nacional. La existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que:

a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y

b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos.

En consecuencia, con fecha 1/10/2018[778] la Oficina Anticorrupción, en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, elaboró dichos lineamientos, los que fueron aprobados mediante la Resolución 27/2018 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción.

Estos lineamientos, elaborados a partir de los aportes de los ciudadanos y de expertos en la materia, pretenden ser una guía técnica a empresas, organizaciones de la sociedad civil, otras personas jurídicas, agencias estatales, operadores del sistema de justicia, etc. a fin de que cuenten con herramientas de interpretación que permitan ajustar su estructura y sus procesos a efectos de prevenir, detectar y remediar hechos de corrupción, así como para implementar Programas de Integridad adecuados y evaluarlos de acuerdo a pautas técnicas objetivas[779].

Conviene comenzar el análisis de este requisito especificando que se entiende por Programas de Integridad -Programas de Cumplimiento o Programas de *Compliance*- y el alcance que ha pretendido darle nuestra legislación al establecer grandes incentivos para su implementación en el seno de las personas jurídicas.

"Se define a los programas de cumplimiento como el conjunto de esfuerzos sistemáticos realizados por los integrantes de una empresa para asegurar que las actividades de la misma sean llevadas a cabo sin vulnerar la legislación aplicable. El programa de cumplimiento debe tender a que la empresa no reciba sanciones, mediante la reducción de conductas delictivas en el desarrollo de la actividad comercial y se realiza a través de un plan para actuar con estricto apego a la legalidad y estableciendo un adecuado sistema de monitoreo de su cumplimiento.[780]"

En el Derecho Comparado su implementación no resulta novedosa, mientras que en nuestro país, se limita a multinacionales y empresas que deben contar con el mismo en forma obligatoria, ya sea por quedar abarcadas por reglamentación específica o por tratarse de empresas que contratan con el Estado Nacional en las condiciones establecidas en el artículo 24 de la ley 27.401.

Con la sanción de la presente ley, y aunque su incorporación no es obligatoria -salvo para quienes deseen contratar con el Estado Nacional-, se ha pretendido crear un incentivo para la implementación de Programas de Integridad en tanto contar con él es requisito indispensable para la exención de la pena que podría caberle a la persona jurídica y también para intentar llegar a un Acuerdo de Colaboración Eficaz (art. 16 y ss. de la ley 27.401).

Asimismo, la incorporación de este tipo de Programas fomenta el cumplimiento normativo -conocido como *Compliance*- entendido no solo como cumplimiento de la legislación vigente que le resulta aplicable a la empresa -derecho positivo, identificado como *Hard law*-, sino también de aquellas normas que integran el llamado *Soft Law.*

Por *Soft Law* generalmente se entiende el conjunto de normas, principios y valores que una entidad decide cumplir en forma "voluntaria" y que, en la mayoría de los casos, integra su Código Ético o de Conducta. También se lo identifica como las recomendaciones o buenas prácticas

778 Fecha de emisión. La fecha de publicación fue 4/10/2018.

779 Considerandos del Decreto 27/2018 de la Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción de 1/10/2018.

780 Artaza Varela, Osvaldo, "Programas de cumplimiento", en Mir Puig, Santiago - Corcoy Bidasolo, Mirentxu - Gómez Martín, Víctor (coord.), Responsabilidad de la Empresa y Compliance, BdeF, 2014, ps. 231-271, p. 237 citado por ROBIGLIO, Carolina. "Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales" DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 69.

imperantes en la materia -Normas ISO, Guías de buenas prácticas, *Integrity Compliance Guidelines*, etc.-.

En la práctica, se produce una yuxtaposición del *Hard Law* y del *Soft Law*, tendiendo el *Compliance* o Cumplimiento Normativo a crear una cultura de cumplimiento en todos los miembros de la empresa desde las mas altas a las mas bajas jerarquías, en el entendimiento de que fomentar el respeto de los valores de la compañía incidirá en el acatamiento de las leyes y regulaciones.

A ello debe añadirse que los Programas de Integridad, no son solo un conjunto de medidas tomadas por la empresa para la prevención de la comisión de delitos en su interior, sino que también funciona como un esquema de detección y reacción frente a la comisión de aquellos. De allí que las actividades proactivas de la empresa frente a la alerta de comisión de un comportamiento delictivo en su esfera de competencia pueden configurar un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal del ente[781].

Ahora bien, debemos partir de que los riesgos de incumplimiento a los que cada empresa se expone variarán según el tipo de actividad que realice dado que hay sectores más o menos regulados, también dependerá de su tamaño, el número de empleados que posea, la sociedad en que se encuentre inserta, el grado de desarrollo de un Programa de Integridad y la eficiencia del mismo, de contar con uno.

Por supuesto, que el Programa de Integridad de una PyME no resultaría adecuado para una multinacional que cotice en bolsa y que realice contrataciones millonarias con el Estado en el marco de licitaciones públicas. De igual manera, la aplicación mecánica del Programa de Integridad en forma inversa resultaría igual de inadecuado.

No se trata pues de contar con un Programa extenso y complejo, sino que, tal como la ley ha dispuesto, de que el mismo sea "adecuado" según la actividad que desarrolle cada empresa.

Dicho parámetro será objeto de apreciación judicial y dependerá de la prueba que se rinda en el caso concreto. Así, y más allá de que ello puede dar lugar a ciertas arbitrariedades, lo real y cierto es que es imposible diseñar un Programa que resulta lo suficientemente laxo para adaptarse a todas las personas jurídicas abarcadas por la ley.

De por sí, "la existencia de un sistema de integridad es un dato que genera la presunción *iuris tantum* de que la persona jurídica se encuentra correctamente organizada o, al menos, organizada de tal manera que no resulta sencillo a las personas físicas cometer delitos.[782]"

No obstante, y tal como sostiene ROBIGLIO, "Debe tenerse en cuenta que ante la comisión de un delito, la mera existencia de un programa de cumplimiento no habilita a deslindar responsabilidades que en verdad se tienen. Por tal razón en cada caso será necesario ponderar adecuadamente el manual en función de su contenido contrastado con las particularidades de la empresa, ya que, por ejemplo podría haberse adoptado un programa que prevea unos controles sólo aparentes, en cuyo caso, no cumpliría con su cometido...[783]"

781 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. "El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 93.

782 MONTIEL, Juan Pablo. "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 75.

783 ROBIGLIO, Carolina. "Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance… Op. Cit. Pág. 93.

Para evitar estos "Programas de papel", mediante los artículos 22 y 23 de la Ley 27.401, y su reglamentación mediante el Decreto 277/2018 y la Resolución 27/2018, se ha pretendido brindar a los destinatarios de la ley, así como a los Jueces, directrices claras para su implementación y valoración judicial respectivamente a fin de determinar si el mismo es "adecuado" de conformidad a la exigencia del art. 9 inc. b) de la LRPPJ.

Es por ello que a continuación se analizarán los criterios y elementos mencionados por dichos artículos, siguiendo el orden establecido por la legislación, aunque no se comparta el método de clasificación empleado en la misma como se explicará en el desarrollo del siguiente apartado.

4.3.1. LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 22 DE LA LEY 27.401

En primer lugar, el art. 22 de la ley 27.401 comienza definiendo los Programas de Integridad como el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por dicha ley.

En este punto, y tal como se expuso en el apartado 4.3., los programas de cumplimiento persiguen algo mas que el mero acatamiento del derecho positivo. Para comprender los mismos de manera integral debemos ubicarnos en un contexto de ética empresarial, donde la implementación de *Compliance* se realiza no sólo por una exigencia normativa, si no por el convencimiento, a nivel organizacional, de que el cumplimiento normativo -en su interpretación amplia- redundará en beneficio no sólo de la organización si no también de la sociedad -responsabilidad social empresaria.

Incluso pensándolo más allá del *Compliance Ético*, la implementación de estos sistemas trae aparejado innumerables ventajas para las personas jurídicas, "tales como una mejor reputación en el mercado, una mayor integridad y transparencia interna, mejores herramientas para controlar el fraude interno y desarrollar estrategias de sostenibilidad, un compromiso más fuerte de los trabajadores con los intereses de la compañía, una mayor atracción de recurso humano de calidad, una mayor competitividad y eficiencia, entre muchos otros.[784]"

Continúa el mencionado artículo disponiendo que el programa de integridad a implementarse deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.

Este artículo debe ser analizado ponderando el carácter de "adecuado" que requiere el art. 9 inc. b) para que proceda la exención de la pena. Sólo si se cumple con estos criterios y, además, se incluyen los elementos obligatorios del art. 23 primera parte, la persona jurídica puede aspirar al beneficio de la exención.

De esta manera, la reglamentación ha brindado nociones generales sobre estas pautas, debiendo siempre tenerse presente que la efectiva implementación variará de empresa a empresa teniendo en cuenta justamente los parámetros a analizar:

a. **Riesgo:** El riesgo ha sido definido como la posibilidad de que ocurra alguna de las conductas delictivas previstas en el artículo 1 de la Ley. En consecuencia, se recomienda diseñar el Programa considerando tanto la posibilidad de ocurrencia como al impacto potencial asociado a ello. La determinación de los riesgos y su posible configuración concreta es tomada como un paso previo

784 OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Lineamientos para la implementación de Programas de Integridad. Ley 27.401. Responsabilidad penal de Personas jurídicas. Ed. SAIJ, febrero del 2019. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.bibliotecadigital.gob.ar Pág. 22.

decisivo para el diseño del Programa. La reglamentación proporciona Indicadores de riesgos que pueden servir de guía o parámetro para el mapeo inicial de riesgos.

b. **Dimensión:** En relación a esta pauta la reglamentación se ha limitado a mencionar variables que deben ser tenidas en cuenta para el diseño e implementación del Programa: complejidad de la organización interna, configuración de las funciones de los diversos mandos, cantidad de trabajadores, dispersión de sedes, etc. Sin embargo, no ha dado pautas objetivas que permitan catalogar una empresa como de mayor o menor talla, y en consecuencia, determinar que es lo esperable de cada una en razón de este criterio.

c. **Capacidad económica:** Al igual que en la pauta anterior, la reglamentación se limita a manifestar que a mayor capacidad económica mayores exigencias en virtud de sus posibilidades de acceder a servicios de profesionales y de costear un Programa sofisticado y complejo. También menciona variables (patrimonio neto, facturación y resultados de cada ejercicio), pero no delimita una distinción de personas en virtud de montos determinados.

Como puede deducirse, estos preceptos resultan fundamentales para poder valorar un sistema de *compliance*, pero especialmente para concluir si este sistema es lo suficientemente sólido como para habilitar la exclusión de pena. No obstante, no es mucha la luz que la reglamentación ha arrojado en relación a estos criterios, limitándose a exponer conclusiones que en materia de *Compliance* son bien conocidas por sus operadores.

En consecuencia, deberemos esperar a que judicialmente se analice el carácter "adecuado" de un Programa de Integridad para poder definir, en virtud de estos criterios, y mediante un método comparativo, si éstos guardan relación con los riesgos, dimensión y capacidad económica de una empresa determinada.

4.3.2. ELEMENTOS DE UN PROGRAMA DE INTEGRIDAD

Como adelanté, la ley ha diferenciado entre elementos que obligatoriamente deben estar presentes en un Programa de Integridad, de aquellos cuya inclusión es voluntaria pero que, en definitiva, serán necesarios para que el mismo pueda calificar como "adecuado" en los términos de la legislación (art. 9 inc. b, Ley 27.401).

Por supuesto que, llegado el caso, será necesario someter el mismo a un análisis judicial a fin de que se determine si el requisito se encuentra cumplido a los fines de proceder a la exención de la pena que pudiera corresponderle.

Para una mejor exposición seguiré la estructura de la norma en el análisis de los elementos de un Programa de Integridad, aunque la distinción entre elementos obligatorios y voluntarios merece una crítica en tanto no se condice con la realidad en la implementación de los mismos. Si bien ello será analizado en cada caso en particular, puedo adelantar que el establecimiento de un Oficial de Cumplimiento, sistemas de investigación, canales de denuncia, o análisis periódico de riesgos son elementos esenciales de un Programa de Integridad y que deberán cumplirse, no porque la ley los imponga obligadamente, si no porque será muy difícil que puedan considerarse adecuados si no cuentan con tales elementos.

4.3.2.1. Elementos obligatorios:

Comienza el artículo 23 de la Ley 27.401 estableciendo en su primer párrafo los elementos que el Programa de Integridad **debe** contener, es decir, obligatoriamente. Aunque ello debe analizarse a la luz de lo expuesto precedentemente, resultando legalmente obligatorios, pero no necesariamente indispensables en un Programa de Integridad.

A los fines de su tratamiento, procederé a tratar cada uno de manera separada, aclarando que el profuso desarrollo que cada uno de ellos tiene me impide su tratamiento en profundidad dada la finalidad del presente, remitiendo al lector a las fuentes aquí citadas para un estudio más completo del tema.

a. Un Código de ética o de conducta:

El primer elemento mencionado en el inciso a) del artículo 23 consiste en *"Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley".*

Considero necesario partir el análisis de este elemento diferenciando el Código de Ética o de Conducta del Programa de Integridad en sí, dado que es usual que los mismos sean equiparados o se considere que una empresa cuenta con un Programa de Cumplimiento por el solo hecho de contar con un Código Ético cuando en realidad este es tan solo un elemento más de estos Programas que ninguna relevancia tendría en la práctica si no se dieran el resto de los elementos que permitirían alcanzar los objetivos perseguidos mediante su implementación.

Un Código de Ética suele agrupar en un solo documento las políticas de integridad generales aplicables a todos los miembros de una empresa, e incluso, también a terceros. Aunque esto último suele depender de la dimensión e importancia de una empresa, lo que le permitirá imponer sus valores y principios a aquellas personas con las cuales se relaciona.

Tal como expresa la reglamentación, este documento suele contener: los valores de la organización, pautas éticas que guíen el obrar de todos los integrantes, prohibiciones claras y expresas de los comportamientos indebidos, sanciones en caso de incumplimiento. Aunque añade expresamente que, "como base mínima para resistir una evaluación crítica a la luz de la Ley N° 27.401, su simple lectura debe permitir afirmar que contempla suficientemente los riesgos asociados a los delitos del artículo 1.[785]"

b. Reglas y Procedimientos específicos:

El segundo elemento mencionado como obligatorio por la legislación consiste en *"Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público".*

En este punto, la redacción de la norma ha pecado de limitada o sectorizada. Un Programa de Integridad adecuado debería contar con reglas y procedimientos que permitan prevenir ilícitos en general, o, si se quiere, al menos los tipificados por el artículo 1.

En este sentido ha observado correctamente la reglamentación que estas reglas y procedimientos deberían cubrir toda infracción relevante con el sector público, o, para ser más precisos, con sus integrantes.

Por lo tanto, la existencia de este elemento incluirá una política de regalos y hospitalidades, que por lo general integrarán el Código Ético, aunque nada obsta a que se regule detalladamente en un documento independiente que cuente con la debida publicidad y circulación, sobre todo en el

785 OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Lineamientos… Op. Cit. Pág. 41.

marco de actividades en que la interacción con el sector público es alta, y en consecuencia, mayor es la exposición a los riesgos de cometer esta clase de ilícitos.

Igualmente, pueden implementarse procesos en el marco de estas interacciones que limiten la discrecionalidad o la actuación individual de una determinada persona o sector. Aunque ello guardará relación con los procedimientos de auditoría y monitoreo que por lo general son parte integrante de estos Programas.

c. Capacitaciones periódicas:

El último requisito coercitivo consiste en *"La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados."*

Nos encontramos aquí con un elemento esencial para el éxito de un Programa de Cumplimiento. Así como no puede esperarse que el mismo alcance gran desarrollo en el marco de una empresa que no cuente con un mínimo de cultura de cumplimiento desarrollado, no puede pretenderse que los miembros de la empresa se involucren, cumplan, participen e implementen un Programa cuyo funcionamiento no conocen.

No se trata de presentar el Programa de Integridad en forma teórica o en un mero "acto inaugural" del mismo, si no de que, y en este punto es asertiva la reglamentación, las capacitaciones deben ser algo más que una mera transmisión de conocimientos. "Para ser efectiva, debe estar focalizada en valores, asegurando su efectiva comprensión e internalización por los integrantes, evitando convertirse en una mera divulgación de contenidos[786]."

Y en este sentido ningún colaborador queda exento de participar de estas capacitaciones, ya que, como la propia ley lo exige, las mismas deben estar dirigidas a directores, administradores y empleados, debiendo ponerse especial énfasis, a mi entender, en los mandos altos y medios (*tone at the top* y *tone at the middle)*, que es donde suelen concretarse los delitos tipificados por la norma.

Debemos añadir que estas capacitaciones deben ser periódicas, en el entendimiento de que el Programa de Cumplimiento se integra a la vida de una empresa en forma dinámica y activa, motivo por el cual los procesos se irán profesionalizando y adquiriendo mayor complejidad, lo que requerirá a su vez que el plantel pueda seguir estos avances para evitar un desfasaje que torne inadecuado el Programa.

4.3.2.2. Elementos Voluntarios:

En el siguiente párrafo, el artículo menciona elementos que **podrán** estar presentes en un Programa de Integridad, dotándolos de un carácter un tanto voluntario que en nada se condice con la importancia que los mismos revisten en un Programa de Integridad.

a. El análisis de riesgo y la consecuente adaptación del programa de integridad

Hemos expuesto que el riesgo propio de la actividad desplegada por la persona jurídica será un criterio a tener en cuenta al momento de implementar un Programa de Integridad. En consecuencia, no será posible prescindir de un análisis de riesgo, tanto en forma previa a su diseño e implementación como también en forma periódica, en el marco de su monitoreo y revisión.

786 OFICINA ANTICORRUPCIÓN, Lineamientos… Op. Cit. Pág. 48.

Así, y tomando el procedimiento desarrollado en extenso por PAGANO[787], el proceso de evaluación de riesgos importa seis etapas bien diferenciadas: 1) La identificación de riesgos; 2) El desarrollo de criterios de evaluación; 3) La evaluación de riesgos; 4) La evaluación de las interacciones de riesgo; 5) El establecimiento de prioridades de riesgos según la exposición; y 6) La respuesta a los riesgos.

Por supuesto, el desarrollo de cada una de estas etapas excede el presente, limitándome a señalar que aun cuando su determinación varía de autor a autor, lo importante, y que en definitiva será relevante al momento de valorar si el Programa de Integridad resulta "adecuado" será que el análisis de riesgos se realice sobre los resultados concretos de la empresa en la cual se aplica, obtenidos a través de información recabada en el seno de la organización mediante procedimientos documentados y que reflejen la realidad de la persona jurídica, única manera de concluir que el Programa ha sido adaptado a esa empresa y responde a las necesidades que ésta presenta en materia de prevención de los ilícitos del art. 1.

b. <u>El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia</u>

Este elemento es conocido generalmente en *Compliance* como *tone at the top* e importa justamente el apoyo de la alta dirección de la empresa a las políticas de integridad implementadas.

Es decir, que la alta gerencia deberá brindar respaldo y compromiso al Programa de Integridad en forma continua, fomentando y difundiendo los valores de la empresa, en especial mediante una declaración de tolerancia cero a la corrupción y desviaciones normativas de cualquier tipo. De esta manera, quienes ocupan el rol de líderes dentro de la organización transmitirán los estándares de conducta que se esperan de ellos no solo a los miembros de la organización si no también a los terceros con quienes se relaciona.

Con el tiempo, se ha desarrollado también la idea de *tone at the middle*, por la importancia que revisten los mandos medios en las empresas, en especial, en la puesta en práctica de este tipo de iniciativas.

"El liderazgo de los ejecutivos y el alto *manegement* alienta a los empleados y socios comerciales a comportarse legal y éticamente, de acuerdo con los requisitos del Programa de Integridad (…) Los mandos medios llevan el estandarte: los supervisores y gerentes del nivel medio convierten los principios en prácticas. Utilizan el mensaje para promover actos éticos.[788]"

Este elemento debe ser analizado dentro de lo que se conoce como Buen Gobierno Corporativo, dado que el *Compliance* ha pasado a ser un tema fundamental desde el fenómeno que se conoce como "privatización del *esforcement"* y que ha importado un incremento en la responsabilidad del Directorio, cada vez mas interesado en la correcta implementación de los Programas de Cumplimiento, y en demostrar su apoyo inequívoco a los mismos para lograr la mayor adhesión posible en el entendimiento de que ello redundará en beneficio de la organización -económico, reputacional, penal, etc.-.

c. <u>Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos</u>

787 PAGANO, Alfredo. "El proceso de evaluación de riesgos de Compliance" en SACCANI, Raúl R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo I, p. 434-437.

788 SACCANI, Raul R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. "Definiendo Compliance y los Programas de Integridad" en Saccani, Raúl R. y Morales Oliver, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo I, p. 18.

La legislación se ha referido aquí a uno de los elementos de mayor importancia dentro de un Programa de Integridad, los canales de denuncia o *whistleblowing,* pues de nada serviría plasmar en Códigos Éticos principios como "Tolerancia Cero a la Corrupción", o reglamentar en forma minuciosa un proceso de licitación si en la práctica no resulta posible denunciar las irregularidades e incumplimientos al Programa.

Se trata, en definitiva, del establecimiento de un medio de comunicación -o varios- que permitan poner en conocimiento de la organización -en el supuesto de *whistleblowing* interno- o del agente designado para ello - *whistleblowing* externo- de irregularidades, actos sospechosos o delitos, lisa y llanamente, en especial los mencionados en el art. 1 de la Ley 27.401, que pudiera haber sido cometido por o en beneficio de la persona jurídica que se trate.

La ley va un poco más allá y exige que los canales de denuncia se encuentren abiertos a terceros y estén adecuadamente difundidos. Es decir, no se debe limitar a los miembros de la organización -quienes probablemente en la práctica se encuentren más cohibidos al momento de efectuar una denuncia-, si no que debe permitirse que cualquiera que detecte una irregularidad pueda denunciarla, en cuyo caso, un adecuado sistema de investigación interno evitará vulnerar los derechos del denunciado.

En cuanto a la difusión, suele ser habitual su inclusión en la página web de la empresa, aunque también en los Códigos de Ética que se distribuyen entre el personal y terceros interesados - proveedores, accionistas, inversores, grandes clientes-. Por lo general allí se establecerán los datos mínimos que se requerirán para efectuar una denuncia, pudiendo distinguirse en este punto aquellos que admiten denuncias anónimas, como es el caso de la Sección 301 de la *Sarbanes Oaxley Act*[789]- de quienes no las permiten.

d. <u>Una política de protección de denunciantes contra represalias</u>

La contracara de la habilitación de un canal de denuncias es la correspondiente protección del denunciante contra las represalias que el mismo puede sufrir por hacer uso de los mismos.

Así, y si bien lo usual es pensar en represalias hacia empleados que denuncian a superiores jerárquicos o a compañeros dentro de la organización, éstas pueden ser de la más diversa índole, y dirigirse y perjudicar a quienes no necesariamente son empleados de la persona jurídica, como sería el caso de un pequeño proveedor al que se le genera mala reputación en el mercado a modo de represalia por una denuncia efectuada en este contexto.

Cada empresa podrá, a través de su Programa, implementar la política de protección que estime más adecuada, ponderando que una fuerte protección del denunciante será mayor incentivo para realizar las denuncias, pero, a su vez, puede dar lugar a un uso abusivo del mismo vulnerando los derechos de quien es acusado de la comisión de las irregularidades, incumplimientos e ilícitos.

e. <u>Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta</u>

Además de ser un elemento propio de los Programas de Integridad, indirectamente, también resulta necesario para el cumplimiento del artículo 9 inc. a) de la Ley 27.401, atento a que según éste, no resulta suficiente haber tomado conocimiento en forma casual de la comisión de uno de los delitos del art. 1, si no que ello debe haber sido consecuencia de una actividad propia de

789 Nota al pie N° 23 de MONTIEL, Juan Pablo. "Ley 27.401 y criterios para determinar la idoneidad de los programas de integridad" en DURRIEU, Nicolás y SACCANI, Raúl R. Compliance…Op. Cit. Pág. 79.

detección e investigación interna, lo que solo sería posible si se cuenta con un sistema en las condiciones aquí descriptas.

A su vez, es necesario mencionar que el artículo 8 también menciona *la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna* como uno de los criterios para tener en cuenta a los efectos de la graduación de la pena.

Esta investigación interna previa que debe existir, permitirá además presentaciones o denuncias serias ante la justicia, realizadas luego de un procedimiento preestablecido que permitió descartar *a priori* conductas que no configurarían delitos o ilícitos sancionados por la ley.

Los sistemas de investigación exigidos por la ley deben respetar los derechos de los investigados, esto es, procurar que puedan ejercer su derecho de defensa, ya sea brindando su relato de los hechos, ofreciendo prueba, incluso participando en el control de los procedimientos llevados en su contra siempre que ello no pusiera en peligro los resultados de la investigación.

La ley también establece que estos sistemas deben imponer sanciones efectivas a las violaciones al Código de ética o conducta. La reglamentación ha considerado indispensable en este sentido que dichas sanciones estén claramente establecidas por escrito y sean pertinentes y proporcionales, y establecer, junto con el protocolo de investigaciones, una política disciplinaria justa, clara y transparente.

Otro aspecto que reglamenta son los resultados posibles de las investigaciones: amplias posibilidades de reacción y remediación, responsabilidad disciplinaria, autodenuncia, acciones civiles, aplicación de penalidades y terminaciones contractuales.

f. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial.

En primer lugar, conviene iniciar delimitando quienes revisten la calidad de terceros a estos efectos. La reglamentación menciona, a modo ejemplificativo a: Sucursales, Filiales, Socios en Uniones Transitorias, Distribuidores, Agentes, Representantes legales, Intermediarios, Gestores, Lobistas, Contratistas, Subcontratistas, Consultores, Despachantes de aduana, Proveedores, Prestadores de servicios, Clientes, entre otros, haciéndose énfasis en que la determinación de los mismos dependerá de cada empresa en particular.

Ello desde que la debida diligencia hacia terceros encuentra fundamento en que el art. 2 de la ley 27.401 ha establecido que las personas jurídicas serán responsables por los delitos previstos en el artículo 1, siempre que hubieran sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. Es decir, la actuación de terceros en nombre, beneficio o interés de la persona jurídica pueden determinar su responsabilidad.

En ese caso, se trataría de terceros que de alguna manera tuvieran atribuciones para actuar en su representación, pero incluso si no la tuviesen, la persona jurídica será responsable si ratifica la gestión de ese tercero aun en forma tácita (art. 2 segundo párrafo, Ley 27.401).

Vistas las consecuencias que el obrar de terceros puede tener en la atribución de responsabilidad de las personas jurídicas, la comprobación de su integridad y trayectoria redunda en beneficio de estas últimas.

El modo en que tales procedimientos se llevarán a cabo dependerá del diseño de cada Programa, involucrando por lo general políticas que permitan, en primer lugar, conocer al tercero -donde opera, de que manera, quienes son a su vez sus socios de negocios, si cuenta con Programas de Integridad, etc.-, darle a conocer la posición de la empresa en relación al cumplimiento de su Programa de *Compliance* y el sistema de valores en que se apoya el mismo así como aplicar también en relación a ellos controles periódicos que permitan mantener información actualizada acerca de los mismos.

g. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas

En este punto puede decirse que la ley ha sido reiterativa, o bien ha incluido un supuesto particular dentro del general que es la debida diligencia (tratada en el inciso anterior). Ello desde que, por lo general, la comprobación de la integridad y trayectoria de terceros involucra *per se* a los socios de negocios con los cuales una persona se involucra en el marco de una transformación societaria (fusión, escisión o transformación) o de una adquisición, en tanto revisten el carácter de terceros conforme lo explicitado.

Por supuesto, la importancia de este tipo de operaciones amerita controles rigurosos a fin de determinar la existencia de irregularidades, hechos ilícitos y vulnerabilidades de las personas involucradas, no obstante, no comparto que exista fundamento para que la norma establezca una exigencia adicional en estos casos, máxime cuando el art. 3 dispuso la responsabilidad sucesiva para estos supuestos, por lo que, en todo caso, la aplicación de los procedimientos de debida diligencia en estos casos en particular redundaría en beneficio -o perjuicio- exclusivo de las personas jurídicas involucradas.

h. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad:

Este elemento también resulta primordial dentro de un Programa de Integridad, dado que, "a medida que los programas de cumplimiento maduran, estos elementos sirven como una fuente inestimable de información sobre los desvíos en el comportamiento esperado, y que pueden abrir la ventana a posibles riesgos materiales o sistémicos.[790]"

En este sentido, el monitoreo y evaluación continua permitirán detectar falencias en la implementación del Programa, así como mantener un conocimiento actualizado de los riesgos a los que se encuentra expuesta la persona jurídica a fin de ajustar los procedimientos para su oportuna detección y gestión eficaz.

i. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad:

Este responsable interno al que hace referencia la ley es conocido como Oficial de Cumplimiento o *Compliance Officer* -su puesto dentro de las grandes organizaciones también es denominado CCO, por *Chief Compliance Officer*-.

Su participación dentro de un Programa de Integridad resulta determinante para su éxito, en tanto dicho rol debe ser desempeñado por un experto en la materia, que sea capaz de desentrañar la esencia de la persona jurídica, su cultura organizacional, su actividad económica, el sector en que

790 SACCANI, Raul R. y MORALES OLIVER, Gustavo L. "Definiendo Compliance y los Programas de Integridad" en Saccani, Raúl R. y Morales Oliver, Gustavo L. Tratado de Compliance. Ed. La Ley, CABA: 2018. Tomo I, p. 90.

se desempeña, y demás características que le permitirán trabajar en el diseño e implementación de un Programa adecuado en los términos de la ley.

Sin embargo, su participación no se limita al diseño de un Programa para entregarlo a una persona jurídica una vez que el mismo esté listo para su implementación, si no que, como responsable del mismo, debe velar por su estricto cumplimiento, revistiendo la calidad de máxima autoridad en materia de *Compliance*.

Incluso dentro de la organización se recomienda que el Oficial de Cumplimiento posea determinada autoridad e independencia en su rol, lo que le permitirá tomar decisiones difíciles e imparciales que pueden involucrar a los mandos altos o medios de la empresa.

j. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica:

Finalmente, el cumplimiento de las reglamentaciones vigente no puede ser un elemento de un Programa de Integridad, si no más bien una exigencia o un criterio para juzgar si el mismo resulta suficiente o adecuado. Por supuesto, cumplir con tales reglamentaciones resulta de suma importancia, y, en este sentido, es elogiable la tarea de la Oficina de Anticorrupción en la redacción de los Lineamientos para la Implementación de los programas de Integridad.

Así, al día de la fecha, la Oficina Anticorrupción, tomando como fuentes documentos propios, de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales, y de organizaciones y doctrina especializada, ha reglamentado los arts. 22 y 23 de la Ley 27.401 mediante la redacción de dichos lineamientos, los que fueron aprobados como Anexo I de la resolución 27/2018 de la Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción con fecha 1/10/2018.

Asimismo, en el entendimiento de que los lineamientos allí establecidos estaban orientados en mayor medida a empresas de considerables recursos y grandes dimensiones, y que, por tanto resultaba imprescindible diseñar pautas específicas que pudieran guiar a las pequeñas y medianas empresas en el proceso de implementación de una cultura de integridad, la Oficina Anticorrupción redactó la "guía complementaria para la implementación de Programas de Integridad en PYMES", la que fue aprobada como Anexo I de la Resolución 36/2019 de la Secretaria de Ética Pública, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción con fecha 8/11/2019.

El cumplimiento de las directrices allí estipuladas servirá tanto de guía para las empresas, sus oficiales de cumplimiento como también a los funcionarios públicos que deberán poseer conocimiento en materia de Programas de Integridad a fin de juzgar adecuadamente su implementación, y, en definitiva, definir si una persona jurídica se encuentra en condiciones de acceder al beneficio establecido por la ley.

5. CONCLUSIÓN

La determinación de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos mencionados en el art. 1 de la Ley 27.401 es una decisión de política criminal que encuentra sus fundamentos en la necesidad de adecuar nuestra legislación a los estándares internacionales en la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos y el soborno transnacional.

Lo es también el factor de atribución "ecléctico" que ha decidido tomarse y que algunos autores identifican como una responsabilidad objetiva atenuada. Se trata, en definitiva, de incentivar a las

personas jurídicas a fin de que tomen un papel más activo en esta lucha, que se ha convertido en un flagelo presente en todas las legislaciones, pero de manera más acuciante en nuestro país y en América Latina.

En un contexto donde las personas jurídicas han adquirido preminencia en el mundo económico, ejecutándose a través de los mismos negocios de gran envergadura en donde por lo general tienen lugar las acciones tipificadas por la ley, y habiéndose alcanzado un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial en relación a su naturaleza jurídica y su capacidad de actuación, no es posible continuar negando su responsabilidad con fundamento en teorías que datan del s. XVIII.

Es por ello que concuerdo plenamente con la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, celebrando la sanción de esta ley como un paso más en la lucha contra la corrupción, y en el entendimiento de que el Estado no puede, por sí sólo, prevenir la comisión de estos delitos.

La posibilidad de la exención de la pena ha sido incorporada como un incentivo que permitirá a las personas jurídicas eludir la pena que pudiera corresponderle si cumplen con los estrictos requisitos establecidos por la norma. Requisitos cuyo cumplimiento no será un mero trámite para los interesados si no que importarán un fuerte compromiso por parte de la empresa en la prevención de estos ilícitos.

Los Programas de Integridad han pasado a ser la “estrella” cuando se habla de responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que sólo su implementación oportuna y adecuada colocará a estas últimas en condiciones de aspirar a los beneficios establecidos por la legislación: exención de pena, reducción de condena o acuerdos de colaboración eficaz. En estos últimos dos casos de manera indirecta, previa o posterior, respectivamente.

Así, nuestra legislación se ha puesto a tono, no sólo de países del primer mundo, si no también de otros países de la región que desde hace varios años le han dado gran preminencia a los Programas de Cumplimiento en esta materia.

Por supuesto, solo el tiempo podrá demostrar de que manera estos institutos, surgidos en el extranjero e importados a nuestra legislación, lograrán hacer mella en la cultura organizacional de las diversas empresas y organizaciones, y, sobre todo, que tan exitosos serán los resultados que se esperan con su implementación.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS E INTELIGENTES

Marina Anabel FLORES MONYO

Resumen: La nueva realidad representada por tecnologías innovadoras nos encuentra en la búsqueda de mayor seguridad jurídica, menor cantidad de trámites y una menor litigiosidad a la hora de resolver conflictos sociales. La materia contractual, instrumento jurídico trascendental, en el ámbito de las relaciones patrimoniales, se renueva con la revolución digital. Buscamos contribuir a la paz social a través de mecanismos que garanticen previsibilidad y poniendo en evidencia la necesidad del complemento humano para una razonable valoración del caso.
Palabras claves: contratos electrónicos, contratos inteligentes y revolución digital.

Abstract: The new reality represented by innovative technologies finds us in the search for greater legal certainty, fewer procedures and less litigation when it comes to solving social conflicts. The contractual matter, a transcendental legal instrument, in the field of patrimonial relations, is renewed with the digital revolution. We seek to contribute to social peace through mechanisms that guarantee predictability and highlighting the need for a human complement for a reasonable assessment of the case.
Key Words: electronic contracts, smart contracts and digital revolution.

INTRODUCCION

Comenzamos dando un panorama de la materia en el derecho interno de nuestro país. En esta primera parte hacemos referencia a la normativa actual. Vemos la sistematización contractual del Código Civil y Comercial con las distintas leyes especiales que rigen la materia, en particular la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Firma Digital, entre otras.

Vemos a lo largo del desarrollo del trabajo, la incorporación de institutos jurídicos que vienen principalmente a corregir las desigualdades de las partes al momento de negociar un contrato. Todo ello en orden a las modalidades contractuales receptadas por nuestra normativa.

Así de esta forma hablamos de una primera aproximación que nos da la pauta de la existencia de los contratos paritarios, los contratos de adhesión y los contratos de consumo. Luego pasamos a desarrollar los contratos electrónicos y del e-commerce, para pasar a la tendencia actual con la inteligencia artificial.

La amplitud en la regulación contractual, la libertad de formas y el principio de la autonomía de la voluntad nos da la posibilidad de la incorporación de las nuevas tecnologías al derecho contractual y se habla de un cambio de paradigma con la llamada inteligencia artificial.

Hablamos de los contratos inteligentes, aquellos contratos que son consecuencia de la aplicación del manejo de grandes volúmenes de datos y de la inteligencia artificial. Existe un cambio de paradigma y no solo en el ámbito que nos ocupa, sino en todos los órdenes de nuestra vida cotidiana.

PANORAMA CONTRACTUAL ARGENTINO

Desde la regulación en el Código de Vélez hasta la actualidad, en los contratos se ha observado una evolución que responde a los cambios observados en la sociedad.

Habiendo cambiado las condiciones sociales existentes a la fecha de sanción del Código Civil y con la transformación técnico – científica desde principios del siglo XX, debió admitirse el cuestionamiento no sólo de las posturas ideológicas, económicas, jurídicas y filosóficas, sino también de la legislación positiva del derecho privado.

No podía negarse la existencia de situaciones fácticas sin regulación legal y la aparición de contratos que habían variado la forma de celebración del acuerdo o la etapa genética en la que nace la regulación jurídica.

Modificadas las condiciones existentes, habiendo aparecido una gran cantidad de nuevas relaciones contractuales y formas nuevas de contratar, surgió la necesidad de adecuar la normativa pertinente.

La moderna técnica, los progresos científicos a través de Internet, la interrelación de los intereses con la llamada conexidad contractual y la urgencia de acordar vinculación jurídica, ha hecho nacer los contratos tipo, las condiciones generales y los contratos por adhesión.

Esto tiene su explicación en que el hombre moderno, busca dominar la realidad caótica, y lo hace con la predisposición del contenido de los contratos, aplicando las leyes de uniformidad y repetición a la vida económica.

Además, el reconocimiento de situaciones sociales como la categoría de individuos “los consumidores”, determino que, en tales relaciones, predominan intereses superiores que deben ser contempladas por los poderes públicos, en una regulación jurídica que modifique en determinadas circunstancias el alcance y sentido de la plena vigencia de la autonomía de la voluntad.

En materia de derecho del consumidor la ley 24.240 plasma un régimen que luego es redimensionado con la reforma constitucional de 1994 y que trae aparejado su modificación con la ley 26.631 en el año 2008.

La ley 24240 de Defensa al Consumidor fue sancionada con un veto en materia de garantías legales y en responsabilidad por productos.

Con la reforma constitucional de 1994 se consagraron los derechos del consumidor en el art.42 de la C.N., lo cual impulso una profunda relectura de la ley. Para luego aparecer la ley 26.361 que introduce sustanciales modificaciones y por último el Código Civil y Comercial con la sistematización de los contratos de consumo (art.1092).

El contrato tradicional que tenía su base en la normatividad, que le reconocía fuerza legal como contrato nominado o típico, no alcanzo a cubrir las nuevas relaciones contractuales surgidas al amparo de nuevas formas de relaciones patrimoniales entre los particulares. Es la facultad propia de las partes la que genera nuevas situaciones fácticas que por la cambiante rapidez de su creación no se encuentran normadas en texto legal alguno.

La doctrina denomina a estas nuevas relaciones contractuales como contratos atípicos, superando la limitación que importaba llamarlos innominados al recibir el nombre que los identifica al momento de reproducirse la relación.

Adhiero a Massnata, en cuanto dice que el esquema tradicional es desbordado por la realidad. El contrato no solamente es un testimonio de la libertad humana, es también una técnica al tomar forma en una convención, a la cual la ley determina aspectos y efectos. Esta técnica va a sufrir el reflejo de las profundas transformaciones económicas y sociales que plantea el dinamismo contemporáneo. (Garrido Cordobera, 2015)

A diferencia del Código de Vélez que receptaba la teoría clásica del contrato, el Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.) reconoce diferencias en el poder de negociación y ha acogido diferentes nociones de contratos.

Por lo tanto, en la sección dedicada a los contratos vemos el contrato paritario (art. 957), el contrato por adhesión a clausulas predispuestas (art. 984) y el contrato de consumo (art. 1093).

Las nociones de contratos reconocen diferencias en el poder de negociación de las partes, lo que llevo a plasmar un diferente régimen de normas para cada modalidad a fin de proteger la buena fe y corregir la debilidad contractual.

Además, con la regulación del C.C.C.N. se unifican las materias civil y comercial que permite aunar criterios en materia contractual.

El contrato sigue siendo un acto jurídico bilateral de contenido patrimonial que crea derechos creditorios y reales, además de modificar, transmitir y extinguir obligaciones.

El art 1137 del anterior Código Civil establecía: "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos".

De este concepto que actualmente sigue estando vigente, se deriva que se requiere la existencia de dos o más partes, la existencia de una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos y que pueden tener por efecto crear, modificar, transferir o aniquilar derechos y obligaciones.

El C.C.C.N. en su art. 957 recepta la definición doctrinal y jurisprudencial del contrato, los encuadra en la categoría de actos jurídicos bilaterales o plurilaterales, de contenido patrimonial, entre vivos y aceptando la mayor amplitud del negocio, desde la creación hasta la extinción del mismo, abarcando las transformaciones de las relaciones jurídicas, no solo la creación, sino la regulación, modificación, transferencia y extinción y no exclusivamente de las obligaciones sino también de derechos intelectuales y reales.

Es terminológicamente más adecuado que el Código de Vélez, aclarando que las partes son el centro de imputación de las relaciones y no las personas, y que el consentimiento de las mismas es necesario para configurarlo, no aludiendo a la declaración de voluntad como lo hacía el Código Civil.

Mención especial merece la regulación de los contratos conexos en el C.C.C.N., que, incorporando las redes contractuales al texto legal, se le da importancia a la finalidad económica del contrato a la cual asisten. Son una excepción al principio del efecto relativo de los contratos

Con respecto a las leyes especiales me interesa mencionar las modificaciones en la ley de firma digital, que también produjeron cambios importantes, como el establecimiento de la equivalencia funcional entre documentos escritos y los que se encuentren en cualquier otro soporte como el informático, para la plena vigencia de mismos efectos jurídicos.

Actualmente asistimos a un panorama muy distinto y que va a continuar en constante cambio con la incorporación de la inteligencia artificial, blockchain, bitcoint, contratos electrónicos, smart contracts, entre otros.

De todas formas, no hay que dejar de lado que en el contrato moderno es necesario tener presente, como dice Santos Briz, que el enfoque de lo social dentro del derecho civil ha de partir de una visión del derecho fundamentalmente personalista, en la cual la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, respeto y rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana. Todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre, aunque este se desenvuelve siempre en los medios sociales. (Garrido Cordobera, 2015).

EVOLUCIÓN TÉCNICA DEL CONTRATO

La Pre-redacción

Se hablaba de una crisis del contrato a consecuencia de que el consentimiento, uno de los elementos esenciales inherentes a la existencia del acuerdo, se presta en forma diferente al previsto por los Códigos que siguieron al francés.

Con la revolución industrial, el urbanismo y el maquinismo, causa de la concentración de la industria y los negocios, se exigió la estandarización del tráfico.

El contrato tal cual lo había entendido la legislación individualista y liberal debió adecuar sus modalidades de celebración a otros presupuestos, regidos por la nueva situación fáctica que gobernaba el mundo de la relación patrimonial privada, después del arribo del maquinismo.

El siglo XX en permanente evolución técnico-científica, mostro las falencias que sufre el hombre para adaptarse en el plano jurídico. La urgencia que domina el tráfico de los negocios, ha venido imponiendo contratos normados o contratos tipo caracterizados por la predeterminación del contenido contractual.

Con ello aparece la reducción de la libertad contractual, pues mientras una de las partes ha preparado o redactado el contrato, la otra debe someterse a esa pre-redacción o de lo contrario no celebrar el acuerdo.

De esta forma vemos contratos-tipo estampados en formularios admitidos por la legislación, como los contratos de seguros. El que celebra un seguro, debe someterse al contrato pre-redactado que constituye una póliza tipo, aceptada por el organismo de control del Estado.

En el tráfico de los negocios moderno, las condiciones generales son consecuencia de la estandarización o normativización uniforme y suelen fortificar la posición de los empresarios, quienes al imponer dichas condiciones mejoran su situación contractual, disminuyendo sus riesgos, eliminando responsabilidades y sometiendo al otro contratante a circunstancias desfavorables, lo que ha motivado el desarrollo de las clausulas abusivas (art.984 C.C.C.N.).

En los contratos por adhesión el consentimiento tiene matices diferentes al prestado en una contratación tradicional de épocas anteriores. Es una modalidad contractual específica con una forma distinta de prestar el consentimiento por las diferentes posturas que sustentan cada una de las partes.

Se trata de condiciones que, puestas con anterioridad por una de las partes o un tercero, motivan la adhesión de la otra parte para llegar a celebrar el contrato. No estamos frente a una categoría especial o una figura típica, si no que difiere en la modalidad de prestar el consentimiento.

La parte que adhiere, si tiene la posibilidad de no celebrar el contrato, pero si decide contratar debe someterse a las condiciones preestablecidas por la otra parte. En este acuerdo tenemos por un lado la expresión de una de las voluntades mediante esas condiciones predispuestas y por el otro una voluntad que se manifiesta por la adhesión a ellas.

Reconocemos que hay una desigualdad en el plano genético de la formación del contrato, que no atenta o excluye la libertad de aceptar y que configura la potestad jurídica indispensable para que exista acuerdo.

CONTRATOS DE CONSUMO

Por otro lado, el derecho contractual ha evolucionado desde los dogmas absolutos de los códigos decimonónicos al concepto de contrato con finalidad social y de un concepto estático normativo a un concepto social, económico y valorativo, un contrato relacional. (Garrido Cordobera, 2015)

Actualmente se distinguen las desigualdades de los co-contratantes y se intenta corregirlas mediante una serie de instituciones; pasamos a observar el contrato desde la celebración, la etapa de negociación y después de la finalización con sus consecuencias propias; poco hablamos de contratos negociados en una dinámica donde muchos son contratos predispuestos, formularios y contratos con condiciones generales; y pasamos de tener todo en los códigos al imperio de las leyes especiales.

En nuestro país, en el área patrimonial, fue notable la irrupción de las relaciones de consumo, que cruzan transversalmente el sistema, cuyos principios son prevalentes al ser una legislación de orden público.

La protección a los consumidores se evidencia en dos ámbitos del derecho privado: el área contractual y el área de la responsabilidad, además de la protección del derecho constitucional, administrativo, internacional y procesal, que se ocupan de estos intereses.

La ley de defensa del consumidor también interviene en los contratos de adhesión y en los contratos formularios. En su art. 38 establece que la autoridad de aplicación vigile que tales contratos tengan clausulas adecuadas a la normativa de consumo.

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA MATERIA CONTRACTUAL

El reconocimiento jurídico en las legislaciones de la libertad contractual, abre a los sujetos la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mediante acuerdos de carácter negocial según su libre albedrío y su responsabilidad. Es la expresión del principio de autonomía, pilar básico de la estructura del derecho contractual.

En virtud de esta libertad contractual cada cual determina por sí mismo sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora), pero desde una perspectiva económica estaremos frente a un contrato válido cuando el acuerdo cumpla la función económica de utilidad a ambas partes, a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie a sus preferencias.

Las premisas del contrato perfecto implican que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan los puntos igualmente relevantes y que el contrato se ha concluido de buena fe.

Por ello la tarea de la legislación y la jurisprudencia ante un contrato alterado, en el cual esa alteración no haya sido prevista en el contrato, será la de maximizar racionalmente la utilidad. La tarea de imputar el riesgo a aquel que puede reducirlo o absorberlo al menor costo.

El derecho contractual tiene la función de reconstrucción del contrato imputando las consecuencias a través de normas supletorias o limitando sus alcances mediante normas imperativas. La reconstrucción del contrato nos llevará a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada derecho recepta, pero sobre todo a la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato.

En nuestro derecho vemos institutos como la lesión, la imprevisión, la frustración del fin del contrato, el pacto comisorio tácito, el abuso del derecho, más las disposiciones de la ley del consumidor, entre otros. Todos ellos dirigidos a proteger las relaciones contractuales y sus múltiples incidencias.

La relación una vez constituida, se desarrolla según los principios que le son propios, teniendo en cuenta su peculiar contenido, agotando el sinalagma genético al cumplirse, a veces inmediatamente y conforme lo establecido o que un incumplimiento genere cuestiones del pacto comisorio o de responsabilidad.

Pero no siempre el contrato está limitado a un ciclo de vida tan restringido, pues mediante prestaciones recíprocas y especialmente si tiene una ejecución continuada, periódica o de larga duración, el mismo permanece con vida como fuente reguladora del desarrollo de la relación hasta que ésta se agote. Además, pueden plantearse casos de rescisión unilateral, excesiva onerosidad sobreviniente o la renegociación del acuerdo.

En la actualidad el contrato tiene un fin ético y social, no es solo un instrumento de realización de intereses económicos. Tiene una dimensión distinta que lleva a la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades.

EL IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA

La cuarta Revolución Industrial responde a dos grandes fenómenos, el primero es la mutación radical de las nociones de espacio y de tiempo con el uso masivo de nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y el segundo son las nuevas formas de procesar datos e información, en muchas actividades que antes solo podían realizarse en nuestros cerebros.

La Revolución tecnológica ha llegado a nuestras vidas y no es un suceso actual, se viene gestando desde décadas atrás. En la década del 70 llegaron las placas madres, en los 80 el pc, en los 90 apareció la Internet y en los 2000 los smartphones y las redes sociales. En 2010 la revolución la protagoniza la inteligencia artificial y los datos masivos.

La Revolución digital en general y la de los datos en particular son dos de los mayores cambios de paradigma a nivel global que impactan fuerte y transversalmente en todas las actividades de nuestras sociedades. (Mirassou Canseco & Hadad, 2019)

Con la revolución digital aparece en el mercado una nueva modalidad de contratación, diferenciada de los modos tradicionales, específicamente se trata de una forma distinta de realizar las transacciones comerciales, siendo denominado este tipo de comercio como "electronic commerce" o "e-commerce".

El avance de las tecnologías de la información y comunicación ha desarrollado herramientas suficientes para la consolidación del comercio electrónico en nuestras vidas cotidianas, obligándonos a repensar conceptos tradicionales del Derecho. (Grover Dorado, 2016)

Hay distintas formas de comercio electrónico: Transacciones B2B entre empresas; transacciones B2C entre empresas y consumidores; y transacciones C2C entre consumidores entre sí.

Con la sanción de la ley 24.240 se incorpora a nuestro orden normativo lo relativo a las ventas por medios electrónicos. Ella hace referencia a la oferta dirigida a los consumidores y las características que debe presentar (art.7); determina que se entiende por venta por correspondencia (art. 33) y prevé la posibilidad de la revocación por parte del consumidor (art.34).

Luego con la ley de tarjetas de crédito, la ley 25.065, se regulan las transacciones realizadas a través de sistemas electrónicos de pago.

La ley 25.506 estableció la firma digital y regulo sobre las fuentes de legitimación de la firma, dándole eficacia en cuanto a su oponibilidad frente a terceros.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 1105 establece la amplitud de la noción de contratos a distancia, encuadrando los casos actuales y la incorporación de nuevas situaciones producto del avance de la tecnología en el mundo de los negocios.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Para entrar al tratamiento de los contratos electrónicos es necesario delimitar ciertos conceptos previos necesarios para entender la temática.

La informática es una disciplina que estudia el tratamiento automatizado de la información. Por otro lado, la telemática es la ciencia que une la informática a las telecomunicaciones y es el camino que nos permite establecer prestaciones salvando distancias e idiomas.

Así la informática tiende a suprimir al papel como soporte de las operaciones que procesa, y las telecomunicaciones, a eliminar la necesidad de la presencia física de las partes. De allí que López del Carril los llame contratos telemáticos, una palabra sui generis que abarca los procesos mencionados. (Lopez del Carril, 1993)

La masificación de las operaciones y su contenido multinacional varía el carácter de la relación contractual típica, convenida y ejecutada con la presencia personal e igualitaria de las partes.

Los contratos electrónicos son los celebrados sin la presencia física de las partes, quienes prestan su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos. No se definen por su objeto, sino por el medio empleado para su realización.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, nos brinda la siguiente noción de contrato electrónico: El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial...El contrato puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial, en el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo caso, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla o se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. Puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: en el primer caso se transfiere un bien digitalizado y se paga con moneda digital; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un

cheque bancario, o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas de dinero. (De Paolis, 2016)

El art. 1105 del Código Civil y Comercial de la Nación define a los contratos celebrados a distancia como "aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio televisión o prensa".

Paralelamente la ley 26.361 ubica a la compra celebrada por Internet en el Capítulo VII "De la venta domiciliaria por correspondencia y otras", equiparándola a la propuesta de venta en el domicilio del consumidor, sea que resida temporal o transitoriamente o bien en su lugar de trabajo.

Resulta aplicable a este tipo de contratos la ley 24.240 cuando derive de una relación de consumo. No será aplicable cuando los que adquieran, almacenen o utilicen bienes o servicios, lo hagan con la finalidad de integrarlos a procesos de producción, transformación o comercialización.

El objeto de los contratos realizados por medios informáticos se establece sobre cualquier bien o servicio con independencia de la función que cumple. Lo distinguible recae sobre el elemento técnico que permite el avenimiento de las voluntades con características propias.

La movilidad técnica propia de estas nuevas formas impone redefiniciones jurídicas. Hay que distinguirlo de los contratos de servicios o productos informáticos que, si bien tiene elementos singulares, no toma autonomía jurídica del concepto de contrato ni de las formas contractuales conocidas, siendo comprensible dentro del esquema de la compraventa, locación, leasing, cesión de uso, mantenimiento, prestación de servicios, en pos de la función del objeto.

Si se tratará de bienes y servicios informáticos estaríamos frente a un contrato informático celebrado por medios electrónicos. Como los click-wrap agreements que basan su validez en el acto de pulsar el botón de aceptación por el usuario y que se usan para comercializar software. (Fernandez Flores, 2015)

Los contratos de bienes informáticos son los que establecen prestaciones sobre hardware y software, elementos que forman un sistema informático. Y son servicios informáticos los que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática. Estos se definen por su objeto.

El principio de especialidad rige tanto para los contratos con objeto o a través de medios informáticos. Se advierte la importancia de la terminología aplicable por lo que debe dotarse a las palabras de un sentido claro y definido.

La modalidad más usual de celebración de contratos electrónicos es a través de los contratos click-wrap, aquellos en los que una de las partes manifiesta su voluntad de aceptar las condiciones redactadas por la otra, mediante un simple click en la leyenda “Acepto”, “Estoy de acuerdo” o similar, que aparece al final del documento escrito que se muestra en el dispositivo del usuario.

Estos contratos click wrap se utilizan además para otorgar licencias de otros productos digitales disponibles en la red como libros digitales, música, videojuegos. También es utilizado para la aceptación de servicios digitales como adherirse a una base de datos o una red social, obtener un espacio virtual para crear y moderar un blog, adherirse a una plataforma de compra-venta o subasta de bienes o servicios en línea.

Ha dicho la jurisprudencia: "La situación de desigualdad entre las partes, característica de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente por

ignorancia técnica, no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone. En caso de duda, el contrato debe interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara para no confundir al adquirente". (Fernandez Delpech)

El fallo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza constituye una verdadera lección en materia de contratos informáticos, que se mantiene vigente a pesar del tiempo transcurrido. Criterios adoptados en el voto de Aída Kemelmajer de Carlucci en aquella sentencia de 1990 son hoy reproducidos por los tribunales nacionales en fallos más recientes. (Molina Quiroga, 2018).

Del mismo, se derivan conceptos claves para interpretar adecuadamente los contratos informáticos, tales como la asimetría informativa, la inferioridad del cliente, brecha tecnológica, las expectativas opuestas de las partes, y la caracterización como obligaciones de resultado de las prestaciones comprometidas por el proveedor.

Allí se sostuvo que, aunque el adquirente o usuario fuera una persona avezada en el ramo comercial de su actividad, generalmente carece de suficientes conocimientos y experiencia en materia de utilización de equipos de elaboración electrónica de datos.

Hay entre los contratantes una gran "brecha tecnológica" que se advierte hasta en la terminología empleada, poco comprensible para el hombre medio. El usuario, normalmente la mediana empresa, no conoce el vocabulario informático, ni las características de las computadoras, ni la forma o mecanismos para hacer una compra según sus necesidades.

También se afirmó que mientras el usuario es un "no profesional", el proveedor del servicio informático sí lo es, la situación de desigualdad entre las partes, característica de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente, por ignorancia técnica no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone.

El usuario y el suministrado de un servicio informático se aproximan a la negociación con actitudes radicalmente diferentes: el primero espera del contrato un resultado funcional, una solución práctica adecuada a su problema; mientras que el segundo tiende a prometer una simple correspondencia del sistema a determinadas características y especificaciones técnicas. Es decir, el adquirente pretende del suministrador una verdadera obligación de resultados; el enajenante, en cambio cree estar obligado a una de medios.

Por ello se entendió que los contratos informáticos, en caso de duda deben interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara, para no confundir al adquirente, dado que recae sobre aquel una obligación de información y consejo.

Con anterioridad al fallo de la Corte mendocina, la sala E de la Cámara Comercial, entendiendo que las prestaciones informáticas integran un sistema, mencionó expresamente la garantía de compatibilidad entre soporte físico y soporte lógico y señaló que los vicios en esta materia no pueden ser juzgados con las pautas generales de los vicios redhibitorios. Al respecto se señaló que la secuencia de irregularidades en el funcionamiento del equipo de computación genera obligaciones a cargo del proveedor del equipo informático, quien explícita o implícitamente garantiza la compatibilidad de las especies vendidas. (Molina Quiroga, 2018)

Se introdujo un nuevo concepto de entrega y cumplimiento de la prestación, al sostener que en la compraventa de un equipo de computación no basta la mera entrega física del equipo adquirido, e inclusive no es suficiente la instalación y puesta en marcha, sino que, a los efectos de la aceptación del sistema y de la asunción de la obligación de pago, es necesaria la operación conforme del conjunto de los elementos componentes del sistema y su utilidad y adecuación a los fines previstos.

El programa de computación tiene naturaleza de ser un bien inmaterial, siendo las instrucciones contenidas en él, y no el soporte material, el objeto inmediato de las prestaciones.

En el mismo se ha dicho que el software, en tanto bien inmaterial, no se ajusta plenamente a las figuras jurídicas previstas para los bienes materiales o corpóreos, aunque es posible —en ausencia de legislación específica— aplicar las normas existentes para estas en cuanto regulen situaciones similares que admitan dicha extensión, asimilando los casos a contratos de obra, más que a una compraventa, sin perjuicio de la licencia de uso propia de los derechos intelectuales, y que la doctrina y la jurisprudencia coinciden en cuanto a que el proveedor informático contrae una "obligación de resultado", que se traduce en asegurar la aptitud de tales elementos a los requerimientos hechos por el cliente para que con ellos este último llene la utilidad que persigue. Por ello en el caso de los contratos informáticos se trata de una responsabilidad de tipo objetiva, y el usuario solo debe demostrar la falta de obtención del interés que motivó el contrato, dicho de otro modo, el incumplimiento material o formal. De su lado, la proveedora, para eximirse de responsabilidad debe acreditar que el incumplimiento se debe a una causa exógena, es decir caso fortuito, culpa del usuario o de un tercero. (Molina Quiroga, 2018)

En los contratos informáticos el concepto de entrega debe ser estudiado con cautela ya que no se trata de simplemente de una cosa o una máquina, sino de sistemas, por lo cual deberá existir una conjunción armónica y un correcto funcionamiento de todas las partes que lo integran.

Es necesaria la entrega física, la puesta en funcionamiento y en estado operativo de todo el sistema habiendo pasado además satisfactoriamente el "test" de aceptación, con expresa conformidad del usuario. Esto es, cumpliendo en forma integral el fin para el que fue adquirido.

Se ha dicho con respecto al deber de asesoramiento y consejo, es dable exigirle al proveedor del servicio, en virtud de sus conocimientos tecnológicos, que advierta de forma fehaciente a la persona que contrata sus servicios, que los mismos son insuficientes a la finalidad que busca, para llegar a eximirse de responsabilidad. A diferencia de quién contrata sus servicios que no tiene los conocimientos para delimitar la conveniencia o no del negocio.

CONTRATO ENTRE PRESENTES Y ENTRE AUSENTES

La contratación electrónica forma parte de los contratos a distancia o entre ausente por la distancia geográfica entre las partes contratantes y el transcurso de un tiempo jurídicamente relevante entre la oferta y la aceptación.

Cuando las partes se hallan en diferentes lugares con imposibilidad de intercambiar declaraciones inmediatas, el medio utilizado para comunicarse impide al destinatario de la declaración conocerla de inmediato, por lo que hay un contrato entre ausentes. Lo que trae aparejado determinar el momento y el lugar en que el acuerdo se perfecciona. En los contratos entre ausentes se considera perfeccionado el contrato cuando el aceptante se desprendió de la aceptación, morigerada por la posibilidad de retractar la oferta si ella no ha llegado a poder del oferente.

Pero dada la instantaneidad en la comunicación que permiten las redes telemáticas actuales, es perfectamente posible la manifestación de voluntad de manera concomitante e inmediata, sin que transcurra un lapso considerable entre oferta y aceptación, de lo cual se colige que no toda contratación electrónica es exactamente asimilable a la categoría de contratos entre ausentes.

Dall Aglio discrimina tres situaciones. La primera cuando el medio telemático es instrumento de transmisión de voluntades ya perfeccionadas; la segunda cuando este medio participa elaborando y exteriorizando la voluntad; y la tercera cuando es un lugar de encuentro de voluntades anteriormente perfeccionadas. (Lopez del Carril, 1993)

El primer caso es un contrato entre presentes por la inmediatez de la aceptación. El segundo también es entre presentes mientras que el medio técnico usado no frustre la celeridad del intercambio consensual. Y el último impone un contrato entre ausentes, debido a que las partes no pueden conocer la voluntad del otro en el momento.

Clasificación

Por un lado, tenemos el acuerdo de voluntades concluido por medios informáticos. El emisor se prevalece de una forma veloz y ágil al programar o establecer patrones de decisión. En este sentido hay que distinguir la voluntad ya perfeccionada y solo emitida por el ordenador, de la voluntad elaborada, perfeccionada y emitida por el ordenador.

Por otro lado, tenemos la prestación telemática establecida en un contrato subyacente celebrado de manera tradicional, siempre que dicha prestación por su génesis, naturaleza jurídica u otros factores, sea susceptible de generar un contrato telemático o informático.

Bibiana Luz Clara ha identificado dos tipos de contrato informáticos. Los contratos hechos a medida del cliente. En este caso, las dos obligaciones principales a tener en cuenta entre las partes son el deber de información, el de lealtad y colaboración. Deberá indicarse claramente lo que se quiere o necesita de la manera más detallada posible. Durante las distintas etapas de este tipo de contratación, el deber de las partes consiste en facilitar las tareas con la finalidad de lograr el resultado deseado, basándose siempre en el principio de buena fe. Y los contratos tipo referidos a software enlatado. Estos son típicos contratos de adhesión, en los cuales el cliente no puede negociar las condiciones que se le proponen ni los términos del contrato siendo su única opción aceptar o no, muchas veces haciendo solo un simple clic con el mouse.

Los contratos electrónicos pueden ser clasificados también según el tipo de relación que tienden a regir: relaciones entre comerciantes y consumidores (business to consumer o B2C), entre consumidores (consumer to consumer C2C) o entre comerciantes (business to bussines B2B).

FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

En materia contractual rige el principio de autonomía de la voluntad (art. 957, 959 y 2651 del C.C.C.N.). El fundamento del mismo radica no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en el respeto hacia el orden público económico, pues la mayoría de las relaciones jurídicas nacen y dependen de la fuerza obligatoria de los contratos. (Grover Dorado, 2016)

La autonomía de la voluntad presupone que tales actos jurídicos hayan sido efectuados con discernimiento, intención y libertad, si tales estuvieran ausentes generan nulidad por vicio en la voluntad, sea por error, dolo o violencia (art.267 a 278 C.C.C.N.).

Además, es necesario que exista una manifestación de esa voluntad (art.260 C.C.C.N.) oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art.262 C.C.C.N.) o una manifestación tácita a través de actos por los cuales se puede conocer la voluntad con certidumbre (art.264 C.C.C.N.).

El consentimiento, elemento esencial del contrato, determinado por la convergencia entre una oferta y una aceptación válidamente expresada (art.971, 972 y 978 C.C.C.N.), se manifestaba a través de agentes o por medio de correspondencia epistolar en el Código de Vélez, sin embargo, no llegaba a cubrir las comunicaciones electrónicas, que permiten una celebración a partir de una voluntad consensual instantánea.

El C.C.C.N. establece que la oferta hecha a una persona presente o formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, solo puede ser aceptada inmediatamente (art.974 C.C.C.N.). De esta forma se equipara a los contratos entre presentes los que son celebrados por medio de una comunicación instantánea.

En el art. 973 C.C.C.N. se regula la invitación a ofertar, que resulta aplicable dentro del ámbito comercial electrónico en los casos de los sitios web, que muestran catálogos de productos u ofrecen servicios dirigidos a personas indeterminadas. Y si fueran dirigidos a consumidores, la oferta es vinculante en todos sus términos (art.7 ley 24.240).

En cuanto a la aceptación, una de las principales modificaciones del C.C.C.N. es la consagración de la teoría de la recepción de la aceptación de la oferta (art.971 y 980 C.C.C.N.), por sobre la teoría de la expedición, considerando actualmente que la manifestación de voluntad de una de las partes es recibida por la otra cuando esta la conoce o debió conocerla.

Cambió que devino en necesario por la irrupción de nuevas formas de contratación en razón de que las comunicaciones instantáneas, en muchos casos, suprimen la diferencia temporal entre la expedición y la recepción de la oferta.

La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella según el art.981 C.C.C.N.

Los artículos mencionados permiten inferir que los contratos celebrados por medios electrónicos pueden perfeccionarse de acuerdo a las reglas de los contratos entre presentes, siempre y cuando exista una comunicación interactiva que permita manifestar la voluntad de manera instantánea. Si no hay una comunicación interactiva instantánea se regirá por las reglas de los contratos entre ausentes.

FORMA Y PRUEBA

Los fenómenos voluntarios deben exteriorizarse de manera que sea socialmente apreciable e imputable a un hombre. El neo-formalismo apunta a la publicidad en cuanto afianzamiento de las relaciones, la seguridad jurídica y la prueba de los contratos. Hay una tendencia cada vez más acentuada a imponer formas menos constitutivas y sacramentales.

El C.C.C.N. estipula que siempre que no exista forma alguna impuesta por la ley, la manifestación de la voluntad puede realizarse por cualquier medio que las partes estimen conveniente, rigiendo en plenitud el principio de libertad de formas (art.284 C.C.C.N.).

La contratación por medios telemáticos se basa en mensajes emitidos y recibidos mediante códigos, claves y sistema de redes, no hay un papel que contenga la declaración de voluntad de las partes con la firma de ellas.

Pero el documento electrónico no es el concepto de escritura entendida en el pasado, no es el visualizado en la pantalla de un monitor de video, ni lo que se imprime. La forma electrónica es

propia y distinguible de la que se expresa sobre un papel. Se trata de impulsos electrónicos que simbolizan un lenguaje.

El hecho de que no sea escritura en el sentido generalmente extendido, no evita la asimilación jurídica que se hace de un sistema de expresión de la voluntad al otro, a efectos de dotarlo de validez.

En la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ley 22.765, dispone en su art. 13 que, a los efectos de esta, la expresión por escrito comprende el telegrama y el télex.

Según la Real Academia Española, télex es un sistema telegráfico de comunicación, que se sirve de un transmisor semejante a una máquina de escribir y de un receptor que imprime el mensaje recibido. (Española)

Cualquier contrato podría ser realizado por medios electrónicos, además de estar consagrada por la ley 25.506 en su art. 6, la equivalencia funcional de los documentos digitales a los documentos escritos.

Sin embargo, existen algunos contratos que por imperativo legal no pueden ser celebrados por medios electrónicos ya que la ley ha requerido la existencia de alguna formalidad en su celebración, como los contratos de compraventa de bienes inmuebles que deben ser realizados por escritura pública ante escribano, en la medida que no se ha implementado la escritura pública electrónica

La firma como elemento esencial de la expresión escrita, queda satisfecho con el uso de la firma digital que asegura la autoría e integridad del instrumento (art.288 C.C.C.N.).

De acuerdo a la ley 25.506 un documento firmado digitalmente hace presumir, salvo prueba en contra, que la firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma y que es íntegro, al constatar el procedimiento de verificación de firma digital del cual resulte que el documento no fue modificado.

De esta forma la carga de la prueba se invierte, será quién alegue que la firma no corresponde al titular del certificado digital o que el documento digital ha sido alterado desde su firma, quien deba acreditar tales extremos.

Según los usos y costumbres, la firma digital no es usada habitualmente en el comercio electrónico, máxime si se trata de contratos B2C o C2C.

Los usuarios normalmente manifiestan su consentimiento a través de una firma electrónica (art.5 25.506), que equivale a un instrumento particular no firmado (art.287 y 288 C.C.C.N.), lo cual supone que su valor probatorio estará supeditado a la ponderación de pautas establecidas en el art. 319 C.C.C.N. Además, importa la exclusión de las presunciones de autoría e integridad a nivel probatorio, pues la legislación exige que, en caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quién la invoca acreditar su validez (art.5 ley 25.506). El firmante es el que debe acreditar que elaboro el documento electrónico, lo envío, recibió, que no fue alterado, ni interceptado.

Si se trata de contratos formales, la exigencia probatoria estará mitigada si existe principio de prueba instrumental (art.1200 C.C.C.N.). (Grover Dorado, 2016)

En el caso de los contratos de adhesión, el predisponente se encuentra en mejores condiciones de probar. Según Prenafeta Rodríguez, se deberá probar la existencia y contenido de dichas

condiciones generales, además de la correspondencia entre la información dada, la entregada y su justificación documental.

En cuanto a la prueba de la efectiva aceptación de dichas condiciones, puede darse que una tercera parte archive las declaraciones de voluntad de los contratos electrónicos, consignando fecha y hora, acreditando aceptación de la recepción del producto en el domicilio o dirección de correo electrónico o a través de la descarga en el ordenador del comprador. Un claro ejemplo es la información que nos aportan los sistemas de pago utilizados, como el pago del precio del producto a través de tarjeta de crédito.

LOS TERCEROS DE CONFIANZA

Son certificadores y depositarios de documentos electrónicos, mediante sistemas informáticos vía web, ya sean públicos o privados. Implementan tecnología como la firma electrónica, el sellado de tiempo (timestamp), conexiones seguras y mecanismos de depósito electrónico en forma conexa, en atención a determinados estándares de seguridad. Reciben, custodian y ponen fecha al documento electrónico.

El fin de estos certificadores es atestiguar la ocurrencia de hechos y actos jurídicamente relevantes suscitados en el mundo virtual, para darles valor probatorio e incorporarlos a un proceso judicial. Es una solución a la fugacidad de la prueba electrónica y por la imposibilidad de recurrir a la diligencia de un notario público para constatar un hecho acaecido en el mundo virtual.

Su utilidad la vemos en la necesidad de establecer mecanismos idóneos para la custodia y protección de los documentos generados a través de esta nueva metodología de transacción comercial, además en la certificación de los mismos para ser utilizados como medios probatorios ante eventuales litigios que surjan de su celebración.

El tercero de confianza actúa como agente externo y ajeno a la relación contractual y es elegido de mutuo acuerdo por los interesados. Revisten la naturaleza jurídica de ser meros depositarios, lo que da origen a contratos de depósitos onerosos.

Lo esencial de este tipo de servicio es la conservación, custodia y autenticación de cualquier declaración de voluntad en formato electrónico, conforme el cumplimiento de protocolos electrónicos internacionales de seguridad necesarios.

El decreto 182/19 regulador de la ley 25.506 establece una primera concepción y como devendrá su aplicación práctica en la Argentina. Ya existen empresas en nuestro país que ofrecen estos servicios a través de sus portales web.

El contrato electrónico celebrado bajo la órbita del tercero de confianza constituye instrumento que establecerá inicialmente la validez y autenticidad de los actos o hechos jurídicos contenidos en los mismos, siendo factible su presentación en cualquier procedimiento judicial como prueba documental y requiriéndose su valoración a través de un dictamen pericial informático. Para Gastón E. Bielli son documentos electrónicos firmados.

CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN EL DERECHO DE CONSUMO

El C.C.C.N. define en su articulado a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales como a los contratos celebrados a distancia y los medios electrónicos resultan idóneos para su conclusión.

En el mismo sentido de admisibilidad de los contratos electrónicos se pronuncia la ley 24.240 y sus modificatorias, a pesar de utilizar conceptos distintos a los del C.C.C.N., utilizando los términos "venta por correspondencia" (art. 33 LDC) y "venta domiciliaria" (art. 32 LDC).

En el consentimiento observamos modificaciones acordes a las características propias de una relación de consumo, de esta forma la oferta, el deber de información y la revocación de la aceptación gozan de una regulación específica.

La oferta debe tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, el tiempo que permanezca accesible al destinatario según el art.1108 C.C.C.N.

La ley de defensa del consumidor (LDC) dispone que la oferta pública e indeterminada sea vinculante para el proveedor durante el tiempo en que se realice, debiendo tener fecha precisa de comienzo y finalización, así como sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación es eficaz difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. Su no cumplimiento es pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de dicha ley.

La publicidad que realizan los proveedores a través de los medios de comunicación juega un rol importante en la formación del consentimiento contractual. Según lo establece el tanto el art. 1103 C.C.C.N. y el art. 8 L.D.C., con idéntica redacción, "las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor". Asimismo, agrega el citado artículo de la L.D.C. que "en los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente". (Grover Dorado, 2016)

El C.C.C.N., por su parte, prohíbe en el art.1101 ciertos tipos de publicidad, aquellas que induzcan a error, sean abusivas, discriminatorias o induzcan al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Agrega también que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados, podrán interponer acciones judiciales que persigan la cesación de la publicidad ilícita, la publicación a cargo del demandado de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102 CCC).

El C.C.C.N. prevé la obligación genérica del proveedor de informar al consumidor el contenido mínimo y esencial del contrato. Cuando se utilizan técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, deben informarse todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos (art. 1107 C.C.C.N.).

En el mismo sentido, la L.D.C. establece de manera genérica el derecho del consumidor a recibir información cierta, clara y detallada sobre todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios a los que accede, y las condiciones de su comercialización. Prevé la gratuidad de dicha información para el consumidor en soporte físico o cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición, siempre y cuando el consumidor o usuario haya optado de forma expresa tal medio (art. 4 L.D.C.).

La reforma al art. 38 L.D.C., relativo a los contratos de adhesión o en formularios, dispone una nueva obligación para los prestadores de bienes o servicios, consistente en la publicación en su sitio web de un ejemplar del modelo de contrato a suscribir, como así también su disponibilidad en sus locales comerciales, debiendo entregar sin cargo y con antelación a la contratación, un ejemplar del modelo del contrato siempre que el consumidor así lo solicite. (Grover Dorado, 2016)

En la práctica, con ayuda de la ingeniería informática, se utilizan diversas formas para poner de manifiesto la voluntad del usuario, a fin de garantizar una prueba eficaz. En la página web el contrato se presenta arriba y los botones de aceptación abajo, o la opción de aceptación es liberada después de corrido todo el contrato a través de la barra lateral (scrow roll), la sección ya empieza con la opción marcada en "no acepto", haciendo que el usuario tenga que obligatoriamente cambiar la opción para seguir. De estas formas se busca que el consentimiento y su manifestación sean eficaces.

Se ha pronunciado la jurisprudencia norteamericana en varios casos, en los que se ha admitido la existencia de eficacia jurídica en estos contratos, al entenderse que al "aceptar" a través de la pantalla se manifiesta consentimiento y constituye una aceptación on-line; que efectivamente se firmó el contrato oprimiendo el botón "acepto"; y que por ese medio fue celebrado un contrato, como el leading case "Hotmail vs Van$ Money Pie". (Grover Dorado, 2016)

En la Unión Europea, la Directiva 2011/83/UE ("Directiva sobre los derechos de los consumidores"), dispone expresamente la inclusión de los contratos electrónicos bajo el concepto amplio de "contratos a distancia" (art. 2 inc. 7), además incluye a los contratos cuyo objeto es un "contenido digital" (debe entenderse por tal a datos producidos y suministrados en formato digital, como programas, aplicaciones, juegos, música, vídeos o textos informáticos) independientemente de si se accede a ellos a través de descarga o emisión en tiempo real, de un soporte material o por otros medios, además de establecer una detallada regulación del procedimiento de contratación por Internet, que incluye disposiciones relativas a: la obligación de informar al consumidor (art. 6), en particular en los contratos celebrados por medios electrónicos, "de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido" (art. 8 inc. 2); los requisitos formales de los contratos a distancia (art. 8), entre los que destacan la confirmación expresa del consumidor de que es consciente de su obligación de pago previo a efectuar un pedido, el etiquetado fácilmente legible con la expresión "pedido con obligación de pago" o una formulación no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante cuando el pedido se hace activando un botón o función similar (art. 8 inc. 2), la indicación de modo claro y legible de restricciones de entrega y modalidades de pago aceptadas (art. 8 inc. 3), la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable (art. 8 inc. 4); el derecho de desistimiento (arts. 9 a 16), con las naturales excepciones establecidas para "el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega" (art. 16 inc. i), y para "el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento" (art. 16 inc. m); la eliminación de tasas por utilización de ciertos medios de pago (art. 19); la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro en los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor (art. 20); la prohibición de las "opciones por defecto" para pagos adicionales (art. 22); la eximición de pago respecto del consumidor que no solicitó el suministro de algún servicio de contenido digital (art. 27); entre otras. (Grover Dorado, 2016)

La Jurisprudencia nacional se ha pronunciado para justificar la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes en los click-wrap agreements que "En los contratos informáticos la aceptación queda sujeta a la posibilidad de verificar -previamente- por parte del adquirente las condiciones generales de contratación. Dichas condiciones generales y su aceptación constituyen un documento electrónico. Para respaldar su legitimidad, se ha utilizado la modalidad de presentarlas de modo inevitable o forzoso para el usuario a fin de acreditar que las tuvo que leer antes de contratar. Ello servirá como prueba documental de la aceptación de la oferta en el caso de que el cliente niegue haber visto las condiciones a las que quedaba sometido. (Grover Dorado, 2016)

En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato (1110 C.C.C.N.). La notificación de tal revocación al proveedor debe hacerse por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo referido (art. 1112 C.C.C.N.).

Resulta casi idéntica la redacción del art. 34 L.D.C., conforme al cual, para las ventas domiciliarias y por correspondencia, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Inclusive la L.D.C. va más allá, al disponer que el vendedor cargue con la obligación de informar por escrito al consumidor de la facultad de revocación en forma clara y notoria.

El C.C.C.N. reglamenta los efectos de la revocación: si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido (art. 1113 C.C.C.N.); la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato no priva al consumidor de su derecho a revocar. Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último (art. 1114 C.C.C.N); el ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella.

Cabe destacar, por último, que la revocación de la aceptación, no obstante, salvo pacto en contrario, goza de una excepción específica para cierto tipo de contratos electrónicos, pues se trata de bienes inasibles que no admiten devolución: los contratos de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente. (Grover Dorado, 2016).

ADHESIÓN A CLÁUSULAS GENERALES PREDISPUESTAS

Todo contrato electrónico de adhesión, sea de consumo o no, debe cumplir con ciertos requisitos formales y sustanciales mínimos en relación a las cláusulas generales predispuestas que lo integran.

Las cláusulas deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible; se entienden no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art.985 C.C.C.N.).

Estos instrumentos son hechos de manera estandarizada, buscando abarcar la mayor cantidad de usuarios posibles, son hechos en masa. La autonomía de la voluntad queda limitada a la simple aceptación de todos los términos del contrato para su conclusión y perfeccionamiento, o a la no aceptación, quedándose el usuario sin el servicio o producto deseado.

Si bien la contratación electrónica se encuentra ahora más regulada por normas expresas del CCC y la LDC, todas ellas con la suficiente flexibilidad en materia de consentimiento contractual, debe advertirse una limitada autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión.

Evidentemente, dejar a la parte más débil una mera posibilidad de contratar o no, sin siquiera poder discutir el contenido de cualquier cláusula impuesta por la parte más fuerte de la relación de consumo, constituye una gran restricción a la voluntad. No obstante, esta desigualdad per se no alcanza para invalidar un contrato. En todo caso, para compensar una desigualdad fáctica, será menester que el ordenamiento jurídico equilibre la balanza a través de una desigualdad jurídica que consista en una tutela favorable a los intereses de los consumidores. (Grover Dorado, 2016)

PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Durante el iter contractual pueden ocurrir ciertas prácticas comerciales que limitan, restringen, tornan difusos o niegan derechos a los consumidores. Puede ocurrir que el contrato contenga cláusulas abusivas o que exista alguna situación jurídica abusiva.

El art. 1119 C.C.C.N. define a una cláusula abusiva como aquella que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

El art. 1120 C.C.C.N. considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el perjuicio provocado al consumidor, se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

El art. 8 bis de la L.D.C. establece una obligación al proveedor de garantizar condiciones de atención, trato digno y equitativo a consumidores y usuarios. Y en el mismo sentido se expresa el art. 1097 del C.C.C.N., que, además, señala el deber de abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Una práctica muy común es el incumplimiento del deber de información (art.4 L.D.C.), el consumidor tiene poca o nula información antes de celebrar un contrato y el proveedor tiene la obligación de suministrarle en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee; y que tal suministro debe ser gratuito.

En este mismo sentido, la Resolución de la Secretaría de Coordinación Técnica Nº104/2005 del Ministerio de Economía y Producción, que incorpora a la legislación nacional la Resolución Nº 21 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho de Información al Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas por Internet, establece que, concretamente, el proveedor deberá proporcionar al consumidor, en su sitio en Internet, en

forma clara, precisa y fácilmente advertible, la información que a continuación se detalla: a) Características del producto o servicio ofrecido conforme a su naturaleza; b) Disponibilidad del producto o servicio ofrecido, así como las condiciones de contratación del mismo y en su caso las restricciones y limitaciones aplicables; c) El modo, el plazo, las condiciones y la responsabilidad por la entrega; d) Los procedimientos para cancelación de la contratación y acceso completo a los términos de la misma antes de confirmar la transacción; e) El procedimiento de devolución, intercambio y/o información sobre la política de reembolso, indicando el plazo y cualquier otro requisito o costo que derive del mencionado proceso; f) El precio del producto o servicio, la moneda, las modalidades de pago, el valor final, el costo del flete y cualquier otro costo relacionado con la contratación, dejando expresa constancia que los posibles tributos de importación que resulten aplicables, no se encuentran incluidos en el mismo; g) Advertencias sobre posibles riesgos del producto o servicio; h) El procedimiento para la modificación del contrato, si ello fuera posible. (Grover Dorado, 2016)

Asimismo, se dispone complementariamente que el proveedor debe proporcionar al consumidor en su sitio en Internet, de manera clara, precisa, y de fácil acceso, al menos, la siguiente información: "a) Denominación completa del proveedor; b) Domicilio y dirección electrónica del proveedor; c) Número telefónico de servicio de atención al cliente y, en su caso, número de fax y/o correo electrónico; d) Identificación del proveedor en los registros fiscales y/o comerciales que correspondan; e) La identificación de los registros de los productos sujetos a sistemas de autorización previa; f) El plazo, la extensión, las características y las condiciones a la que está sujeta la garantía legal y/o contractual del producto según corresponda; g) Copia electrónica del contrato; h) El nivel de seguridad utilizado para la protección permanente de los datos personales; i) La política de privacidad aplicable a los datos personales; j) Métodos aplicables para resolver controversias, si estuvieran previstos; k) Las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato".

De acuerdo a los usos y costumbres en el comercio electrónico, la automatización de los procesos de adquisición de bienes y servicios, que reflejan una pulsión de consumo inmediato, provoca que no se informe debidamente al consumidor.

Por las dimensiones, disponibilidad y diseño del sitio web y/o plataformas de intermediación entre compradores y vendedores, existen limitaciones para brindar información, detallada y, por tal motivo, el proveedor debe remitir al consumidor a otra fuente de información, normalmente, un enlace o número telefónico.

Es usual que el texto del contrato al que el consumidor pretende adherir aparezca en idioma extranjero, o con deficiencias en la traducción o en el formato o en su redacción, de modo tal que lo hagan inentendible, sobre todo cuando se trata de proveedores con presencia multinacional. Además, algunos pueden incluir lenguaje técnico que escapa al entendimiento de un consumidor promedio. Todo ello, claramente contraviene el artículo 10 L.D.C., que prescribe que "la redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible", y el art. 985 C.C.C.N., que exige que las cláusulas generales predispuestas deban ser "comprensibles y autosuficientes", como así su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Será de aplicación lo prescripto por la Resolución 906/9835 de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería, relativa a la adopción de ciertas medidas en relación a los contratos escritos de consumo, a los textos incluidos en documentos que extiendan los proveedores, por los que se generan derechos y obligaciones para las partes y/o terceros, y a las informaciones que brinden por escrito los proveedores a los consumidores. (Grover Dorado, 2016)

La disponibilidad del texto legal del contrato posterior a la adquisición del producto o servicio y la remisión mediante enlaces o hipervínculos, transgreden el art. 10 L.D.C., particularmente cuando se dispone que la redacción no podrá contener reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente, y que, cuando se incluyan cláusulas adicionales, estas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 985 C.C.C.N. por el cual se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Mostrarle al usuario el texto del contrato sin darle la opción de aceptar mediante un click, no basta para el perfeccionamiento de un contrato, se requiere una acción positiva del usuario. Tampoco basta dejar marcada por defecto la opción que implica la aceptación de los términos del contrato, sin requerir acción alguna del usuario más que un click, un recurso utilizado por muchos sitios web que, a excusa de hacer más sencillo para los usuarios los pasos a seguir para realizar con éxito las transacciones, terminan por llevar a su máximo nivel al proceso de automatización de la expresión de la voluntad.

Creemos que lo correcto sería que la opción de "Aceptar", aparezca al final del texto, que requiera que el usuario baje (scroll down) hasta el final del mismo para encontrarse con ella, y que no aparezca marcada o en todo caso aparezca marcada la opción de no aceptar, de modo que requiera de una acción positiva que no deje lugar a dudas de la verdadera voluntad del usuario. (Grover Dorado, 2016)

Otra práctica muy habitual es dejar cláusulas adicionales fuera del cuerpo principal del contrato haciéndose mención de su existencia o remisión de ellas a través de un link o hipervínculo. Se induce al consumidor mediante alguna de las disposiciones que se muestran en el cuerpo principal del contrato a aceptar cláusulas adicionales, presumiéndose que el usuario las ha leído previamente. Será útil la aplicación del art. 10 L.D.C., en la parte que alude a que la redacción debe ser sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente.

También es dable señalar de la inexistencia de previsión de garantía o de asesoramiento posterior en los contratos electrónicos que el consumidor celebra con prestadores internacionales no radicados en el país, ante un defecto en un producto o una mala prestación del servicio contratado, contraviniendo lo dispuesto por el art. 10 inc. d), 11 y 12 (cuando se trata de cosas muebles no consumibles), 23 y 24 LDC (cuando se trata de servicios).

La inexistencia de posibilidad de dar de baja el servicio contratado por el mismo medio a través del cual se contrató viola el artículo 10 ter de la L.D.C., por lo que, si se contrató por medios electrónicos, por ejemplo, en el sitio web del proveedor, debería estar disponible el mismo medio para rescindir el contrato suscripto.

Los contratos electrónicos de adhesión de los que emergen relaciones de consumo pueden dar lugar también a las cláusulas abusivas definidas por el art. 1119 C.C.C.N. El art. 988 C.C.C.N. en materia de derecho de consumo deben tenerse por no escritas: las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En el mismo sentido el art. 37 L.D.C. dispone que se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; y las

cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Es muy habitual encontrar cláusulas de prórroga de jurisdicción y competencia, que suelen beneficiar los intereses del proveedor al establecer que será el del lugar donde el tenga su asiento principal, perjudicando los intereses del consumidor, al aplicársele una ley extraña y una competencia de difícil o imposible acceso, por los costos derivados de un eventual reclamos judicial.

Estas cláusulas implican una elusión inaceptable de la legislación nacional, amén de constituir una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor de red social (art.37 inc. b L.D.C.). Asimismo, tales cláusulas podrían afectar el principio de gratuidad en el acceso a la justicia (art. 53 L.D.C.) al imponer al consumidor la carga económica de un eventual litigio en el extranjero. (Grover Dorado, 2016)

También es usual que el predisponente establezca un lugar de cumplimiento favorable a sus intereses y perjudicial para el consumidor, el art. 1109 C.C.C.N., de aplicación al caso particular, es explícito en tal sentido: "En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita".

Con respecto a las políticas de privacidad (condiciones de protección de datos), que se incluyen cuando los contratos tienen por objeto el suministro de contenido digital y requiere una recolección y procesamiento de datos personales, suelen estar en documentos separados y en realidad son cláusulas que integran el contrato principal, esenciales a los fines de informar al usuario si existe una base de datos en la que se van a incluir sus datos personales, quién es el responsable de la misma, cuál va a ser la finalidad, si se van a ceder o no y a quién, y cuáles son sus derechos.

Estas políticas pueden encontrarse reñidas con las disposiciones de orden público de la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales como en materia de consentimiento del titular de los datos, de tratamiento de datos sensibles, de derechos del usuario de informarse, acceder, rectificar, actualizar y/o suprimir sus datos personales erróneos o falsos, generando así una disparidad en el equilibrio contractual que implique una renuncia de derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor de red social y que dé lugar a una cláusula abusiva. (Grover Dorado, 2016)

Dentro de la contratación de servicios informáticos que permiten al usuario subir y personalizar contenidos digitales, normalmente con el objeto de compartirlo con otros usuarios (blogs, video juegos en red, redes sociales), una de las cláusulas que usualmente se manifiestan como leoninas por constituir una renuncia a derechos del usuario son aquellas que otorgan de manera irrevocable, perpetua y con licencia mundial, los derechos sobre el material del usuario al proveedor del servicio informático, quien, a su vez, ve ampliados sus derechos a disponer libre e irrevocablemente de derechos de propiedad intelectual, cuando en realidad, la licencia debiera ceñirse a otorgar una autorización para que el proveedor pueda disponer de dicho material con la única y exclusiva finalidad de prestar el servicio al usuario en los términos explicados las condiciones generales de contratación. (Grover Dorado, 2016)

Cabe destacar que, si el contenido de propiedad intelectual involucra datos personales y/o derecho a la imagen y/u otros vinculados con derechos personalísimos, las consecuencias patrimoniales derivadas de su violación no pueden ser fijadas como daño directo por la Autoridad

de Aplicación (art. 40 bis L.D.C.), rigiendo el principio de reparación plena (art. 1740 C.C.C.N.). (Grover Dorado, 2016)

Por otro lado, no hay obstáculos legales para las "cláusulas compromisorias", que tienen por objeto prever un arbitraje como mecanismo de solución de disputas que surjan en caso de incumplimiento contractual. Pero ellas no deben limitar el ejercicio de acciones judiciales o condicionar el ejercicio de derechos de los consumidores.

Aquellas cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible, serán consideradas abusivas.

En relación a la responsabilidad contemplada por la L.D.C., sea cuando existe una deficiente prestación del servicio (art. 23 L.D.C.), o cuando resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40 L.D.C.), ambas en perjuicio del consumidor, cabe resaltar que aquella será solidaria para el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

La solidaridad aplica a los daños patrimoniales y no a los daños derivados de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales (Art. 40 bis in fine L.D.C.). Aquí rigen los principios generales de la responsabilidad civil (arts. 1708 y ss. C.C.C.N.).

Para todos los casos vistos, resulta aplicable el art. 10 del C.C.C.N. cuando tales cláusulas constituyan un abuso del derecho, cuando se contrarían los fines del ordenamiento jurídico o se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El 1118 C.C.C.N. las cláusulas, emerjan o no de contratos de adhesión, pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor. El límite legal está dado por el art. 1121 C.C.C.N. cuando dispone que no sean declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; y las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

El art. 1122 C.C.C.N. establece una serie de pautas a tener en cuenta en relación al control judicial de estas cláusulas. Y el art. 37 L.D.C. establece que los términos abusivos se tendrán no convenidos, sin perjuicio de la validez del contrato y de su eventual integración en sede judicial.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El uso de Internet ha generado un crecimiento exponencial del volumen y tipo de datos. Estos son producidos a gran velocidad y de forma continua por nosotros y a través de transacciones diarias realizadas con nuestros celulares, computadoras y tablets.

La inteligencia artificial la encontramos en todos lados, desde correctores ortográficos en nuestros dispositivos electrónicos; diccionarios predictivos; reconocimiento facial para validar nuestra identidad; el reconocimiento de la huella dactilar en nuestros móviles como contraseña para acceder a nuestros móviles; hasta la predicción de nuestros gustos personales que hacen las redes sociales a través del almacenamiento de nuestros patrones de búsqueda y de visitas, además de traernos publicidad del producto que previamente buscamos.

La inteligencia artificial también está cambiando el pensar jurídico contemporáneo. Su uso en buscadores de jurisprudencia, legislación, su implementación en los sistemas informáticos en los juzgados, es solo una pequeña parte de todo su potencial.

Frente a la Revolución Digital y la creación masiva de datos se postula la necesidad de herramientas que los analicen, lleven a cabo su procesamiento e identifiquen lo relevante. Estas herramientas tecnológicas ya existen y solo falta optimizar su uso y generar valor.

El nuevo paradigma de la inteligencia artificial que ya ha entrado en el mundo de los servicios financieros y que está incursionando en el mundo de los servicios jurídicos como por ejemplo el programa de inteligencia artificial Prometea creado por la Facultad de Derecho de la UBA, en conjunto con el Ministerio Público Fiscal de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

La utilidad de la inteligencia artificial se ve reflejada en el ámbito del derecho en la multiplicidad y diversidad de antecedentes que se pueden recoger sobre cada tema y la necesidad de usar la rapidez de los buscadores que permitan obtener información para el análisis de problemas legales.

Frente al fenómeno del Big Data, el cual puede definirse como un proceso de recolección de datos en grandes cantidades y cuyo análisis se efectúa por medios no tradicionales (Asorey, 2019), la aplicación de la inteligencia artificial está motivada a mitigar las situaciones que se producen en distintas disciplinas jurídicas, ante el agobio de la multiplicidad de datos para resolver problemas concretos.

Si bien la inteligencia artificial permite analizar en segundos toda la normativa, jurisprudencia y doctrina de un determinado tema, podría ser eliminada la subjetividad en la resolución de un caso, es decir aplicarse en los procesos judiciales por parte del juzgador, como por parte de los abogados litigantes prescindiendo de la subjetividad.

No hay que perder el norte de que la aplicación de esta tecnología al derecho debe tener como objetivo facilitar el trabajo al aplicador del derecho o del asesor en derecho, pero no puede pretender reemplazar la subjetividad humana con la finalidad de obtener una respuesta. No es posible encontrar soluciones a los conflictos que el derecho presenta sin el discernimiento humano de la cuestión.

Es más, la recolección de mayores datos no es garantía de que sean relevantes y que sean capaces de ponerse al servicio de la justicia.

Por otro lado, el big data puede solidificar el status quo, pues mientras la memoria biológica es un sistema fantástico de filtración y organización de la información, que recuerda lo importante, olvida lo insignificante, reconstruye el pasado constantemente y le da distintos valores a distintas memorias, las memorias digitales lo recuerdan todo sin reinterpretarlo, ni valorarlo, es la antítesis de la memoria biológica. (Asorey, 2019)

Los operadores jurídicos podrán recurrir a la inteligencia artificial, pero las decisiones que se tomen van a tener que pasar por la subjetividad del sentenciante. Ya sea para aplicar inteligencia artificial a la resolución de una sentencia o al momento de ejecutar tares profesionales de asesoramiento.

De esta forma se usa como medio para formular juicios informados, pero no significa que sustituye el discernimiento en la interpretación y la aplicación del derecho.

LOS ALGORITMOS Y BLOCKCHAIN

La inteligencia artificial procesa datos a través de algoritmos. Los algoritmos son un conjunto de instrucciones, un esquema ejecutivo, donde se almacenan todas las opciones de decisión en función de los datos que se vayan conociendo.

En el algoritmo vemos la descripción de las opciones que representa tal esquema y todas están conectadas entre sí. Cada eventualidad tiene descripta su consecuencia a través de un intercambio automático de datos.

La cadena de bloques o blockchain esta creada por algoritmos de consenso que le dicen al sistema que pasos seguir para producir los resultados deseados, es el que verifica los balances, las firmas, confirma las transacciones y ejecuta la validación de los bloques. Por otro lado, el protocolo de blockchain define la forma en la que van a interactuar los nodos, como se transmiten los datos y los requisitos para que una validación de bloque sea efectiva.

Es una base de datos descentralizada ya que la información esta replicada en todos los ordenadores de los usuarios, en múltiples equipos con acceso independiente a la información, en forma encriptada. Encriptar es la acción de bloquear los datos con un código secreto que oculta su verdadero significado.

Además, la base de datos tiene la particularidad de ser inalterable porque al registrarse la información genera códigos únicos que se guardan en todos los ordenadores o nodos de la red, y que modificada la información cambia su código único por otro código único registrados en todos los nodos, de esta forma puede corroborarse su autenticidad y si fueron o no alterados.

Para que la transacción sea válida debe aparecer escrita exactamente igual y al mismo tiempo en todos los nodos de la red. Lo mismo pasa con cada nuevo bloque de información, es necesario dotarlo de la autenticidad del viejo bloque para ser parte de la cadena. Todos los bloques de la cadena utilizan un código único, una contraseña llamada hash, y cada uno se agrega a un listado de todas las transacciones realizadas previamente que forman la cadena de bloques.

El encadenamiento de los datos y sus claves criptográficas requiere para ser fraguada que todos los servidores se pongan de acuerdo en la defraudación y su realización debe ocurrir al mismo tiempo en todos los nodos sin que los operadores se conozcan entre sí.

PARADIGMA CONTRACTUAL INTELIGENTE

Las características de la tecnología blockchain hace posible pasar de una Internet que solo intercambia información, a una Internet que intercambia valor. En blockchain pueden registrarse operaciones, fechas, cantidades, participantes y cosas que tengan valor como dinero, acciones, bonos, votos de elecciones, entre otras.

En el Código velezano el contrato respondía al acuerdo de voluntades celebrado en forma instantánea, discontinua, entre iguales y de cambio. Para el norteamericano Ian Mc Neil, quién elaboro la teoría de los contratos relacionales, el contrato clásico es discontinuo porque tiene al momento de su celebración todos los comportamientos a ser realizados en el futuro, un típico instrumento de intercambio.

Dentro de la concepción clásica del contrato imperaba el principio de la autonomía de la voluntad, la determinación en cuanto al objeto, y la idea de que el contrato no podía ser modificado. Para Mc Neil, en el mundo contemporáneo los contratos son más complejos que los previstos en

este modelo cerrado y las soluciones jurídicas del modelo clásico no responden a las necesidades del mundo actual.

Los contratos relacionales son de larga duración y de clausulas abiertas que dan flexibilidad a las partes para futuros acuerdos, cuando se planean negocios complejos a largo plazo o en economías tan cambiantes como la nuestra, en donde se pueden prever clausulas de ajuste de precios o redistribución de los riesgos.

Hoy al contrato se lo piensa como un proceso que liga a sus partícipes y se dirige a una finalidad específica, que atraviesa distintas fases en su desarrollo comenzando por las tratativas, la conclusión, ejecución y el período post-contractual. Es una figura con vida propia que lejos de nacer y morir en un mismo momento, se extiende y está sujeto a mayores eventualidades que las previstas anticipadamente.

Si se ha superado el modelo clásico y estático del contrato, como la codificación en la cadena de bloques, que se vale de ser inmodificable para la seguridad del sistema y autoejecutable, permitiría la introducción de clausulas abiertas cuando el código del contrato tiene acciones establecidas con su respectivas consecuencias se va a ejecutar de acuerdo a ese código y en base a cierta información exterior, con su oráculo, que verifica que se den las condiciones necesarias para su ejecutabilidad, podría llegarse a cubrir todas las eventualidades que existen, podría llegar a cubrir el detalle o la riqueza de los hechos y no provocar injusticias o estancamiento (memoria biológica diferente a la memoria informática).

CONTRATOS INTELIGENTES

Si bien no aparecen aún en nuestra normativa de forma expresa, ni existen precedentes judiciales al respecto, podemos definirlos como programas informáticos. Estos facilitan, aseguran, hacen cumplir y ejecutan los acuerdos registrados entre dos o más partes en la blockchain.

Los algoritmos que lo componen operan bajo la característica de no poder ser controlados por ninguna de las partes y con una ejecución automatizada.

El código de programación funciona con algoritmos llamados if then o if then else. Función que permite crear una variedad de elementos calculados de maneras distintas para agrupar, filtrar, rotular, excluir, o segmentar los resultados, dependiendo si la expresión se cumple o no.

IF (si) THEN (valor verdadero) ELSE (valor negativo) ENDIF (resultado)

El resultado depende de si la condición se cumple o no, la cual desencadenara una acción.

Las partes se ponen de acuerdo en las clausulas que los van a obligar, arman el programa en base a ello y lo suben al blockchain con la ayuda de un experto en informática. A partir de allí el contrato analiza las condiciones ejecutando un algoritmo u otro, dependiendo de lo que acontezca. Suele estar compuesta por una interfaz de usuario y emular la lógica de las clausulas contractuales.

La verificación de los presupuestos que operan como condiciones se da con la búsqueda de información externa y se satisface con el concepto de oráculo. El oráculo es una herramienta informática que le permite al smart contract auto-ejecutarse al verificar previamente cierta información como por ejemplo precios oficiales de divisas o información de la torre de control sobre el despegue de vuelos. Esto implica recurrir a una fuente externa por fuera de la blockchain.

Un ejemplo de oráculo es Oraclize de la firma Provable, que implementa un sistema de comparación de información de diferentes fuentes a los efectos de arrojar resultados.

Las ventajas de los contratos inteligentes son notables, brindan seguridad y reducen costos de transacción si se tuviera que ejecutar por incumplimiento de lo pactado. “La posibilidad de ejecutar las obligaciones adquiridas en un acuerdo contractual sin la necesidad de recurrir por vía jurisdiccional a que un juez obligue al deudor moroso al cumplimiento de lo contratado seguramente cambiara de manera radical la forma en que concebimos la ejecutabilidad de las obligaciones en los acuerdos contractuales”.

Además, hace posible una administración de justicia más efectiva en relación con la velocidad de la ejecutabilidad inmediata del contrato incumplido, superando la monopolización del derecho por parte del Estado. Las tecnologías que habilitan la descentralización de los medios de producción y/o poder de coerción, proveen su mayor beneficio al descongestionar las funciones que tradicionalmente estaban solo permitidas al Estado.

Esta tecnología con capacidad de autogestionarse nos habilita a una descentralización a la hora de solucionar conflictos surgidos del incumplimiento. Además de permitir el ahorro de tiempo, evita la intervención de escribanos y los gastos de procedimientos judiciales.

Si hablamos de las desventajas que posee la tecnología blockchain, vemos que la automatización de ciertas tareas realizadas por personas trae consigo una nueva configuración del trabajo. Esto podría solucionarse orientando laboralmente a la población al sector de la programación que aún le queda mucho por desarrollar.

Otra contingencia para analizar es la irreversibilidad de las transacciones. Un error en el contrato o un contrato mal programado que bloquee los fondos recibidos.

Las limitaciones en cuanto a su redacción también son notorias. El código podrá capturar el dinamismo del mundo real y la totalidad de las eventualidades que puedan suceder. Si bien la inmutabilidad hace a la seguridad de estos contratos, es desventajoso ante agentes externos que puedan alterar el acuerdo, casos fortuitos o de fuerza mayor.

En cuanto a su creación, es necesario contar con formación en informática para poder programarlos. No obstante ello, proyectos como Etherum traen la posibilidad de crear los contratos con mayor facilidad y a través de una interfaz más amigable para los usuarios.

DESAFÍOS JURÍDICOS

La normativa general del contrato contiene criterios para verificar si un smart contract puede tener validez jurídica y capacidad para ser legalmente exigible. Nuestro sistema legal le reconoce a la autonomía de las partes el poder concretar acuerdos legalmente exigibles y el poder contratar libremente en los términos que consideren.

Mientras se cumplan las exigencias básicas del derecho contractual, el tener un objeto lícito como el modo de formalizarlo, no contravengan normas legales imperativas, que exista consentimiento válido entre las partes y obedecer a una causa lícita.

La tecnología blockchain como sistema de registro cumple con el concepto de documentos digitales con firmas electrónicas, incorporados a nuestro derecho en el art. 5 y 6 de la ley 25.506 de firma digital. Y el art. 10 de la ley 27.446 que modifica la anterior, consagra una presunción iuris tantum: “Cuando un documento electrónico sea firmado por un certificado de aplicación, se

presumirá, salvo prueba en contra que el documento firmado proviene de la persona titular del certificado".

Con respecto a la voluntad de las partes, para la validez del consentimiento debe ser posible acreditar que en la formalización del contrato las partes son expertas en el lenguaje de programación utilizado para crearlos, o que aún no siéndolo se han formulado las clausulas en un lenguaje natural, o que se han efectivamente comprendido.

En las relaciones de consumo, a la habitual posición de desventaja entre la parte predisponente y el consumidor, se suma el desconocimiento de las tecnologías sobre las cuales se construye el contrato y las particularidades de su ejecución automática. De esta forma existirá un especial deber de información, base fundante del derecho al consumidor.

Asimismo, los contratos inteligentes que no se concluyan entre personas físicas o jurídicas, sino entre computadoras o cosas conectadas a través del Internet de las cosas (IoT), como una heladera que compruebe la falta de manteca y emite una orden de compra al supermercado que a su vez remite el producto al domicilio del propietario de la heladera.

La ley solo admite la contratación entre personas, así que a los efectos legales siempre habrá que buscar quién es la persona física o jurídica que tiene el control sobre el dispositivo, y a quién se le atribuirán las obligaciones y responsabilidades pertinentes.

Si bien la característica de los contratos inteligentes es la fiabilidad en las transacciones entre partes que no se conocen y en un entorno sin intermediario centralizado, habrá de verificarse si desde el punto de vista probatorio en caso de litigio, los tribunales consideraran que se han generado bases suficientemente sólidas sobre la identidad de las partes, el consentimiento sobre el contenido de lo acordado, y de la fecha y de la hora.

Las aplicaciones de esta tecnología en el mundo actual lo vemos en la empresa internacional Uber, que proporciona a sus clientes vehículos de transporte con conductor, a través de su software de aplicación móvil, que conecta a pasajeros con conductores de vehículos registrados, los cuales ofrecen un servicio de transporte a particulares. En función de un programa aportado por un tercero se concertan y ejecutan acuerdos entre el chofer o el transportista y el cliente o transportado, previendo la gran mayoría de las circunstancias que se puedan suceder.

CONCLUSIONES

El desarrollo de la tecnología y su aplicación al derecho nos permite visualizar nuevas formas de hacer, nos da pie a ser creativos, nos alienta a ser innovadores y a repensar nuestra realidad.

La masificación de las operaciones y su contenido multinacional permitió variar el carácter de la relación contractual típica, convenida y ejecutada con la presencia personal e igualitaria de las partes.

Aparecen los contratos electrónicos, los celebrados sin la presencia física de las partes, quienes prestan su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos. Estos se imponen en virtud de la celeridad y rapidez que permite el medio por el cual son celebrados.

Luego la inteligencia artificial, frente al fenómeno de los datos masivos, busca mitigar el agobio de la multiplicidad y diversidad de datos que existen para resolver problemas concretos. Nos vemos

en la necesidad de contar con la rapidez de los buscadores a fin de tener la información más relevante para el análisis de problemas legales.

La aplicación de la inteligencia artificial al derecho debe tener como objetivo facilitar el trabajo del sujeto aplicador del derecho o de quién asesora sobre una problemática en particular, y por sobre todo no debe pretender remplazar la subjetividad humana.

La memoria biológica recuerda lo importante, olvida lo insignificante, reconstruye el pasado constantemente y les da distintos valores a diferentes memorias, esta es su particularidad y su importancia, a diferencia de la memoria digital que lo recuerda todo sin reinterpretarlo ni valorarlo.

La inteligencia artificial deberá ser usada como un medio para formular juicios informados, pero no puede por sí misma sustituir el discernimiento humano.

EXCLUSIÓN DEL CÓMPUTO DE LAS MAYORÍAS - LA PARTICULARIDAD DE LOS CRÉDITOS FISCALES

Javier AMUCHÁSTEGUI - Leonardo MENESCARDI

Resumen: La exclusión del cómputo de ciertos acreedores a los fines del voto de la propuesta de acuerdo es un instituto cuyo fin tuitivo es proteger a la masa de acreedores, evitando votos cuya motivación tenga fines extra crediticios. Al tener carácter prohibitivo, la interpretación del artículo que la prescribe, debe necesariamente ser restrictiva. Sin embargo, por la colisión entre el ordenamiento jurídico concursal y el fiscal, se presenta en jurisprudencia la posibilidad de excluir del cómputo a los acreedores fiscales; ello en procura de obtener la aprobación del acuerdo preventivo.
Palabras claves: Concurso Preventivo - Exclusión - Créditos Fiscales - Categorización.

Abstract: The exclusion of the calculation of certain creditors to vote for the proposal of the agreement is a legal tool the protective end of which is to secure the body of creditors, by avoiding votes with motivation for non-claim-related ends. Since it has prohibitive character, the interpretation of the section it prescribes shall necessarily be restrictive. However, in case law, the possibility to exclude the tax creditors from the calculation is presented; that to ensure obtaining the preventive agreement´s approval.
Key Words: Preventive Contest - Exclusion - Tax Credits - Categorization.

A. INTRODUCCIÓN

El “Concurso Preventivo” en el ordenamiento jurídico argentino es una de las herramientas más importantes y contundentes con las que cuentan las personas -sean de existencia visible o de existencia ideal- que se encuentran en dificultades económicas o financieras a los fines de salvaguardar su patrimonio y poder hacer frente a las deudas contraídas.

Es a través del referido proceso donde el deudor “concursado” intenta arribar a un acuerdo “Acuerdo Preventivo” con la mayoría de sus acreedores, y que, una vez homologado produce efectos *erga omnes*, es decir, produce efectos para la totalidad de los acreedores del concursado, hayan prestado la conformidad al acuerdo o se hayan opuesto. Ello, con el objeto de evitar la quiebra y la consecuente liquidación forzosa de todos sus bienes.

Para la obtención del acuerdo, el concursado debe lograr las conformidades de la masa crediticia compuesta de los acreedores quirografarios con derecho a voto, la cual buscaremos delimitar en presente trabajo. Con este fin, analizaremos las reglas y excepciones dentro del proceso en cuestión, requisitos, exclusiones, condiciones y efectos del sistema.

Para ello, en primer lugar, analizaremos la “Masa Crediticia”, en cuanto al concepto, requisitos y su propia naturaleza.

Una vez afianzado el mismo, procederemos a desmenuzar el "Cómputo de las Mayorías", es decir, cómo se computa el voto de los acreedores a través de la exigencia de la doble mayoría (de acreedores y capital).

Para poder cumplir con dicho fin, ineludiblemente deberemos examinar cuáles acreedores tienen derecho a votar y cuáles son los acreedores que por expresa disposición legal se encuentran excluidos del cómputo, es decir, aquellos que pese a haber verificado su crédito en tiempo y forma, no pueden ejercer libremente su derecho al voto porque así lo indica la norma.

Capítulo aparte merece analizar si la disposición legal que excluye a ciertos acreedores las enumera en forma taxativa o enunciativa.

Seguidamente, expondremos la posibilidad -pretoriana- de la que han empezado a valerse los concursados, esto es, la de solicitar la "Exclusión del Cómputo de las Mayorías" a los acreedores hostiles y a los fiscales.

Con relación a los primeros, tanto la doctrina como la jurisprudencia son pacíficas en torno a los supuestos y requisitos para que se configure esta exclusión, y los efectos que la misma acarrea.

En referencia a los segundos, vemos que estos pedidos son generalmente fundamentados por aplicación análoga de las exclusiones legales y las razones que las justifican. Pero también son sustentados en la naturaleza misma de los acreedores en cuestión (Fisco Nacional, Provincial o Municipal) y la imposibilidad de éstos de poder votar en forma favorable a quitas o esperas. Dicha imposibilidad produce una colisión entre el ordenamiento jurídico fiscal y el concursal, y es justamente la causa por la cual (reiteramos, pretorianamente), se fue admitiendo esta solución.

Analizaremos en consecuencia la jurisprudencia reciente en la materia, examinando la doctrina judicial y los efectos que genera esta exclusión de los acreedores fiscales del cómputo de las mayorías, para llegar a una conclusión sobre si resulta conveniente su admisión o no.

Esperamos humildemente que el presente trabajo brinde la información necesaria para que los lectores se interesen en la materia tratada, y que de este modo la conclusión a la que arribemos sea el punto de partida para su profundización y nuevos estudios.

B. MARCO TEÓRICO

1. Masa crediticia

La "Masa Crediticia" es el conjunto de acreedores quirografarios que se encuentran habilitados para emitir un voto válido, con relación a una propuesta de acuerdo ofrecida por el concursado, los cuales son tenidos en cuenta para la configuración de las mayorías (de capital y de persona) para que el acuerdo pueda ser homologado.

Entendemos por "Acreedor Quirografario", aquel acreedor que posee un crédito común, esto es, un crédito sobre el que no se le reconoce privilegio alguno, conforme lo prescribe el art. 248 de la Ley de Concursos y Quiebras (L.C.Q.).

Este carácter de "Acreedor Quirografario", habilitado para emitir voto válido a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor concursado, surge de la conjunción de dos normas que integran el ordenamiento jurídico concursal.

En efecto, mediante la aplicación de las mismas se determina el elenco de acreedores legitimados para participar en el trámite de la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo formulada por el concursado.

La primera de ellas es el art. 36 L.C.Q., que reza:

*"**ARTÍCULO 36.- Resolución judicial.***

Dentro de los DIEZ (10) días de presentado el informe por parte del síndico, el juez decidirá sobre la procedencia y alcances de las solicitudes formuladas por los acreedores. El crédito o privilegio no observados por el síndico, el deudor o los acreedores es declarado verificado, si el juez lo estima procedente.

Cuando existan observaciones, el juez debe decidir declarando admisible o inadmisible el crédito o el privilegio.

Estas resoluciones son definitivas a los fines del cómputo en la evaluación de mayorías y base del acuerdo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente." (lo resaltado nos pertenece).

Esta norma se complementa con el art. 45 L.C.Q. que prescribe:

*"**ARTÍCULO 45.- Plazo y mayorías para la obtención del acuerdo para acreedores quirografarios.***

...La mayoría de capital dentro de cada categoría se computa teniendo en consideración la suma total de los siguientes créditos:

a) Quirografarios verificados y declarados admisibles comprendidos en la categoría;

b) Privilegiados cuyos titulares hayan renunciado al privilegio y que se hayan incorporado a esa categoría de quirografarios;

c) El acreedor admitido como quirografario, por habérsele rechazado el privilegio invocado, será excluido de integrar la categoría, a los efectos del cómputo, si hubiese promovido incidente de revisión, en los términos del artículo 37."

En consecuencia, para que un acreedor quirografario pueda emitir válidamente su voto, deberá en ser verificado o admitido como tal; o bien ser un acreedor privilegiado y haber renunciado a tal privilegio (siendo indiferente si tal privilegio es general o especial).

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, determinado sector de la doctrina entiende que existen otros acreedores que eventualmente se puedan incorporar al proceso con posterioridad a la resolución verificatoria y antes del fin del período de exclusividad (v.gr., por vía de verificación tardía o resolución de recurso de revisión); y que estos acreedores puedan ser incluídos en la masa crediticia a los fines del cómputo de las mayorías, pese a no encontrarse verificados o admitidos en la sentencia de verificación.

Entre ellos, se observan diversas posturas:

1) Una corriente[791] entiende que deben computarse a estos acreedores para el cálculo de las mayorías siempre y cuando su incorporación no haga peligrar la aprobación del acuerdo.

791 HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal. Tomo 2. Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000. Este autor sostiene: "Los acreedores con verificación tardía son computables en tanto su incorporación no perjudique o ponga en peligro la obtención de las mayorías. en este sentido, un fallo resolvió que no es posible computar a un acreedor con

2) Algunos autores[792] admiten su participación en la votación siempre que logren ser reconocidos antes del dictado de la resolución de categorización prevista en el art. 42 L.C.Q.

3) Por último, otra posición expresa que sólo gozarán del derecho a voto aquellos acreedores que hayan obtenido su reconocimiento por las vías extraconcursales autorizadas en el art. 21 de la ley 24.522, siempre antes del dictado de la resolución de categorización.

Por nuestra parte, y sin intención de analizar la justicia y/o coherencia del sistema legal en el que nos encontramos, sostenemos que no existe posibilidad alguna de ampliar la masa crediticia fijada en forma tajante por nuestro ordenamiento jurídico concursal. La claridad y contundencia del texto legal del art. 36 L.C.Q. transcripto precedentemente, no resistiría el menor análisis. Es que en forma expresa indica que la Sentencia de Verificación de Créditos resuelve en forma definitiva a los fines del cómputo de las mayorías. No deja entonces laguna legal alguna que permita (por la vía que sea) la incorporación de nuevos acreedores con derecho a voto.

El ingreso a esta "masa crediticia" otorga a los acreedores el derecho a voto, entendido como la *libre expresión de los acreedores.* Como ilustra la jurisprudencia, "una vez establecido el derecho de los acreedores a sus acreencias sean computadas como base para el cálculo de las mayorías, es claro que tanta protección jurisdiccional merece el derecho a aprobar una propuesta concordatoria como la facultad de rechazarla, en tanto, dado que cada acreedor se encuentra en completa libertad de decidir si concede o no al deudor las ventajas que éste requiere para superar su estado de insolvencia, aparece como manifiesto que es tan respetable su derecho a adherir a la oferta efectuada como su opuesto" (CNCom, Sala A, 8/3/12, EPSA Electrical Products SAIyC s/ concurso preventivo". *el Dial,* AA7624).

2. Régimen de la mayoría.

Una vez definida entonces la masa crediticia, y ya en la etapa procesal llamada "Período de Exclusividad", los acreedores quirografarios verificados y declarados admisibles se convierten en los verdaderos protagonistas del Concurso Preventivo.

Ello debido a que el deudor está "obligado" a conseguir la aprobación de una propuesta de acuerdo de pago con ellos.

Si no logra este cometido en el plazo fijado en el art. 43 L.C.Q., el juez concursal se verá forzado a declarar la quiebra indirecta del concursado o, si correspondiera, resolverá la apertura del trámite previsto en el art. 48 de la ley 24522.

La aprobación de la propuesta de pago otorgada por los acreedores quirografarios debe contener los siguientes requisitos *sine qua non*:

1) consistir en una manifestación de voluntad individual;

2) presentarse por escrito, en un instrumento público o privado con firma certificada (sea ante un escribano o una autoridad judicial competente);

verificación tardía lograda a póco tiempo del vencimiento del plazo de exclusividad, pues ello altera la planta de acreedores con los cuales el concursado ha negociado en ese período, lo que pone en riesgo el logro de las mayorías".

792 VAISER, Lidia, Categorización de acreedores. Algunos conflictos que se suscitan durante el período de exclusividad. En LL, 1998-C-1252. Esta autora expresa: "no existiendo óbice legal a tal efecto, los acreedores que se incorporen al pasivo antes del vencimiento del período de exclusividad, integran la base de cómputo de las mayorías que concurren a la aprobación del acuerdo, siempre que tal situación se verifique antes de la oportunidad prevista en el art. 42".

3) suscribirse con fecha posterior a la última propuesta o modificación realizada por el concursado;

4) presentarse en el expediente antes del vencimiento del período de exclusividad o, en su caso, de prórroga;

Recapitulando entonces, para poder obtener la aprobación de la propuesta de acuerdo, el concursado debe acompañar al juzgado (por escrito, insistimos) el texto de la misma con la conformidad de la mayoría absoluta de los acreedores que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada categoría.

Es decir, se exige una doble mayoría: por un lado, mayoría absoluta de acreedores, y por otro lado, la mayoría "de capital", la que se calcula sobre la suma total de los créditos cuya titularidad corresponda a las personas que votaron favorablemente, y que debe representar mínimamente, las dos terceras partes del capital verificado.

A su vez, la norma prescribe que estas mayorías deben lograrse dentro de cada una de las categorías (si es que el concursado hubiera categorizado a sus acreedores).

Tal como fuera expuesto precedentemente, nos referimos siempre a los acreedores que culminaron la verificación tempestiva y que fueron declarados verificados o admisibles en la Sentencia de Verificación de Créditos del art. 36 L.C.Q.

Para lograr la mayoría de acreedores, el cómputo es por persona. Es decir, aún si tuvieran más de un crédito verificado o admitido, se considera un único voto por cabeza.

La mayoría es adquirida cuando se obtiene la conformidad de más de la mitad de los acreedores verificados o declarados admisibles en todas las categorías.

Por su parte, la base para calcular la mayoría de capital se obtiene sumando el capital de todos los créditos cuyos titulares tengan derecho a voto.

Por ende, corresponde contar la suma total de capital de los créditos quirografarios verificados y declarados admisibles en la Sentencia de Verificación del art. 36 L.C.Q. (si hubiera categorización, en cada una de las categorías), así como también los créditos que hubieran renunciado a su privilegio, conforme fuera explicitado con anterioridad.

Para calcular la mayoría de capital, a diferencia de la mayoría de los acreedores, nuestro ordenamiento jurídico exige que sea compuesta mínimamente por las dos terceras partes del total del capital que se compute en cada categoría.

Como fácilmente se colige, resulta una mayoría más agravada en comparación con la exigida de acreedores.

Tal como hemos transcripto precedentemente, a tenor de lo dispuesto por el art. 45 inc. c) L.C.Q., se excluye del cómputo aquellos acreedores que, habiéndoseles rechazado el carácter privilegiado, fueron verificados como quirografarios y hubieran incoado el incidente de revisión prescripto por el art. 37 L.C.Q.

3. Exclusiones legales para votar la propuesta.

En nuestro ordenamiento concursal, además de la exclusión antes referida, se prevé un supuesto de acreedores que son excluidos del cómputo de las mayorías requeridas para alcanzar la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, por expresa prohibición legal.

Es decir, que pese a haber insinuado su crédito por la vía tempestiva ordinaria, haber sido verificado o declarado admisible el mismo en la Sentencia de Verificación respectiva, y por ende, haber sido incorporados al pasivo concursal, se encuentran vedados de votar (sea por la afirmativa o por la negativa) sobre la propuesta de acuerdo ofrecida en tiempo y forma por el concursado.

Tales exclusiones se fundan en la existencia de un vínculo de índole familiar con el deudor o en el caso de sociedades, a sus socios y administradores y en la idea de que dicha circunstancia afectará la decisión de los acreedores al momento de evaluar el ofrecimiento del concursado, ya que es probable que se inclinen por favorecerlo y deleguen la defensa de la integridad del pago de su propia acreencia en desmedro del resto de los acreedores. No obstante las opiniones contrarias, la exclusión de voto goza de plena vigencia al estar contemplada en el art. 45 de la L.C.Q.[793].

De esta manera, se evita que los acreedores que se encuentren inducidos a votar en determinado sentido, lo puedan realizar.

El fin tuitivo de nuestro ordenamiento jurídico concursal es asegurar que la aprobación o el rechazo de la propuesta de acuerdo sea únicamente el resultado del voto efectuado con discernimiento, intención y voluntad de cada uno de los acreedores; esto es, sin vicio ni intencionalidad oculta alguna.[794]

Así, la norma aludida expresamente señala:

"ARTICULO 45.- Plazo y mayorías para la obtención del acuerdo para acreedores quirografarios.

...Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma..."

Siguiendo la clasificación elegida por el maestro Heredia, podemos distinguir según se trate de "Exclusiones en el concurso de personas físicas" y de "Exclusiones en el concurso de sociedades" (o "Exclusiones en el Concurso de personas de existencia visible y Exclusiones en el Concurso de personas de existencia ideal" según el art. 31 del Código Civil y Comercial argentino).

a) Exclusión en el Concurso de Personas de Existencia Visible.

El primer excluido es el cónyuge del concursado. La Ley de Concursos y Quiebras nada prescribe acerca de las uniones convivenciales; es que, por una cuestión temporal, esta figura apareció en nuestro Ordenamiento Jurídico, con posterioridad al texto actualizado de la Ley 24.522; por lo que su prohibición o no, presenta alguna duda en la doctrina (como lo era el concubinato).

Sin embargo, e interpretando restrictivamente la prohibición, entendemos que, no habiendo vínculo familiar o sociedad conyugal entre ellos, tal como expresamente requiere la norma en cuestión, no se encuentran proscritos para votar. Ello aún cuando la propia naturaleza y aristas de una unión convivencial, la asemejen a un matrimonio.

793 DI TULLIO, José Antonio, PRONO, Patricio M. y USANDIZAGA, Manuel, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Ed. LA Ley, Buenos Aires 2017, Tomo X Concursos y Quiebras, pag. 487/488.
794 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 108.

Así también, la norma incluye dentro de los excluidos a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos.

Esta formulación contradijo la normativa del antiguo Código de Comercio, hoy derogado por ley 26.994, que habilitaba el voto de dichos acreedores, pese al parentesco aludido, aduciéndose que la moral y las relaciones de familia no se hallaban comprometidas, debiendo primar el derecho de voto de su calidad de acreedores.

En consecuencia, la regulación de la exclusión mereció críticas de la doctrina, que interpretó que tanto la legislación italiana que había incorporado igual modificación, como la argentina, carecen de fundamento y son fruto de un temor de probable parcialidad, que constituyen verdaderas "sensiblerías", pues el mismo fundamento existe en los lazos de amistad, que muchas veces obligan más desinteresadamente que los de parentesco.

Más allá de este criterio, lo real y cierto es que no puede negarse que las relaciones familiares establecen vínculos de afecto que limitan la libertad de la persona, y aquí debe verse el fundamento de la prohibición.

Dicho de otro modo, tales acreedores, por su situación personal, carecen de libertad para decidir entre aceptar o rechazar la propuesta, presumiendo la ley que el interés del acreedor excluido sería favorecedor al deudor, aún con la salvedad puntualizada por Quintana Ferreyra en orden a que lo que está de por medio es la tutela de la relación familiar[795].

En resumen, serían dos las razones por la cual el legislador excluye este tipo de acreedores. Por un lado, el legislador presupone la parcialidad del acreedor vinculado por lazos de familia, la cual iría en desmedro de la restante masa de acreedores. Por otro lado, elige priorizar las relaciones de familia por sobre las relaciones comerciales.

Finalmente, también se excluye a los cesionarios dentro del año anterior a la presentación del concurso.

Dicha prohibición no tiene su sustento en el ámbito familiar y que, por lo tanto, el interés del acreedor se presuma sea favorecer al deudor, sino que tiene su correlato en la disposición expresa de nuestro derecho de fondo (Código Civil y Comercial), el que en su art. 399 (antiguo art. 3270 C.C.) expresa:

"ARTÍCULO 399.- Regla general. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas."

Es decir que la causal de exclusión, en este caso, se explica por los alcances propios del derecho transmitido: Si el cedente de un crédito no puede votar, pues el cesionario de dicho crédito no podrá ejercer este derecho tampoco.

También podría adunarse que la proximidad temporal entre la cesión y la fecha de presentación en concurso, pondría en tela de juicio el accionar de las partes (un acto de disposición dentro de una suerte de "período de sospecha"), que a través de una cesión se pueda o bien multiplicar un crédito (obteniendo así mayor cantidad de votantes) o bien permitir la inclusión de dicho acreedor cuando el cedente no hubiera podido votar.

795 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A.; Ley de Concursos y Quiebras - 24.522- Comentada y Actualizada Según las Leyes 24.760, 25.113, 25.374, 25.563, 25.589, 26.086, 26.684, 27.170 y el Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires 2018, Cuarta Edición, Tomo I, pág. 357.

No resulta en vano aclarar que resulta indispensable que el instrumento de cesión de créditos tenga fecha cierta, todo a los fines de poder establecer, en forma fehaciente, el transcurso o no del plazo del año en cuestión.

b) Exclusión en el Concurso de Personas de Existencia Ideal.

El segundo apartado del art. 45 puntualiza que tratándose de concurso de sociedades no se computan los votos de los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior (relación de parentesco o cesionarios).

La razón de la prohibición resulta en que tales personas se encuentran influenciados para accionar en determinado sentido, por motivos ajenos a los de los demás.

Corresponde, sin embargo, distinguir por un lado los socios y administradores, por el otro los acreedores parientes, y por último los controlantes.

Respecto de los socios y administradores, se excluye ya que se trataría de un "*Auto Voto*", es decir, que la sociedad estaría votando a sí misma. Su status como integrantes de la sociedad, genera que la eventual decisión se encuentre inducida por intereses extracreditorios, ajenos al resto de los acreedores.

No se trata de que exista un interés contrario, tampoco una relación conveniente, sino, lisa y llanamente, que quienes integran la sociedad, por la relación existente, no tienen la libertad para emitir el voto.

Respecto de los acreedores que sean parientes de los socios o administradores, las razones son las expuestas en el apartado anterior.

Ahora, la prohibición no alcanza a los accionistas, atento a que la relación con la sociedad de capital no es de tinte personal, salvo, claro está, que no se trate de un administrador.

Ello, excepto que se trate de "controlantes" caso en el cual, si se excluye el voto, pero por su propia naturaleza.

Es que en el caso que el acreedor accionista sea a la vez controlante de la sociedad concursada, genera que, ante la existencia de tal control a su cargo, surja un interés extraño, y por lo general opuesto al netamente patrimonial que deriva del crédito que pueda tener en contra de la sociedad. Es decir, nuevamente aparece en la órbita de la exclusión el "elemento personal" que pone en tela de juicio, con un manto de sospecha, la verdadera intención del voto.

Pues bien, en el caso de los grupos societarios, para que se configure la exclusión, la ley prevé dos requisitos: a) que sea accionista, y b) que al mismo tiempo sea controlante.

Este precepto prevé situaciones de control entre empresas, entendiendo que la participación de una empresa controlante puede ir en desmedro de la masa de acreedores, votando en contra de sus intereses.

Este precepto ha sido duramente cuestionado por la doctrina, pues no contempla en su integridad la realidad "grupal" (como fenómeno asociativo entre empresas) y sólo excluye a la "accionista controlante"; no sólo deja afuera al controlante indirecto, sino que- además- nada dice de las "empresas controladas".

Esta interpretación respecto del control indirecto resulta realmente llamativa, pues se contrapone con la propia caracterización del control que se realiza el estatuto falimentario en el art. 161, inc. 2, al reglar la extensión de la quiebra al controlante, ya que en dicha norma, al definir

qué se entiende por persona controlante, en el apartado a) expresamente la ley refiere tanto al control directo como al indirecto, señalando que alcanza a quien "en forma directo o por intermedio de una sociedad a su vez controlada posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.

De tal modo, el controlante indirecto de derecho podría ser excluído de la votación, atento a que el propio ordenamiento concursal admite que sea sujeto de extensión de la quiebra.

En ambos casos la prueba del impedimento puede lograrse de dos formas. El síndico puede advertir al formular el informe individual del art. 35 L.C.Q., y adelantar opinión al respecto acerca de la prohibición de voto de tal o cual acreedor. En caso de que no fuera así, cualquier parte interesada podrá alegar la causa de exclusión, debiendo aportar la prueba de las circunstancias acreditativas del impedimento respectivo. Así, por ejemplo, tratándose del concurso de persona de existencia física, incumbirá al denunciante la rendición de la prueba relativa a la relación de parentesco que se alegue. La resolución que prohíbe el ejercicio del derecho de voto es irrecurrible (art. 273, inc. 3°, L.C.Q.)[796].

4. Carácter taxativo o enunciativo de las exclusiones legales.

Respecto a estas exclusiones, una de las discusiones radica en si esta enumeración es de interpretación restrictiva y en consecuencia la enumeración es taxativa, o si por el contrario esas exclusiones legales son de carácter enunciativas, por lo que podrían ampliarse en situaciones donde se corrobore alguna situación abusiva que esté en sintonía con el objeto la norma citada.

En general la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se inclina por la taxatividad de la norma legal y defienden la postura que niega la posibilidad de crear o ampliar a otras causas de exclusión mediante una interpretación extensiva.

Como bien lo sostiene la Dra. Villanueva[797], *"... al tratarse de la privación de un derecho inherente a la calidad de acreedor concursal, la disposición que analizamos es de interpretación restrictiva, lo que obsta a extender, por analogía, a otros supuestos la inhabilitación que ella establece. Ello sin perjuicio de destacar que tal interpretación no obstó a que, por vía jurisprudencial, se resolviera -bajo la vieja ley- que resultaba inadmisible que cada una de las sociedades integrantes del mismo conjunto económico votaran en las juntas de las otras."*

En este sentido se expresa que la ley concursal determina ciertas exclusiones para el cómputo de las mayorías, y como estamos antes una situación de excepción, la ley debe interpretarse como taxativa en este punto y, con un criterio de restricción que debe imperar, no podrá extenderse la prohibición legal a otros supuestos no previstos legalmente.

Entiende Chomer que esta es la interpretación ineludible que surge de *lege data,* pero en atención a la historia jurisprudencial que fue admitiendo otros casos de exclusiones no contemplados legalmente -que dieron lugar a que las posteriores reformas concursales lo incluyeran dentro de las prohibiciones- y a que la ley actual también falla al respecto, sería conveniente, de *lege ferenda,* que se deje un margen discrecional al juez para resolver al respecto cuando la participación en el cómputo de las mayorías se vea afectada, ya sea por la conveniencia personal del acreedor en que el deudor logre el acuerdo o por la renuencia de aquél a prestar

796 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 113/13.
797 VILLANUEVA, Julia, Concurso Preventivo, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires 2003, T I, pág. 45 ss.

conformidad en virtud del ejercicio desleal de competencia, a fin de lograr siempre la imparcialidad[798].

Como siempre, de manera notable y aún de *lege data,* MAFFIA advertía la situación, expresando que, si la ley no vio el problema y no contempla alguna situación de prohibición que implique excluir a un acreedor del cómputo de las mayorías, "la jurisprudencia puede optar entre consentir esa situación lata o buscarle remedio", contemplando la regulación legal, no arrogándose competencia legislativa, sino adoptando la decisión justa, con la argumentación de su fundamento basado en la ley, principio general del derecho o criterio seguido para resolver[799].

Dicho esto, advertimos, que más allá de las opciones doctrinarias que en su mayoría pregona la taxatividad de la norma, existen casos en los cuales la exclusión se admite sin tener una regulación expresa, ni en el artículo antes transcripto, ni en otra normativa de igual jerarquía.

Ello, por cuanto se entiende que si bien la función del Juez no es la de "legislar", incorporando nuevas clases de exclusión a las ya mencionadas, tampoco debería soportar actitudes que vulneren la moral y buenas costumbres, o que importen un ejercicio abusivo del derecho.[800]

Y es en virtud de ello que, en la actualidad, pretorianamente el *numerus clausus* de las exclusiones se ha ampliado con dos tipos de acreedores más: por un lado, el llamado "Acreedor Hostil" y, por otro lado, el "Acreedor Fiscal", el que se analizará en forma detallada atento a las particularidades que presenta y ser el objeto principal del presente trabajo.

5. Exclusión del acreedor hostil.

Tal como sostuvimos *supra*, la figura del "Acreedor Hostil" es de creación doctrinaria y jurisprudencial, introducido de esta forma en la materia que estamos tratando, con el objeto insistimos, de proteger no sólo el interés del propio concursado, sino también de la masa de acreedores, quienes, en forma indirecta, pueden verse afectados ante una eventual quiebra del deudor.

El llamado "Acreedor Hostil" es aquel acreedor que, por razones de enemistad o enojo, tiene como única intención votar en forma negativa a cualquier propuesta de acuerdo presentada por el concursado; sin tener en cuenta que tal acción importe un perjuicio para el concursado, para el propio acreedor hostil, para el resto de la masa de acreedores y para el bien común. Aún cuando la propuesta de acuerdo represente el cien por ciento de la deuda, con los intereses de mercado, sin quitas ni espera, el voto del acreedor hostil es por la negativa.

De esta manera, se trata de debatir sobre la posibilidad de privar a un determinado acreedor de ejercer su legítimo derecho a voto, frente a la propuesta presentada por el deudor-concursado, por considerarlo hostil u obrar en contra de los fines del derecho, es decir, abusando del derecho que la ley le otorga.

En el análisis tendremos dos frentes, por un lado, el derecho de voto del acreedor que se ha presentado en el proceso y que ha logrado verificar su acreencia (art. 32 y 45 L.C.Q.); y por el otro,

798 CHOMER, Héctor Osvaldo, DIRECTOR, FRINCK, Pablo D., COORDINADOR, Concursos y Quiebras, Ley 24.522, Comentada, Anotada, y Concordada, Complementaria del Código Civil y Comercial, Ed. Astrea, Bs. As. 2016, Tomo 2, pag. 65/67.

799 MAFFIA, Osvaldo J., El no logrado régimen de exclusiones sobre votación de la propuesta de acuerdo preventivo, Ed. La Ley, 1996-E-745.

800 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit., pág. 363.

la figura del denominado acreedor hostil a quien se le endilga actuar de manera abusiva recurriendo para ello a la normativa común (arts. 10 del CCCN).

Entendemos al voto como la expresión de voluntad de sujeto integrante de la colectividad en orden a la determinación de una voluntad distinta de la singular. El voto cumple una función de garantía del interés del acreedor y tiene la forma de tutela de su interés junto con la intervención y el control judicial. El voto es considerado así, derecho sustancial del acreedor.

Pero el ejercicio de este derecho sustancial (como el de cualquier derecho) no puede nunca realizarse de manera abusiva.

Es que uno de los elementos que caracterizan esta petición de exclusión, es la evidencia de que existe algún acreedor irremediablemente disidente, por motivos absolutamente extracrediticios cuya falta de conformidad a la propuesta llevaría finalmente a la quiebra.

Es evidente que la Ley de Concursos y Quiebras no prevé normas de carácter procesales tendientes a tramitar la petición de exclusión; porque las exclusiones normadas no requieren de tramitación alguna; y tal como lo dijéramos precedentemente, nuestro ordenamiento jurídico no tuteló estas circunstancias atípicas que describimos y que, conforme se expone, pueden resultar atendibles.

Es por ello entonces, que para darle la entidad de "hostil" a un acreedor, se requiere indefectiblemente que exista (y obviamente se pueda acreditar, al menos *prima facie*) una causa precisa y determinada y no sólo que se pruebe la voluntad de no dar la conformidad a la propuesta de acuerdo.

Reiteramos: debe haber un trasfondo o una relación para con el deudor que escape o vaya más allá del crédito (Vg. competencia, pretender monopolio en la actividad empresarial, enemistad, diferencias de índole política, económica, social etc.).[801]

Entre las características que encontramos para determinar si un acreedor es o no "hostil", sobresalen:

a) Un ejercicio abusivo o irregular del derecho de aceptar o rechazar la propuesta concordataria, violando la regla consagrada por el artículo 10 del Código Civil y Comercial Argentino, que prescribe:

"ARTICULO 10.- Abuso del derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización."

b) Que la actitud del acreedor tenga como consecuencia directa un perjuicio para los restantes acreedores o para el bien común.

Tal como lo citan los Dres. Junyent Bas y Molina Sandoval[802], estos aspectos fueron resaltados por el Dr. Alfredo A. Kölliker Frers, en autos "TELEARTE S.A. S/ CONCURSO PREVENTIVO", en donde

801 ILLANES, Carlos L., El acreedor hostil en el proceso concursal, Ed. La Ley, 2011, 8 - pág, 473.
802 JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., op. cit., pág. 364.

dicho magistrado resolvió: *"... Que el derecho de voto que acuerda el ordenamiento concursal a los acreedores, no es absoluto ni ilimitado, sino que como cualquier otra prerrogativa, se halla sometido en su ejercicio a las reglas, limitaciones y restricciones indispensables, para la preservación de la buena fe, la moral y las buenas costumbres… arts. 18, 21, 953, 1071 del ordenamiento jurídico…"*

Tal como se puede colegir, entendemos entonces, que, pese a no encontrarse dentro de las exclusiones legales, aquel acreedor que denote estas características puede, a petición de parte, ser excluído del cómputo de las mayorías; siempre que tal petición sea formulada en tiempo y forma.

Siguiendo entonces el principio general, resulta claro e indiscutible que el acuerdo arribado en el concurso le resulta oponible al "Acreedor Hostil" excluído.

Hemos dejado asentado que la Ley de Concursos y Quiebras, le veda la posibilidad de votar a los cesionarios de los créditos excluídos por ley. Ahora bien, ¿qué ocurre con las cesiones de crédito en el caso de los acreedores hostiles?

La respuesta al interrogante planteado cae por su propio peso: el cesionario debería poder votar a la propuesta ofrecida por el acreedor.

En primer lugar, porque las prohibiciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo, y siendo que la exclusión no tiene su origen en la ley, sino en doctrina y jurisprudencia, no encontramos justificación alguna que sustente opinión contraria.

En segundo lugar, es importante destacar el carácter de excluído recién se obtiene con el dictado de la resolución judicial. Por ende, tal resolución tiene carácter constitutiva y no declarativa. Es por ello que, si el cedente cede su crédito antes de la resolución judicial (sin importar el plazo de un año), no tendría entonces la imposibilidad de ceder el crédito y el derecho a votar que tal crédito ostenta.

Ello no obsta a que, si el cesionario también resultara a la postre ser un "Acreedor Hostil", el concursado pueda solicitarlo y lograr su exclusión en tiempo y forma.

C. EXCLUSIÓN DE LOS ACREEDORES FISCALES.

1. Problemática.

Finalmente encontramos la otra posibilidad de exclusión de diversos acreedores, no por encontrarse tipificados en la ley (exclusiones legales), tampoco por su hostilidad hacia el concursado (o el concurso en si), sino por la propia naturaleza del crédito del que son titulares.

Nos referimos específicamente a los acreedores fiscales (sea el Estado Nacional, Provincial o Municipal).

No escapa del público conocimiento que la normativa concursal (específicamente el voto de la propuesta de acuerdo, que importa en la generalidad de los casos quitas o esperas) colisiona con la normativa fiscal (que impide justamente a los entes fiscales a otorgar quitas o esperas que no se encuentren respaldadas en leyes).

Y es por eso que paulatinamente, a lo largo del tiempo, se ha ido admitiendo la posibilidad que el deudor concursado solicite la exclusión de los entes fiscales (o de alguno de ellos), para poder obtener la conformidad del acuerdo.

La fundamentación radica principalmente en que el Fisco se comporta análogamente casi como un "acreedor hostil" (en el sentido que su voto siempre es por la negativa, o lo que es lo mismo, no

otorga la conformidad); dificultando, por ende, la obtención de las mayorías para arribar (y homologar) el acuerdo ofrecido.

La mayoría de la doctrina entiende que, para que proceda la exclusión del fisco, la Ley de Concursos y Quiebras, debería ser objeto de una reforma legislativa que así lo permita.

En general, los entes recaudadores de impuestos nacionales y provinciales, e incluso municipales, tienen establecido un régimen para sujetos concursados que impide que presenten conformidad a cualquier oferta de propuesta, sino que, por el contrario, obliga al deudor a someterse a las reglas del acreedor.

Ello importa -como se viene sosteniendo- que, atento no poder excluirse al fisco del cómputo de las mayorías, el concursado deberá categorizarlo por separado, a fin de ofrecerle una propuesta acorde con las limitaciones de su régimen -especialmente, no aceptan quitas-; en caso contrario, la propuesta, con las exigencias fiscales, deberá ser dirigida a todos los acreedores de la categoría o incluso a todos los quirografarios[803].

Sin embargo, un fallo entendió que, en el caso, incluir al fisco en una categoría con otros acreedores, sin presentar la propuesta adecuada a sus exigencias, importa contrariar elementales principios concursales, pues sólo permitiría negociar una parte del pasivo, aumentándole los porcentajes necesarios para el acuerdo, debiendo excluir su voto para evitar la frustración del acuerdo, salvo que se lo categorice de manera separada e individual[804].

Entendemos que la real solución es encontrar *lege ferenda,* una armonización de las normas fiscales y las concursales, para lograr un sistema que concilie los objetivos de ambos regímenes, el saneamiento de la empresa, por un lado, y la generación de actividades que creen hechos impositivamente imponibles por el otro.

Pero hasta que ello ocurra, teniendo una herramienta legal a mano -la categorización de todos los acreedores con créditos fiscales-, el concursado podría fácilmente lograr la obtención de las mayorías en cada una de las categorías y por ende la aprobación de la propuesta de acuerdo.

Nótese incluso que la categorización, a diferencia del pedido de exclusión de estos entes, no requiere sustanciar ningún trámite; sino que, lisa y llanamente, dentro del plazo de ley, el concursado únicamente *"...debe debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo."* (art. 41 L.C.Q.).

Máxime cuando, tal como sostuviéramos a lo largo de este trabajo, las causales de exclusión deben ser interpretadas restrictivamente.

Y a diferencia del "Acreedor Hostil", los acreedores fiscales no actúan en ejercicio abusivo del derecho, no hay causas extracrediticias por las cuales no prestan la conformidad, no denotan enemistad o competencia desleal con el concursado y tampoco con su accionar buscan perjudicar el bienestar general (justamente, todo lo contrario).

803 CHOMER, Héctor Osvaldo, DIRECTOR, FRINCK, Pablo D., COORDINADOR, op. cit, pág. 68/69.
804 CNCom, Sala D, 5/3/02, LL, 2002-E-649; RIVERA, Instituciones de Derecho Concursal, t. I, p. 446, ALEGRIA, La relación fisco-concurso. Con especial referencia a la exclusión de voto del fisco en el acuerdo preventivo, LL, 2002-E-648.

La diferencia entonces, no resulta menor.

Permitir esta potestad del concursado (mucho peor en la actualidad, donde estamos presenciando pedidos de "Autoexclusión" por parte de estos acreedores), produce una clara violación al principio de la *par conditio creditorum.*

Ello, por cuanto se le da una especie de "súper privilegio" a los entes fiscales, quienes quedan fuera del cómputo de las mayorías y además del acuerdo, tal como se verá en la mayoría de los casos, no les resulta aplicable (contrario a lo dispuesto expresamente por la Ley de Concursos y Quiebras).

Insistimos: el efecto *erga omnes* pierde su vigencia, con todo el riesgo que ello implica.

Más grave aún es que puede solicitarse la exclusión de uno de los acreedores fiscales (ni la doctrina ni la jurisprudencia exigen que para que pueda darse la exclusión, sea requisito el solicitar la exclusión de todos los acreedores fiscales); con la consecuencia que de ello se sigue: el acreedor fiscal no excluido, queda en peores condiciones que el acreedor fiscal excluido, atento que el acuerdo preventivo se le aplica pese a que la naturaleza del crédito es la misma.

Nos exponemos entonces a un claro ejercicio abusivo del derecho, esta vez por parte del propio concursado, que "juega" con las mayorías, con los créditos, con los plazos y modifica la ley a su antojo, para adaptarla a sus propias necesidades, en detrimento de los acreedores y de la seguridad jurídica.

Cabe destacar que las causas por las cuales parte de la jurisprudencia admite en ciertos casos la exclusión de los acreedores fiscales, no tienen ninguna relación con las legalmente previstas, y obedecen a causas totalmente diferentes que directamente generan un régimen propio en la materia.

Procederemos a continuación a realizar un análisis de la jurisprudencia que admite la exclusión de los créditos fiscales (fundamentos, efectos y consecuencias), para luego contrastarlos con la normativa específica y con la jurisprudencia que niega la posibilidad de la exclusión de dichos créditos.

2. Exclusión de créditos fiscales en la jurisprudencia.

La posibilidad de excluir a los créditos fiscales del cómputo de las mayorías y en consecuencia del voto del acuerdo, surge primigeniamente con una jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones Sala B dictada en autos "Inflight S.A. s/ Concurso preventivo".

Este fallo introduce esta novedad en el ámbito concursal que luego fue seguida por distintos tribunales, particularmente por los Juzgados de la Ciudad de Córdoba, con las características que luego de desarrollará.

El fallo confirma una resolución de Primera Instancia en la cual el Juez había admitido la exclusión de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) del cómputo de las mayorías.

Como podemos ver entonces, estamos ante una exclusión no contemplada en el art. 45 de la L.C.Q., ampliando en forma pretoriana y para este caso específico la posibilidad de excluir un acreedor verificado en forma correcta del cómputo de las mayorías.

Los argumentos que dan sustento a la resolución de la Cámara fueron reiterados a lo largo del tiempo en distintos fallos, siendo uno de los últimos el dictado en autos "Majo Construcciones S.A. s/ Concurso preventivo s/incidente art. 250 de AFIP" de fecha 16/10/2019[805].

El fallo para fundamentar su posición hace referencia a la resolución de AFIP 3587/2014 modificatoria de la RG N° 970/01, en particular el art. 1 y el 37.

El art. 1 dice: "*Los contribuyentes y responsables y/o sus representantes legales que obtuviesen la homologación de acuerdos preventivos, originados en la tramitación de concursos preventivos, podrán ingresar las deudas relativas a determinadas obligaciones impositivas, aduaneras y de los recursos de la seguridad social, generadas por causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso preventivo, y los correspondientes accesorios de dichas deudas, conforme al régimen especial de facilidades de pago que se establece en la presente" (art. 1)".*

El art. 37 hace referencia los requisitos que debe cumplir en el caso de ofrecerse un acuerdo para créditos quirografarios:

"a) no contener quita alguna,

b) aplicar como mínimo un interés del 0.5% mensual, sobre saldo,

c) no exceder para su cumplimiento el término de 96 meses y,

d) el pago de tres cuotas al año como mínimo y amortización del capital de la deuda no inferior al 10% anual; la cancelación de la cuota operará sólo con la amortización del capital acordado a ella y el ingreso de su respectivo interés."

Estas dos normas son las que toma para llegar a las conclusiones que hacen procedentes la exclusión de la AFIP del cómputo de las mayorías, expresando:

"Frente a lo expresamente dispuesto en tales disposiciones y no existiendo posibilidad de quita, no corresponde que el acreedor reclame participar como un acreedor más, cuando carece de la facultad de aceptar quitas.

No excluir al organismo recurrente del cómputo de capital para la determinación de las mayorías necesarias para obtener la homologación del acuerdo que se proponga a los acreedores, implicaría tanto como incluir a quienes de antemano están imposibilitados de analizar sin condicionamientos las diversas propuestas de pago que pudieran formular la deudora; ello conduciría a una contradicción con todo el sistema, no admisible por el tribunal concursal.

Entonces, la exclusión del crédito mencionado en el cómputo de las mayorías está orientado a evitar que la apelante impida la obtención del acuerdo, cuando su acreencia, de acuerdo al régimen legal establecido por ella misma, sólo podrá ser percibida -una vez homologado el acuerdo- con arreglo a las facilidades de pago dispuesto por ese régimen legal (CNCom., Sala D, in re: Inflight SA s/ concurso preventivo", del 05/03/2002).

De otro modo, las características de la norma descripta más arriba (ausencia de quitas, mínimo de cuotas y amortización anual) supone que: a) la resolución 3587/2014 no contempla facultades de negociación o transacción discrecionales para los funcionarios, y b) dado que el régimen tiene pautas propias que no necesariamente acompañan a las que se han de proponer al resto de los acreedores (las que pueden ser inferiores en porcentaje, más amplias en plazo o consistir en acuerdo

805 Cita Online: La Ley AR/Jur/37153/2019

distintos de la norma deben ser también impuestos como tales, o condicionantes para el resto de los acreedores.

Es una solución peculiar para un determinado acreedor público con características especiales y con parámetros fijados por normas públicas. Es una categoría legal especial no explicada en la ley de fondo, pero tipificada por una norma particular para un caso determinado con procedimiento propios (ofrecimiento, aceptación, cumplimiento, etc.; cfr. Alegría, Héctor, "La Relación Fisco - Concurso, con especial referencia a la exclusión de voto del Fisco en el acuerdo preventivo", LA LEY, Suplementos de Concursos y Quiebras, 09/09/202, p.14/15, Cita On Line: AR/DOC/5173/2003), sin que obste a lo expuesto la circunstancia de que la cesante hubiera categorizado al organismo recaudador, máxime cuando como en el caso de autos esa categorización fue formulada en la misma oportunidad en que se solicitó su exclusión para el cómputo de las mayorías."

Se puede deducir de los argumentos expuestos en el fallo, que la causa de la exclusión del cómputo de mayorías es que las reglamentaciones fiscales limitan la capacidad de negociación del concursado para arribar a un concordato.

Conforme entiende el Juzgado, la normativa fiscal entraría en una contradicción con el fin perseguido por la norma concursal, al no poder el fisco realizar quitas ni esperas, y solo poder aceptar el acuerdo que se adecue a su normativa.

Si el fin del concurso preventivo es la posibilidad de que el deudor acuerde libremente la reestructuración de su deuda con los acreedores, la normativa fiscal estaría limitando dicha posibilidad, por lo que entiende el juzgador, que dicha situación amerita crear régimen legal especial, cual es la exclusión de los acreedores fiscales del cómputo de la mayoría.

En el ámbito de los Tribunales de la Provincia de Córdoba, dichos argumentos fueron tomados por la Excma Cámara 2da. de Apelaciones en lo Civil y Comercial *in re* "Santechia S.A. Industrial y Constructora - CONCURSO PREVENTIVO" de fecha 04/09/2017[806], luego seguidos por todos los tribunales de primera instancias con diferentes particularidades.

En dicho fallo la Cámara resuelve a favor de excluir a la AFIP del cómputo de las mayorías bajo los siguientes argumentos:

"La actuación del Fisco, para realizar y ejecutar los créditos tributarios frente a la insolvencia del deudor, y el concurso -como hecho y como proceso son dos órbitas especiales del ordenamiento jurídico que se colisionan inevitablemente, pese a que ambas están insufladas por el interés público convergiendo sobre una plataforma común cual es el patrimonio deficitario del contribuyente.

Como lo pusiera de resalto Piero Pajardi en la atinada cita que efectuara Héctor Alegria en su comentario al conocido fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones Sala D (2002/03/05) "Inflight S.A.S/ Concurso preventivo", la actuación del Fisco, para realizar y ejecutar los créditos tributario frente a la insolvencia del deudor, y el concurso -como hecho y como proceso son dos órbita especiales del ordenamiento jurídico que se colisionan inevitablemente, pese a que ambas están insufladas por el interés público convergiendo sobre una plataforma común cual es el patrimonio deficitario del contribuyente.

En algunas ocasiones ambos intereses convergen, pero en otros pugnan por lograr preeminencias, obligado al magistrado - como aquí acontecier - a resolver al respecto.

806 Cita Online; La Ley AR/JUR/6852/2007.

En atención a que ambos intereses públicos merecen adecuada tutela (el interés fiscal por recaudar por un lado y la finalidad del concurso de conservar a la empresa mediante una justa composición de los interese por lo otro), cuando aparecen en tensión, la fórmula adecuada no parece ser la de privilegiar el uno sobre el otro, sino más bien compatibilizar sus postulados de manera tal que no sea el sacrificio fiscal el único aporte para el mantenimiento de la empresa, pero tampoco que la exacerbación del interés por recaudar por parte del Fisco, impida la restructuración y preservación empresaria.

Desde antaño la ausencia de normas de autorización para negociar con los deudores concursados por parte de las autoridades fiscales fue semillero de dificultades (vbgr. ausencia de intervención de las autoridades fiscales en la Juntas por las responsabilidades que podía acarrear la falta de normas que autorizarán a sus representantes a aceptar o rechazar propuestas)

La reglamentación especial prevista por la Resolución N° 970/01 que, en su Título III contiene un "Plan de facilidades de pago para contribuyentes en concurso preventivo" Créditos privilegiados" y en su Título V "Tratamiento de los créditos quirografarios", significa una notable evolución que ha avanzado en la solución de los inconvenientes a los que se enfrentaba el concursado de cara al voto del Fisco. Empero persisten algunas dificultades, que derivan principalmente de la ausencia de facultades de negociación o transacción discrecionales de los funcionarios con el contribuyente concursado, y la imposición de ciertas pautas forzosas (vbgr. ausencia de quitas y mínimo de cuotas y amortización anual) que imponen una solución unívoca para un determinado acreedor público.

Su aplicación genera algo así como una "categoría legal especial" que no está tipificada en el ordenamiento concursal, pero que vendría impuesta por una norma particular (emanada del mismísimo acreedor fiscal) que impone obligatoriamente procedimientos propios de ofrecimiento, aceptación y cumplimiento del crédito (Alegría, Héctor; La Relación Fisco Concurso. LA LEY, 2002-E, 648).

Frente a este impedimento de negociación que deriva de la Reglamentación específica dictada por la autoridad fiscal, que torna prácticamente imposible cumplir con el paso previo que debe preceder el otorgamiento de la conformidad a la propuesta concordataria por parte de cualquier acreedor concurrente (expresión de la libertad de voto), poniendo en riesgo la salida concordataria, surgieron en la jurisprudencia diversas alternativas de solución a saber: a) la que propicia la interpretación de que la manifestación del deudor de acogimiento al plan de pagos suple la conformidad en los términos del art. 45 LQC; b) la que propicia que ante la realidad de que la A.F.I.P. está imposibilitada para otorgar expresa conformidad antes de la expiración del período de exclusividad, no queda otra solución que excluir su crédito en base de cómputo del acuerdo preventivo (interpretación extensiva del art. 45 L.C.Q).

En mi opinión, la solución no estriba en forzar la ley concursal con una interpretación extensiva o analógica de los supuestos de exclusión de voto previstos por (art. 45 L.C.Q.), sino en disponer la exclusión en razón de que la mismísima normativa fiscal apunta a dejar al crédito fiscal afuera de las negociaciones concordatorias.

De la lectura detenida de este articulado se desprende que el concursado tiene vedado negociar con el Fisco, contando como única salida la de "adherirse" a las exigencias reglamentarias que le establecen la imposibilidad de obtener quitas, de aplicar interese por debajo del mínimo.

Ello significa, como contundentemente señala Alegría, que la regulación fiscal viene a crear una especie de "categoría legal" de créditos no prevista en el ordenamiento concursal que se traduce en una especie de "autoexclusión" del libre juego de intereses entre el deudor y sus acreedores.

En este marco, la pretensión del deudor no aparece como perjudicial al derecho del Fisco de ejercer su legítimo derecho a prestar o no su conformidad, todo lo contrario, como el mecanismo para permitirle conservar en plenitud su derecho a ejercerlo en forma y oportunidad que él mismo ha dispuesto, sin comprometer la salida concordataria del deudor.

Que el Fisco hay dispuesto regímenes especiales de facilidades de pago, cuya efectivización deja condicionada a la homologación del acuerdo preventivo, alterando el orden del Estatuto concursal (primero se homologa y luego el Fisco otorga la moratoria), significa que prácticamente se coloca como un acreedor tan diferente a los restantes que es prácticamente ajeno al acuerdo -puesto que no contribuye a formarlo.

De tal modo excluirlo de la base de cómputo del acuerdo no significa privarlo de ningún derecho, sino sencillamente autorizarlo a opera conforme lo ha dispuesto su propia reglamentación específica."

Este fallo, siguiendo la línea de lo resuelto en el ámbito nacional, justifica la exclusión del cómputo de las mayorías de los créditos fiscales en razón de que la normativa fiscal no da la posibilidad al deudor de poder negociar un acuerdo en forma libre, pre estableciendo los requisitos a los cuales se deberá adecuar la propuesta en relación a los créditos fiscales.

Entiende el juzgador que la libertad de negociación del concursado en el periodo de exclusividad es una cuestión fundamental para arribar a un acuerdo preventivo viable, justificando así la solución elegida.

Asimismo, el fallo transcripto entiende que el Fisco, al disponer regímenes especiales de facilidades de pago cuya efectivización deja condicionada a la homologación del acuerdo preventivo, altera el orden del Estatuto Concursal. Interpreta que el fisco sólo otorga plan de facilidades de pago si se logra la homologación del acuerdo, lo cual resulta falaz conforme se detallará más adelante.

Ninguno de los dos fallos hace un adecuado análisis de cuáles son las características, consecuencias y efectos de excluir estos créditos del cómputo de mayorías.

Como describimos más arriba, en el caso de las exclusiones legales, tales créditos si bien son excluidos del cómputo de las mayorías homologado el acuerdo, los efectos de la misma se les aplica como si hubieran formado parte del concordato. Tienen el mismo régimen de una verificación tardía o de un crédito revisionado.

Esto es, si bien no se tiene en cuenta su voluntad para arribar a un acuerdo, dicho acuerdo les es plenamente aplicable. El acuerdo preventivo logrado por el concursado tiene efectos *erga omnes.*

Esto surge del art. 56 de la L.C.Q. que en su primera parte dice: *"El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no haya participado en el procedimiento".* Ello es un efecto propio de la cosa juzgada de la sentencia de homologación, de alcances más amplios que la recaída en un proceso ordinario, pues tiene eficacia *erga omnes.* Cualquiera sea el caso, los efectos del acuerdo homologado se extienden por igual tanto a los acreedores "concurrentes", como a los demás acreedores "concursales" quirografarios, con tal que sus acreencias reconozcan, como dice la norma, causa o título anterior a la presentación del deudor demandando su concurso[807].

807 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 242.

Por ello entendemos que el caso de la exclusión del cómputo de las mayorías admitido por la jurisprudencia antes descrita, no sólo admite una categoría *extra legem* de exclusión del cómputo, sino que generará una excepción al art. 56 de la L.C.Q., sustrayendo al crédito fiscal del efecto de cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia de homologación. Esto genera una desigualdad entre los acreedores que el sistema concursal pretende evitar.

Se crea de esta forma un régimen propio sin una regulación legal, ajeno al trámite concursal, que deja abiertos interrogantes no resueltos por los fallos.

En particular no resuelve la situación en la que una vez homologado el acuerdo preventivo el concursado incumple con la obligación tributaria, no adhiriéndose a los planes de pago preestablecidos. ¿Se deberá declarar la quiebra indirecta denunciando el incumplimiento? ¿De oficio o a pedido de parte? ¿O se deberá pedir la quiebra directa? ¿Será necesario intimar o poner en mora? ¿O se podrá ejecutar el crédito quirografario?

Asimismo, serán tratados en forma diferentes los créditos fiscales de acuerdo al momento en que se verifiquen. Pues, se podrán excluir del cómputo y abstraerse de la sentencia de homologación los créditos verificados tempestivamente, pero deberán someterse al acuerdo los créditos quirografarios verificados en forma tardía o cuya incorporación se logre a través de un recurso de revisión.

Todos estos interrogantes quedan abiertos, sin respuesta alguna, problema que podría evitarse insistimos, con la aplicación de la herramienta legal nuestro ordenamiento jurídico prevé y que luego desarrollaremos: la categorización.

Asimismo, si dicho régimen legal específico amerita la exclusión de los créditos fiscales, esta debería ser una especie de regla, aplicándose a todos los casos en se verifique un crédito fiscal de carácter quirografario, no pudiendo el concursado incluir esos créditos en la masa crediticia y por consiguiente hacerle extensivo los efectos de un acuerdo homologado.

Para avanzar sobre estos interrogantes haremos un análisis de la forma en que resuelven la cuestión en los tribunales de primera instancia de la Ciudad de Córdoba.

3. Práctica de los Tribunales de Primera Instancia en Córdoba

En los tribunales de Primera Instancia con competencia en Concursos y Quiebras de la Ciudad de Córdoba, se sigue el criterio sentado por la Cámara de Apelaciones de Segunda Nominación antes analizado admitiendo la exclusión de los créditos fiscales del cómputo de las mayorías.

En la práctica, el pedido de exclusión formulado tanto por los concursados como por los propios entes fiscales (pedido de autoexclusión), se corre vista a las demás partes y al síndico.

Si hay acuerdo o no es evacuada la vista, el Juez del Concurso admite la exclusión.

En el supuesto que el concursado se oponga a la exclusión, la misma es rechazada y el crédito del ente fiscal entra a formar parte de la masa crediticia, aplicándose el acuerdo preventivo en caso de lograrse la homologación. Nótese que la oposición no requiere mucha fundamentación más que la de afirmar que la exclusión debe ser por causa legal, y si el concursado se opone, el tribunal nada puede hacer.

Como vemos es una suerte de exclusión convencional, ya que para que la misma proceda se solicita la conformidad de las partes interesadas (Fisco, Concursado, y Sindicatura). Esta primera particularidad abre el interrogante de si convencionalmente se podría lograr la exclusión de otro crédito basado en fundamentos análogos a los que admiten la exclusión de los créditos fiscales; lo

que no podría nunca acontecer, so pena de incurrir en vicios y quebrantamiento del sistema legal argentino vigente.

Asimismo, todas las resoluciones ponen en cabeza del concursado el deber de acreditar en los autos su acogimiento al régimen para deudores concursados establecidos por el ente fiscal (Nacional, Provincial o Municipal según corresponda), dentro del término de treinta días contados a partir de la notificación de la resolución homologatoria, sin perjuicio de destacar que, en caso de devenir el dictado de una posterior quiebra indirecta de la deudora, la deuda fiscal será la oportunamente reconocida en el pasivo concursal y pasada en autoridad de cosa Juzgada.

El interrogante sería cuál es el efecto del incumplimiento de dicho deber. Esto en razón que, al crear la exclusión un sistema *sui generis* no contemplado en el régimen concursal ni en el régimen tributario, los efectos de la misma no quedan del todo claros.

Como ya dijimos, la exclusión de los créditos fiscales tiene la particularidad que el crédito es excluido no solo del cómputo de las mayorías, sino que su principal efecto es que es excluido de los efectos de la homologación del acuerdo. Entiéndase que el acuerdo preventivo homologado y firme no es oponible a dichos créditos, generando toda una novedad en el ámbito concursal.

En este punto es donde los criterios de los juzgados no son uniformes y en algunos casos, las resoluciones pecan de vaguedad y ambigüedad, siendo poco clara la redacción de las mismas.

La mayoría de los juzgados no especifican ningún efecto al incumplimiento del deber impuesto por la misma resolución que decide la exclusión.

Otros juzgados hacen mención de los efectos, generando nuevos interrogantes e inconvenientes.

El Juzgado de 3ra. Nominación Civil y Comercial Concursos y Sociedades N° 3 al decidir sobre exclusiones resuelve: *"Hacer lugar a la exclusión del cómputo de las mayorías a los fines del acuerdo a la Dirección General de Rentas de la Provincia de Córdoba, sujetando la eventual homologación del acuerdo a la condición resolutoria de que se acredite el eficaz acogimiento y otorgamiento del plan de facilidades previsto por la resolución precitada, dentro del término de treinta días hábiles a partir de la eventual homologación y estableciendo que el ocasional incumplimiento al plan de facilidades de pago así acordados estará sujeto a las condiciones que establece el art. 63 de la L.C.Q."*(la negrita nos pertenece).[808]

Esta solución genera ciertos inconvenientes no resueltos. Doctrinariamente, se entiende por "condición", a la cláusula por la cual se subordina la adquisición o la extinción de un derecho o relación o situación jurídica a la realización de un hecho incierto y futuro. Es resolutiva entonces cuando, pendiente ella, advienen plenamente los efectos del acto y acaecida la condición se extingue los efectos[809].

Entonces, conforme el fallo, si el concursado en el plazo determinado no acredita haber suscripto el plan de pagos, corresponde hacer caer el acuerdo preventivo. En consecuencia, se estaría dejando sin efecto una sentencia de homologación con efectos erga omnes y que al estar

808 Juzgado de 1era Instancia Civil y Comercial 3ra Nominación Concursos y Sociedades 3ra, SENTENCIA N° 321, de fecha 03/08/2017, en autos: "CAPDEVILA, ANALIA GUILLERMINA - PEQUEÑO CONCURSO PREVENTIVO - EXPTE 6188905".

809 ALTERINI, Ignacio E., Código Civil y comercial Comentado, Tratado Exegético, 3a Edición Actualizada y Aumentada, ed. La Ley, Buenos Aires 2019, Tomo II, pág. 921, y 931.

firme goza de autoridad de cosa juzgada. Esto no solo genera problemas de hermenéutica jurídica, sino problemas de índole prácticos.

Si conforme el art. 346 del Código Civil y Comercial de la Nación, la condición no opera retroactivamente, estaríamos en una situación donde se podrían realizar actos relativos al acuerdo preventivo y a la sentencia homologatoria del mismo que quedarían firmes, más allá que cumplida la condición se resuelva el acuerdo.

Asimismo, tampoco determina el fallo cual es la consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria en relación al proceso concursal. En este punto entendemos que resuelto el acuerdo se debería declarar la quiebra indirecta, pero son solo suposiciones pues el fallo no lo determina.

Por otro lado, el mismo fallo expresa que una vez suscripto el plan de pagos por el concursado, su posterior incumplimiento estará sujeto a las condiciones establecidas en el art. 63 de la L.C.Q., el que prevé:

"ARTÍCULO 63.- Pedido y trámite. Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, incluso en cuanto a las garantías, el juez debe declarar la quiebra a instancia de acreedor interesado, o de los controladores del acuerdo. Debe darse vista al deudor y a los controladores del acuerdo. La quiebra debe declararse también, sin necesidad de petición, cuando el deudor manifieste en el juicio su imposibilidad de cumplir el acuerdo, en lo futuro."

Nótese la flagrante incongruencia en la que incurre el fallo en cuestión, el cual aplica las normas correspondientes al incumplimiento de acuerdo preventivo a un acreedor que ha sido excluido, que no formó parte de la conformación del acuerdo y por ende, no le resulta aplicable. Por un lado el fallo abstrae al crédito de rentas de los efectos del acuerdo preventivo y por el otro le aplica las normas relativas al incumplimiento del mismo.

Por otro costado el Juzgado de 1ra Instancia Civil y Comercial de 13ra. Nominación Concurso y Sociedades N° 1 al decidir sobre la exclusión del fisco resuelve: *"Excluir a la Administración Federal de Ingresos Públicos y a la Dirección General de Rentas de la Provincia de Córdoba, del cómputo de las mayorías de personas y de capital que prevé el art. 45 L.C.Q. con la salvedad dispuesta en el "Considerando Cuarto" debiendo la concursada, como condición* ***"sine qua non",*** *de lo así dispuesto, acreditar el cumplimiento de los requisitos y de la aceptación de la dirección General de Rentas y del Fisco Nacional del régimen establecido para deudores concursados en la Resolución N° 1/2007 complementado por R.G. N° 2098 del 17.08.206 y N° 970/2001 - texto sustituido por el art. 21 de la R.G. 3587/14, respectivamente, en el término de 30 (treinta) días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución del art. 52 L.C.Q.*[810]*.*

La forma elegida por el tribunal deja muchos interrogantes abiertos. *Conditio sine qua non* es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir «condición sin la cual no». Se refiere a una acción, condición o ingrediente necesario y esencial —de carácter más bien obligatorio— para que algo sea posible y funcione correctamente. La expresión utilizada no hace referencia a si la condición es suspensiva o resolutoria. Asimismo, no queda determinado el objeto de lo que se somete a condición.

Según el contexto del fallo, podemos interpretar que la exclusión del crédito del cómputo de mayorías es lo que estaría sujeto a condición, por lo que, no acreditada la suscripción del plan de pago, la exclusión quedaría sin efecto y el crédito volvería a formar parte del cómputo de mayorías.

810 Juzgado de 1era Instancia Civil y Comercial 13a Nominación Concursos y Sociedades 1ra, SENTENCIA N° 332, de fecha 02/08/2018, en autos: " INTEGRAL CALZADISTA S.A. - GRAN CONCURSO PREVENTIVO - EXPTE 6863916".

En consecuencia, habría que analizar nuevamente el acuerdo para ver si incorporado el crédito al cómputo de mayorías -obviamente sin prestar la conformidad a la propuesta de acuerdo-, lo mismo se alcanzan los votos favorables para lograr la doble mayoría de personas y capital. Estaríamos realizando una revisión de lo ya homologado en una etapa posterior, aún cuando ya sea cosa juzgada.

Incluido nuevamente el crédito al cómputo de mayoría debe realizarse un nuevo análisis a fin de determinar si se alcanza o no la mayoría de capital y personas necesarias para homologar el acuerdo. Si no se alcanzara la mayoría necesaria caería el acuerdo homologado. Ahora sí, incluido el crédito del fisco al cómputo igual se alcanzara la mayoría necesaria no habría razón para hacer caer el acuerdo, aplicando sus términos al crédito de rentas. Toda una novedad.

Como vemos el régimen de exclusión de créditos fiscales genera una suerte de nueva etapa de negociación, similar al periodo de exclusividad, donde el concursado esta vez tiene que negociar con el ente fiscal, cumpliendo los requisitos normativos para que se le otorgue un plan de pago en cuotas.

Esto no solo genera inconvenientes interpretativos, creando pretorianamente un nuevo régimen legal, sino que atenta con la seguridad jurídica generando un desgaste jurisdiccional innecesario.

Lo que hace la exclusión es extender una negociación que, conforme se explicará más adelante, se podría realizar en la etapa procesal oportuna. Si la no suscripción del plan de pago genera indefectiblemente la quiebra del concursado, no entendemos por qué deberíamos extender la situación más allá de la sentencia de homologación.

Cabe destacar que, en el Concurso Preventivo, el concursado mantiene la administración de su patrimonio, y esta extensión en el tiempo de la declaración indirecta de quiebra puede ir en desmedro del resto de los acreedores quirografarios, que tienen una expectativa de cobro sobre los bienes del deudor. Esto en razón de que la dilatación de la quiebra indirecta puede alentar maniobras fraudulentas del concursado en el vaciamiento de la empresa.

Asimismo, se genera un desgaste jurisdiccional innecesario que atenta contra el principio de economía procesal, pues se tramita en su totalidad un procedimiento con todos los costos y desgastes que ello significa, y luego se limita los efectos de la sentencia de homologación.

Otro de las críticas que se le puede hacer a esta práctica jurisprudencial es que de la forma en que se encuentra planteada, al desvirtuar el proceso concursal, limita la posibilidad de hacer viable la empresa por el procedimiento previstos los arts. 48 y 52 de la LCQ.

A partir de la sanción de la ley 25.589, el rechazo de los acreedores a la propuesta de acuerdo ofrecida por el deudor puede ser superado por dos vías. A ambas se las llama de modo parecido. A una -prevista en el artículo 48 L.C.Q.-se la conoce con el nombre de *Cramdown*, a secas. A la otra -contemplada en el artículo 52 L.C.Q.- se la identifica con el de *cramdown power*.

La primera consiste en habilitar una nueva ronda de negociación, incorporando esta vez a terceros que, con el fin de adquirir la totalidad de las participaciones que corresponden a los socios de la sociedad concursada -previo pago, eventualmente, de cierto precio-, compiten entre sí y con el deudor por ser los primeros en lograr y acreditar la aprobación de sus propuestas por los acreedores.

La segunda en cambio, nada tiene que ver con esto. Ella no habilita ninguna nueva ronda, ni ninguna competencia, ni ninguna transferencia, sino la viabilidad del acuerdo presentado por el

mismo deudor, permitiendo sortear un específico obstáculo: el no haber obtenido las mayorías en la totalidad de las categorías. En ese marco, el llamado *cramdown power* consiste en que comprobado ese rechazo, si se dan ciertas condiciones, el juez puede imponer el referido acuerdo, con el siguiente resultado: la situación pasa a ser, a los efectos prácticos, idéntica la que hubiera sido si dicho acuerdo hubiera sido aprobado, de modo que la quiebra se evita sin alterar el elenco de socios[811].

Ambos institutos regulados por la ley Concursal con fines específicos (salvar la actividad económica) pierden su función si esperamos hasta un momento posterior a la homologación del acuerdo para negociar el pago de los créditos fiscales, ya que, frustrada la negociación, y no suscritos los planes de pago, la consecuencia inevitable sería la quiebra.

En cambio, si la negociación de los créditos fiscales se hiciera en el momento procesal oportuno (periodo de exclusividad) y se frustrara dicha negociación no logrando un acuerdo el concursado, se podrían abrir los procedimientos previstos en los arts. 48 y 52 de la L.C.Q.

Todos estos inconvenientes hacen necesario generar una solución a la tensión existente entre el derecho concursal y el derecho tributario que respete los procedimientos fijados en la ley concursal. Corresponde buscar una solución en la ley que armonice las relaciones entre fisco y concursado.

4. La categorización como solución.

Los fallos que admiten la exclusión de los créditos fiscales se basan en la normativa que regula la obtención de planes de pago de dichos créditos tanto en el ámbito nacional como el provincial. Realizaremos entonces un breve análisis de dicha normativa, tanto la de Administración Federal de Ingresos Públicos como la de la Dirección de Rentas de la Provincia de Córdoba, para determinar entonces si la categorización resulta ser la solución correcta a la tensión existente entre los órdenes normativos.

Previamente, corresponde analizar cuál es la razón por la que los entes fiscales dictan este tipo de resoluciones, las cuales niegan la posibilidad de negociar con el concursado quitas o esperas diferentes a las allí estipuladas.

El derecho tributario constitucional consagra una serie de derechos y garantías de los particulares, conocido como las “garantías del contribuyente”, las cuales representan, desde la perspectiva estatal, limitaciones constitucionales del poder tributario, el cual consiste en el poder de imperio que tiene el Estado de dictar normas a efectos de crear unilateralmente tributos y establecer deberes formales, cuyo pago y cumplimiento será exigido a las personas a él sujetas, según la competencia espacial estatal atribuida, comprendiendo también el poder de eximir y de conferir beneficios tributarios, así como el poder de tipificar ilícitos tributarios y regular las sanciones respectivas. De esta manera encontramos un conjunto de principios aplicables en materia tributaria que por un lado se refieren a la esencia de los tributos y, por otro lado, funcionan como límites infranqueables a la referida potestad tributaria del Estado.

Uno de estos principios es el de Generalidad. Este principio está plasmado en el Preámbulo y en el art. 33 de la CN. Se refiere al alcance extensivo de la tributación a todos los ciudadanos que posean capacidad contributiva, de modo de no excluir a un sector privilegiándolo por sobre otro. Las leyes no pueden establecer privilegios personales, de clase, linaje o casta, a fin de salvaguardar la “igualdad” del art. 16 de la C.N. Las exenciones y demás beneficios tributarios deben ser

811 VILLANUEVA, Julián, Concurso Preventivo, Ed. Rubinzal - Culozoni, Buenos Aires 2003, pág. 447/448.

conferidos por razones económicas, sociales o políticas. Los tributos deben abarcar a todas las categorías de contribuyentes, según su capacidad contributiva.

Por ello, las normativas fiscales que analizaremos buscan reglamentar en igualdad de condiciones y en forma genérica, los planes de pago a los cuales pueden acceder los deudores concursados. Asimismo, está normativas tienen en cuenta la situación especial en la que se encuentra el deudor, otorgando planes de pagos especiales con características acorde a la situación crediticia.

En consecuencia, la limitación de negociación de los entes fiscales no se debe a una cuestión caprichosa, sino en un límite constitucional, cual es el Carácter General de los tributos que hace a la "igualdad" regulada en el art. 16 de la C.N.

En el ámbito Nacional lo relativo a los créditos concursales está regulado en la Resolución de AFIP 3567/2014 y en el ámbito de la Provincia de Córdoba por el Código Tributario y la Resolución Ministerial 154/05 dictada por el Ministerio de Finanzas de la Provincia de Córdoba

La resolución 3597/2014 de AFIP en su Artículo 1°: *"Los contribuyentes y responsables y/o sus representantes legales que obtuviesen la homologación de acuerdos preventivos, originados en la tramitación de concursos preventivos, podrán ingresar las deudas relativas a determinadas obligaciones impositivas, aduaneras y de los recursos de la seguridad social, generadas por causa o título anterior a la fecha de presentación en concurso preventivo, y los correspondientes accesorios de dichas deudas, conforme al régimen especial de facilidades de pago que se establece en la presente".*

Esta norma daría a entender que es requisito esencial para que se otorgue un plan de pago la homologación del acuerdo preventivo, y que en consecuencia no se podría llegar a un acuerdo respecto de los créditos quirografarios luego de la homologación.

Pero esto no es así, ya que la misma normativa, en su capítulo V), trata las condiciones necesarias para otorgar la conformidad a un acuerdo preventivo en la etapa correspondiente, cual es el periodo de exclusividad.

El art. 37 de dicha normativa determina cuales son los requisitos que debe tener una propuesta de acuerdo para poder acceder a la conformidad del mismo:

"... En el caso que se ofrezca un acuerdo preventivo para créditos quirografarios, entre los que se encuentre el de este Organismo, y a los efectos de considerar la posibilidad de prestar conformidad al mismo, la propuesta deberá observar los siguientes requisitos: a) No contener quita alguna. b) Aplicar, como mínimo, un interés del CINCUENTA CENTESIMOS POR CIENTO (0,50%) mensual, sobre saldo. c) No exceder, para su cumplimiento, el término de NOVENTA Y SEIS (96) meses. d) El pago de TRES (3) cuotas al año, como mínimo y la amortización del capital de la deuda no inferior al DIEZ POR CIENTO (10%) anual. La cancelación de la cuota operará sólo con la amortización del capital y el ingreso de su respectivo interés. Asimismo, en caso que el contribuyente hubiera iniciado incidente de revisión de la deuda oportunamente declarada admisible, a los efectos de la adhesión al presente régimen, deberá desistir y renunciar a toda acción y derecho respecto de aquél, incluso el de repetición, asumiendo las costas que pudieran corresponder."

Luego en los arts. 38 y 39 determinan cual es la forma y oportunidad en la cual se puede solicitar la conformidad de la propuesta de acuerdo preventivo:

"Art. 38: La petición respectiva deberá formalizarse mediante la presentación de una nota, en los términos de la Resolución General Nº 1.128 con carácter de declaración jurada, ante la

dependencia que tenga a su cargo la representación judicial de este Organismo, con exclusión de cualquier otra, y con una antelación no inferior a VEINTE (20) días hábiles administrativos a la fecha de vencimiento del período de exclusividad."

"Art. 39. - En el supuesto contemplado en el artículo anterior, el tercero interesado o, en su caso, los sujetos indicados en el Artículo 1°, deberán informar: a) Las condiciones de pago ofrecidas como base del acuerdo preventivo y las que ofrecerán por los créditos con privilegio, una vez homologado aquél. b) El compromiso asumido de cumplir los requisitos, formalidades y demás condiciones establecidas en el Artículo 20 y concordantes, respecto de los créditos con privilegio y con relación a los créditos quirografarios lo previsto en el inciso b) del segundo párrafo y en el tercer párrafo del Artículo 16, de corresponder."

Por su lado, en el ámbito Provincial el art. 103 del Código Tributario da el marco normativo luego reglamentado por la Resolución Ministerial. Dicho artículo dice: *"Para el caso de propuestas de acuerdos preventivos de los concursos establecidos en la Ley Nacional Nº 24.522, o la que la sustituya o reemplace, el Ministerio de Finanzas a través de la Dirección General de Rentas podrá autorizar en los acuerdos que se propongan, las condiciones y plazos de financiamiento que estime convenientes según lo considere sobre la base de la evaluación de la propuesta del deudor y demás circunstancias de apreciación que puedan concurrir.*

El artículo citado expresamente autoriza a los funcionarios a prestar conformidad a acuerdos siempre y cuando se circunscriban a las condiciones que el Ministerio de Finanzas determine. El Ministerio de Finanza reglamenta el régimen en la Resolución Ministerial 154/05.

La resolución citada en su art. 1 dice: *"Los contribuyentes y/o responsables, a los fines de propuestas de acuerdos preventivos o resolutorios de los concursos y quiebras establecidos en la Ley N° 24.522 a que se refiere el tercer párrafo del artículo 89 del Código Tributario Provincial -Ley Nº 6006 T.O. 2004 y sus modificatorias- deberán ajustar las mismas a las disposiciones que se establecen en la presente Resolución".*

El art. 2 agrega: "*Los contribuyentes y/o responsables a que se refiere el artículo precedente podrán solicitar por sus deudas impositivas, devengadas con anterioridad a la fecha de presentación en concurso preventivo o declaración de la quiebra, con más los recargos resarcitorios y/o intereses por mora que correspondan devengados a partir de la homologación del acuerdo hasta la fecha de consolidación del plan, un régimen especial de facilidades de pago que se establece por la presente resolución".*

Luego en el art. 5 de la Resolución delimita los requisitos que tiene que tener la propuesta de acuerdo: "*Los planes deberán ajustarse a las siguientes condiciones: · a) La tasa de interés de financiación será del cero coma ochenta por ciento (0,80%) mensual acumulativo. b) El anticipo a ingresar será equivalente a la primera cuota del plan solicitado. c) Las cuotas serán mensuales y consecutivas, no pudiendo exceder de sesenta (60). d) El vencimiento de cada cuota operará los días 25 de cada mes, venciendo la segunda de ellas a partir del mes siguiente al del acogimiento al plan".*

Como vemos ambos entes fiscales tienen la posibilidad de prestar conformidad a un acuerdo preventivo por los créditos quirografarios verificados. Si bien es cierto que la conformidad va a ser prestada siempre y cuando la propuesta de acuerdo se adecue a los requisitos que exige la normativa, no menos cierto es que el acreedor fiscal podría en tal caso votar por la afirmativa.

Son los entes fiscales quienes en forma anticipada delimitan los requisitos de la propuesta a la que están dispuestos a prestar conformidad.

Esta no es una cuestión caprichosa. Como se dijo anteriormente, se debe a una cuestión ligada a la característica de generalidad de los tributos que surge de la propia Constitución Nacional.

Pero esta característica de los créditos no amerita una exclusión del cómputo de las mayorías, cuando tenemos una herramienta regulada por la Ley Concursal que permite categorizar los créditos para realizar propuestas diferenciadas.

El art. 41 de la L.C.Q. dispone:

"ARTÍCULO 41.- Clasificación y agrupamiento de acreedores en categorías. Dentro de los DIEZ (10) días contados a partir de la fecha en que debe ser dictada la resolución prevista en el artículo 36, el deudor debe presentar a la sindicatura y al juzgado una propuesta fundada de agrupamiento y clasificación en categorías de los acreedores verificados y declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo.

La categorización deberá contener, como mínimo, el agrupamiento de los acreedores en TRES (3) categorías: quirografarios, quirografarios laborales -si existieren- y privilegiados, pudiendo -incluso- contemplar categorías dentro de estos últimos.

Créditos subordinados. Los acreedores verificados que hubiesen convenido con el deudor la postergación de sus derechos respecto de otras deudas, integrarán en relación con dichos créditos una categoría."

Como fácilmente podemos colegir, la presente norma consagra la posibilidad que el deudor agrupe a los acreedores en categorías, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo.

Esta "categorización" -presupuesto ineludible de la diversidad de propuestas- ha sido considerada como la más positiva y feliz de las modificaciones que la ley 24.522 introdujo en la anterior, dado que otorga al deudor un mayor margen de negociación concordataria, contribuyendo de tal modo a facilitar la solución preventiva[812].

Estas categorías deben ser fundadas en razones objetivas y están sometidas al control jurisdiccional del art. 42 de la L.C.Q.

La necesidad de asegurar que el agrupamiento y clasificación de los acreedores sea serio y responda a bases fundadas de razonabilidad impone como necesaria la intervención judicial, a fin de que realice no ya un control meramente formal de la propuesta del art. 41 de la L.C.Q., sino un control sustancial de ella[813].

En el caso de los créditos fiscales, la objetividad de la categorización cae por su propio peso. Son créditos que tienen la misma naturaleza y causa. Son acreedores estatales.

Entendemos que la especial característica que revisten los créditos fiscales amerita una categoría especial dentro de los créditos quirografarios. Esta categoría permite que el concursado pueda lograr la aprobación de la propuesta realizada a los entes fiscales en forma diferenciada a los restantes acreedores quirografarios. La propuesta realizada al fisco puede diferenciarse entonces

812 VILLANUEVA, Julián, op. cit., pág. 357.
813 HEREDIA, Pablo D., op. cit., pág. 39.

de la realizada a los demás acreedores quirografarios, conservando el concursado de esta forma respecto de los últimos su capacidad de negociación.

Si se puede lograr por este medio en la etapa correspondiente la aprobación de una propuesta de los entes fiscales, no se entiende por qué deberíamos excluir los créditos fiscales y esperar hasta la homologación del acuerdo para empezar a negociar con los entes estatales.

Este criterio, que a nuestro entender es el correcto, fue el resuelto por un fallo de la Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en autos Morgani, Oscar Pedro[814]. Allí el tribunal luego de realizar un análisis de la normativa de AFIP dijo:

"... Entiendo al igual que la Sra. Juez a-quo y compartiendo el criterio de la Sra. Ministro Preopinante en "Artes Gráficas Melfa S.A." que la solución para el tratamiento de este tipo de acreedor fiscal, en este caso AFIP, frente al deudor no tiene más alternativa que someterse al trámite de la Resolución General 970/01, no encuadra en la exclusión prevista por el art. 45 sino en la categorización de los acreedores que admite el art. 41 (ambas de la LCQ). Esta norma facilita al deudor clasificar a sus acreedores verificados y declarados admisibles "teniendo en cuenta montos verificados o declarados admisibles, la naturaleza de las prestaciones correspondientes a los créditos, el carácter de privilegiados o quirografarios, o cualquier otro elemento que razonablemente, pueda determinar su agrupamiento o categorización, a efectos de poder ofrecerles propuestas diferenciadas de acuerdo preventivo…". La amplitud de facultades otorgadas por la ley permite que el deudor categorice a los acreedores fiscales y les ofrezca una propuesta adecuada a sus pretensiones reglamentarias.

Dijo al Respecto la Dra. Kemelmajer en el fallo citado: "La exclusión de los acreedores fiscales o parafiscales del cómputo es peligrosa; hoy serán estos acreedores esquivos y difíciles de conseguir, mañana serán otros organismos estatales o paraestatales, o entidades bancarias en los que la burocracia interna alcanza ribetes notorios y preocupantes, los que se esgrimen como obstáculos insalvables para conseguir las tan ansiadas conformidades. El silencio tampoco puede interpretarse como manifestación expresa de voluntad en razón de lo dispuesto por el art. 919 de la C.C. La solución pasa por la oportuna categorización de estos acreedores que permite presionar las conductas a seguir tanto del deudor como del propio acreedor. En este caso, la concursada no categorizó al acreedor fiscal AFIP. La práctica diaria muestra que se está acudiendo cada vez con mayor frecuencia a la categorización de los acreedores fiscales, llegando incluso a categorizarlos en acreedores fiscales nacionales, provinciales, municipales o colocándolos en una categoría única. Bien pudo la concursada categorizar a los acreedores fiscales a fin de ofrecerles propuestas de pago diferenciados. Es que, justamente esta es la finalidad de la categorización: dotar al deudor de una herramienta útil para favorecer la negociación…"

Es la categorización del crédito fiscal el medio correcto para conciliar el conflicto entre normas concursales y fiscales. Categorizado el crédito, el concursado tiene todo el plazo del periodo de exclusividad para lograr una aceptación de una propuesta realizada a los entes fiscales que se adecue a las exigencias legales.

En un orden más conciliador, se encamina el criterio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, que con el fin de no hacer caer el acuerdo preventivo negociado por el acreedor procede a realizar una **categorización ex oficio** de los créditos fiscales.

814 Cita Online: La Ley AR/JUR/10824/2009.

Esta Cámara en un fallo dictado en autos Starting Servicios S.R.L. s/ Concurso preventivo[815] expuso los siguientes argumentos:

"Lo cierto y concreto del caso es que, en los hechos, la única solución que concilia la necesidad de preservar el derecho de voto del organismo recaudador con la necesidad de que todos los acreedores habilitados por la ley expresen su conformidad o disconformidad en torno a una propuesta de acuerdo que sea expresiva de condiciones económicas similares para todos ellos (art. art. 43, segundo párrafo, LCQ), consiste -en casos como el sub examine en los que del deudor no ha categorizado de modo voluntario y especial al organismo fiscal -no en provocar su exclusión del elenco de acreedores llamados a integrar la doble mayoría del art. 45 LCQ, sino en disponer su categorización oficiosa, tal como lo ha hecho el juez a quo.

En los términos indicados, la exclusión pretendida por la concursada significaría una abrogación de la ley, pues condicionaría la participación del organismo recaudador a la exclusiva voluntad de aquélla, quien lo eliminaría del elenco de los votantes al no categorizar especialmente a los respectivos créditos fiscales. Coetáneamente, ello importaría incumplir las previsiones del art. 45 de la LCQ, que -con escasas excepciones- requiere considerar la suma total de los créditos verificados y declarados admisibles.

(...) Por cierto, no debe verse en la categorización ex oficio un exceso por parte del Tribunal. Porque, de acuerdo a la doctrina del art. 42 de la LCQ, pueden los jueces, según su leal saber y entender, rechazar las categorías propiciadas por el deudor que sean irrazonables y reordenar los acreedores en otras categorías propuestas, o bien fijar categorías nuevas a los mismos fines, sin que la creación por el juez de una nueva categoría constituya un exceso de sus facultades susceptibles de nulidad.

Como lo señaló esta Sala con anterior integración al conocer en un recurso de apelación deducido contra un sentencia que había impuesto oficiosamente una categoría de acreedores, si el juez debe dictar resolución fijando "definitivamente" las Categorías y los acreedores en ellas comprendidos, y si antes de ese acto jurisdiccional el síndico debe emitir "opinión fundada" sobre ese agrupamiento de acreedores, para que esta opinión del funcionario puede disentir con la propuesta del concursado, y que el ulterior juicio del magistrado puede coincidir con una, con otra, o con ninguna….

Análogamente, se ha observado que la categorización ex post del fisco constituye una colusión menos cruenta que la "exclusión de voto" en virtud de que esta última conculca un derecho esencial, cual es el de formar parte de la "voluntad" que acuerda o rechaza la solución concursal, mientras que la categorización tiende a preservar la solución preventiva, pero permitiendo que el acreedor vote en categoría separada (conf. Barreiro, Marcelo, Modificabilidad de la categorización de los créditos, Revista de Derecho Concursal Zeus, T.III, Rosario, 20000, p. 47). Y si bien esta última opinión alude a una categorización ex post a pedido de parte, no se advierten razones para no disponerla de oficio si, como ocurre en la especie, ello no coloca al deudor en situación de afrontar un compromiso económico que no ha elegido afrontar.

El juzgador, haciendo una interpretación extensiva del art. 42 L.C.Q. categoriza en forma oficiosa los créditos fiscales, para no obligar al concursado a tener que negociar un acuerdo con estos entes en igualdad de condiciones que con los otros acreedores quirografarios. Sin agotar el tema, entendemos que incluso esta solución es más conveniente que la exclusión de los créditos fiscales.

815 Cita Online: La Ley AR/JUR/75769/20189

Es la categorización del crédito fiscal el instituto que mejor concilia la tensión entre la normativa concursal y la tributaria, dando la solución correcta para no frustrar la capacidad de negociación del concursado y a la vez no dejar afuera del acuerdo los créditos fiscales, evitando de esta forma todos los inconvenientes interpretativos y prácticos que ello genera.

Insistimos: siempre se debe propender a aplicar las leyes, interpretando el Ordenamiento Jurídico como un todo. En miras a tal fin, previo a incorporar nuevas soluciones por vía jurisprudencial, debemos analizar si existen herramientas legales vigentes para solucionar eventuales conflictos.

Resulta claro entonces que, haciendo uso de la posibilidad de categorizar a los acreedores, fácilmente el concursado podría por un lado arribar a un acuerdo con la generalidad de los acreedores quirografarios y los laborales; y por otro lado, ofrecerles a los acreedores fiscales la forma de pago prevista por la normativa vigente respectiva (nacional, provincial o municipal).

De esta manera, el fisco no podría poner obstáculo alguno a la conformidad a la propuesta de acuerdo, y así, el concursado lograría la mayoría correspondiente en todas las categorías para finalmente conseguir la aprobación y homologación del Acuerdo Preventivo.

D. CONCLUSIÓN

Tal como quedó plasmado en el presente trabajo, existen muchos aciertos en la tarea legislativa de nuestro Congreso, a la hora de regular lo concerniente a los Concursos Preventivos, como herramienta para evitar el quebranto.

Pero a la vez se pueden encontrar una serie de deficiencias, no sólo en la técnica legislativa utilizada, sino también en las soluciones propuestas, ya sea por la propia ley, por la doctrina o por la jurisprudencia especializada.

Y es aquí cuando comienzan uno de los mayores males que aquejan a la sociedad: la inseguridad jurídica.

Y es que, tal como lo sostenía Santo Tomás de Aquino, es más fácil encontrar unos pocos hombres prudentes que redacten las leyes que muchos hombres prudentes que las apliquen.

Con los avatares del tiempo, nuestro ordenamiento jurídico ha ido mutando de un sistema codificado, apegado a la ley, a otro más abierto, con mayor libertad de los jueces de interpretarla (con los riesgos que implica).

Si bien es cierto que, en el procedimiento concursal, el juez del concurso tiene como uno de los objetivos más importante la protección de la masa de acreedores, y consecuentemente, del patrimonio del deudor para hacer frente a la deuda, evitando el mayor daño que es justamente la liquidación forzosa de los bienes, por lo que el Juez hace uso de las herramientas que encuentra en pos de ello, también es cierto que este principio no puede ir contra la Seguridad Jurídica.

En la actualidad, al momento de evacuar consultas, la respuesta de los abogados ha dejado de ser: *“La ley dispone que...”*, habiéndose transformado en: *“Los últimos fallos jurisprudenciales sostienen que...”*.

La realidad actual del desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando las mismas son realizadas por pequeños y medianos empresarios que arriesgan su capital personal en

pos de dicho desarrollo, imponen al operador jurídico el análisis de las instituciones previstas legalmente a los fines de adecuarlas a la realidad que pretenden regular.

Es por ello que se necesita aunar todos los esfuerzos en pos de una reforma legislativa, para que, en el caso que se insista con la posibilidad de ampliar el espectro de exclusiones legales, determinarlas y lo que es más importante aún, detallar en forma clara y acabada cuáles son los efectos que estas exclusiones acarrean.

En base a la reglamentación estricta de la figura, que permitan controlar la adecuada capitalización de este tipo de herramienta y brindar mayor resguardo a todos los acreedores podremos dar adecuada respuesta a la problemática planteada.

Si queremos utilizar la figura de la "Exclusión del Cómputo de las Mayorías en el Concurso Preventivo", es hora que acordemos al mismo el ropaje jurídico adecuado, sin necesidad de ficciones, aceptando este instituto que ha sido consuetudinariamente incorporado a nuestra realidad social.

Entendemos que nuestro ordenamiento jurídico brinda herramientas para satisfacer las necesidades del concursado y a la vez protege a la masa de acreedores y a la seguridad jurídica.

Sin embargo, creemos también que todo sistema jurídico es perfectible, y que, para ello, puede adaptarse a la realidad y en el tiempo y espacio que nos toca vivir, siempre y cuando tal adaptación sea realizada conforme a la ley y sin dejar lagunas jurídicas o situaciones fácticas sin respuesta certera.

En pos de ello es que firmemente creemos que para ampliar derechos o cambiar procedimientos adaptando las normas al tiempo y espacio, toda modificación que se propenda deberá canalizarse a través del Honorable Congreso de la Nación, mediante leyes dictadas por este cuerpo.

Esperamos entonces, sin querer pecar de soberbia, que éste sea un paso, pequeño, pero firme a los fines de tal ambicioso objetivo.

LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS Y SU RÉGIMEN IMPOSITIVO

Juan Manuel PONCIO - Santiago ORTEGA - Lucas CABALLERO

Resumen: La presente monografía busca indagar respecto de los aspectos más relevantes del régimen impositivo al que se encuentran sujetas las Sociedades por Acciones Simplificadas. A esos efectos, a través del análisis del Título III de la Ley Nacional Nº 27.349 que las regula y la Ley 27.430 que contienen previsiones específicas en materia tributaria respecto a este tipo de sociedades, se intentará determinar los beneficios impositivos de las mismas y sus alcances.
Palabras Clave: Sociedad por Acciones Simplificadas – Ley Nacional Nº 27.349 – Ley Nacional Nº 27.430 – Apoyo al capital emprendedor – régimen impositivo

Abstract: The present monograph seeks to analyze the most relevant aspects of the tax regime to which the Simplified Limited Companies are subject. For these purposes we will try to determine ther tax benefits and their scope through the analysis of Title III of National Law Nº 27.349 that regulates them and Law 27.439 that contain specific provision on tax matters regarding these types of companies.
Key Words: Simplified Limited Companies – National Law Nº 27.349 – National Law Nº 27430 – Support to the entreprenueurial capital – Tax regime.

I. NOCIONES PRELIMINARES.

Introducción

Las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante "SAS") son un nuevo tipo societario creado por la Ley Nº 27.349, denominada Ley de "Apoyo al Capital Emprendedor".

Esta nueva normativa, que vino a instaurar legalmente en el derecho nacional novedosas instituciones como "el emprendedor" y las "SAS" entre otras, tiene su origen en el proyecto que el Poder Ejecutivo Nacional envía a la Cámara de Diputados en el mes de septiembre del año 2016. Allí, en la nota de elevación, se expuso que la voluntad principal era brindarle una solución a las pequeñas y medias empresas (PyMEs) y emprendedores de nuestro país.

Textualmente exponía la nota de elevación: *"se pone a consideración del Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley de apoyo a la actividad emprendedora, dirigido a regular dos cuestiones diferenciadas, a saber: por un lado, medidas tendientes al apoyo del emprendedorismo y el desarrollo en el país del "capital emprendedor", y por otro, la creación de un nuevo tipo societario, la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS.), que se regirá por las disposiciones de la ley y, supletoriamente, por los correspondientes capítulos de la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias."*

Asimismo, en relación a la necesidad de contar con un texto legal autónoma para regular estas nuevas nociones e instituciones, la nota de elevación hacía alusión a: *"…la necesidad de contar con*

un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, en particular, aquellas micro, pequeñas y medianas y, en especial, para los emprendedores, ha sido una demanda de antigua data, ante la insuficiencia de las formas o tipos regulados en la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, frente a las nuevas expresiones de formas empresarias que requieren marcos normativos más dinámicos, menos rígidos y plazos de inscripción abreviados…".

Finalmente, respecto de los antecedentes de las SAS, exponía la nota que en el derecho comparado existían ya este tipo de sociedades, cada una con sus propias particularidades, pero con un núcleo de desarrollo común que permitía sus análisis en nuestro derecho posibilitando así su materialización en una nueva legislación que las nuclee. De esta forma, mencionaba a las "Société par actions simplifié" consagradas en el Derecho Francés y las "Limited Liability Partnership" (LLP) y las "Limited Liability Company" (LLC), contratos que se hallan estipulados en la legislación de los Estados Unidos.

En efecto, de una lectura detenida de la nota de elevación que acompaña la presentación del proyecto ante la Cámara de Diputados se puede vislumbrar, claramente, que el objetivo del mismo era darle una estructura jurídica simple, acorde a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas y/o de los emprendedores, a través de un tipo societario nuevo con particularidades propias que lo distingan de los ya existente en nuestra legislación.

A través del presente trabajo intentaremos indagar respecto de las Sociedades por Acciones Simplificadas en lo que respecta, puntualmente, a los aspectos más relevantes del régimen impositivo que las regula.

Intentaremos responder, en definitiva, los siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es el marco regulatorio del régimen impositivo de las SAS?

- ¿Dicho marco regulatorio, prevé beneficios impositivos que hagan viables a las SAS desde el punto de vista jurídico-tributario?;

- ¿La legislación que regula la materia impositiva, acogió debidamente a las SAS según el fin con el que fueron creadas?

- ¿Los organismos fiscales, nacionales y provinciales, acompañaron reglamentariamente a las SAS como herramienta para las pequeñas y medianas empresas y los emprendedores o por el contrario, han puesto una mirada celosa sobre su constitución y actuación en la actividad comercial diaria?

Sobre todo ello intentaremos ahondar en el presente trabajo.

Las fuentes.

La doctrina entiende e interpreta, a partir de análisis del contenido del texto legislativo, que las fuentes principales de esta Ley Nº 27.349, concretamente en lo que refiere a las Sociedades por Acciones Simplificadas, son las siguientes:

- ✓ La ley mexicana, respecto a todo el sistema de medios electrónicos empleados en la normativa;

- ✓ La ley chilena, en punto a que no haya un objeto único y que el proceso constitutivo sea tradicional pero más ágil;

✓ La ley colombiana, tomando algunos principios como la posibilidad de prohibir la transferencia de las acciones por más de 10 años y posibilitar la libertad de facultades del directorio, sin llegar a su supresión manejando la unipersonal por la asamblea de un solo socio.

✓ La ley francesa, de la que se tomó la idea original de hacer sociedades unipersonales de responsabilidad limitada y luego sociedades por acciones simplificadas, con la clara diferencia que en Francia son dos institutos diferentes[816].

La normativa aplicable.

Conforme lo dispuesto por el art. 150 del Código Civil y Comercial de la Nación, las legislaciones y regulaciones aplicables a las Sociedades por Acciones Simplificadas, según su jerarquía normativa, sería las que se exponen a continuación:

a. Las normas imperativas de la Ley Nº 27.349;

b. Las normas imperativas de la Ley Nº 19.550, conciliados con las disposiciones de la Ley Nº 27.349

c. Las normas imperativas del Código Civil y Comercial de la Nación.

d. Las normas del estatuto social de la SAS.

e. Las normas supletorias de la Ley Nº 27.349.

f. Las normas supletorias de la Ley Nº 19.550, conciliadas con las disposiciones de la Ley Nº 27.349.

g. Las normas supletorias del Código Civil y Comercial de la Nación. [817]

Las características.

Los principales aspectos que caracterizan a las Sociedades por Acciones Simplificadas y que, por ende, las individualizan y distinguen del resto de los tipos societarios, son en líneas generales los siguientes:

✓ Puede ser constituida por una sola persona humana o jurídica.

✓ Limita la responsabilidad del socio.

✓ Constitución y modalidad operativa simplificada, a partir de la desburocratización de sus trámites y la celeridad para obtener y poder contar con las herramientas necesarias de funcionamiento ante la Inspección de Personas Jurídicas, Administración Federal de Ingresos Públicos e Instituciones Bancarias.

✓ Optimización y reducción de costos en el proceso de constitución, ya que todo el proceso se realiza por medios digitales. En el caso concreto de nuestra Provincia tenemos que se encuentra bonificada al cien por ciento la tasa retributiva de servicios y la publicación en el Boletín Oficial.

✓ Capital mínimo inferior al que necesitan los demás tipos societarios a los fines de su constitución: las SAS requiere el equivalente a dos Salarios Mínimo Vital y Móvil.

[816] https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/06/12/apuntes-sobre-la-sociedad-por-acciones-simplificada-sas/
[817] Sánchez Herrero Andrés, Tratado de Derecho Civil y Comercial, T. IX Sociedades, Pag. 1097, 1ª ed. –Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley 2017.

✓ Posibilidad de prever en el instrumento constitutivo de la SAS que el aumento del capital, cuando sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital social inscripto, se realice sin requerirse publicidad ni inscripción de la resolución de la reunión de socios.

✓ Sus participaciones sociales se denominan acciones y tienen un régimen similar al de las sociedades anónimas, con la sola diferencia que se puede limitar contractualmente la trasferencia de las acciones en la S.A.S. por el termino de 10 años (art. 48. 2do. párrafo de la Ley Nº 27.394).

✓ Estructura orgánica: i) Órgano de gobierno: reunión de socios; ii) Órgano de administración: administrador titular; iii) Órgano de representación: representante legal y; iv) Órgano de Fiscalización: es el único que es facultativo del socio o los socios.

✓ Los libros societarios y contables con los que obligatoriamente debe contar una SAS deben llevarse por medios digitales.

II. NOCIONES INTRODUCTORIAS AL ANÁLISIS IMPOSITIVO

El legislador ha dejado plasmado en el proyecto de la Ley Nº 27.349 la necesidad de crear una herramienta más dinámica, desburocratizando y simplificando los trámites que permiten crear y administrar una S.A.S., con el objeto de proporcionar un marco legal *"que favorezca la creación de nuevas empresas y, particularmente, sirva de apoyo para la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de "capital emprendedor" en la República Argentina."* [818]

Desde esa perspectiva, analizaremos cual o cuales son las herramientas diseñadas por dicha legislación, desde el aspecto jurídico tributario, para lograr el cometido de simplificación, teniendo en consideración la profunda complejidad y asimetría que caracteriza al Sistema Tributario Argentino[819].

En ese sentido, la referida Ley Nº 27.349 en el artículo 60º alude a la *"simplificación"* y establece al respecto algunas ventajas que describe del siguiente modo:

"…1. Las entidades financieras deberán prever mecanismos que posibiliten a la SAS la apertura de una cuenta en un plazo máximo a establecer por la reglamentación, requiriendo únicamente la presentación del instrumento constitutivo debidamente inscripto y constancia de obtención de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT). Las entidades financieras no estarán obligadas a otorgar crédito a la SAS titular de la cuenta.

2. La SAS inscripta en el registro público tendrá derecho a obtener su Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) dentro de las veinticuatro (24) horas de presentado el trámite en la página web de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) o ante cualquiera de sus agencias, sin necesidad de presentar una prueba de su domicilio en el momento de inicio del trámite sino dentro de los doce (12) meses de constituida la SAS.

Los socios de las SAS no residentes en la República Argentina podrán obtener su Clave de Identificación (CDI) dentro de las veinticuatro (24) horas de presentado el trámite en la página web

818 VÍTOLO, DANIEL R., "LA SOCIEDAD ANÓNIMA SIMPLIFICADA (SAS). ¿UN DESAFÍO A LA IMAGINACIÓN O UNA PRÓXIMA REALIDAD?", artículo publicado en http//eol.errepar.com/sitios/ve/html/20160921044644772.html.VITOLO_Q1

819 Para ampliar sobre este punto ver AGOSTO, Walter. "El ABC del sistema tributario argentino". Documento de Políticas Públicas/Análisis N°188.Buenos Aires: CIPPEC. https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/08/188-DPP-ADE-El-ABC-del-sistema-tributario-argentino-Julio-2017.pdf

de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) o en cualquier agencia de dicho organismo…".

Es decir que, la *"simplificación"* prevista por la ley desde el aspecto jurídico – tributario refiere exclusivamente a la posibilidad de obtener en el término de veinticuatro horas la Clave Única de Identificación Tributaria (C.U.I.T.); esto es, la clave con la que la AFIP identifica a quienes desarrollan sus actividades en carácter de autónomos.

Ello es lo que plasma la Ley. Ahora bien, lo que concierne a la implementación material y concreta de dicha herramienta no ha sido del todo sencilla.

La primera en regularla y ponerla en funcionamiento fue la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y luego, algunas provincias tales como Buenos Aires, Córdoba y Corrientes, quienes han reglamentado la disposición legislativa aludida mediante Resolución Conjunta con la AFIP-DGI que permite obtener la CUIT en 24 horas.[820]

III. LA RESOLUCIÓN CONJUNTA AFIP y MINISTERIO DE FINANZAS DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.

Con el objeto de posibilitar la obtención de la clave tributaria dentro de las veinticuatro (24) horas de presentado el trámite en el sitio "web" de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP-DGI), sin necesidad de presentar prueba del domicilio en el momento de inicio del trámite sino dentro de los doce (12) meses posteriores a la constitución de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), las administraciones de recaudación nacional y provincial acordaron reglamentar en una única norma conjunta el ejercicio del derecho conferido por la ley, estableciendo el procedimiento en materia de inscripción y asignación de Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) para las sociedades con domicilio legal en dichas jurisdicciones, mediante la Resolución Nº 4264/2018.

La referida legislación reglamentaria destaca entre las consideraciones que justifican su dictado *"la necesidad de establecer mecanismos que simplifiquen los trámites y promuevan la utilización de nuevas tecnologías de información y comunicación"* simplificando y poniendo énfasis en la *"eficiencia, economía y calidad*" de los procedimientos "*en armonía con el Artículo 64 de la Constitución de la Provincia de Córdoba en cuanto se protege, fomenta y orienta el progreso, uso e incorporación de la ciencia y la tecnología."*

El procedimiento, según establece la referida resolución, inicia con la petición efectuada por el interesado ante la DIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS de la Provincia de Córdoba, completando el formulario disponible en el servicio informático "Ciudadano Digital" del sitio "web" https://cidi.cba.gov.ar/, que contendrá: la información de la sociedad en formación, de los socios que la integrarán, la adhesión al Domicilio Fiscal Electrónico y la designación de un Administrador de Relaciones (AR).

El formulario debe ser completado por el responsable (la norma aclara que responsable es el representante legal o el sujeto autorizado) quien accederá con su Clave Única de Identificación

820 Vgr. Resolución General AFIP 4098/2017 de fecha 28 de julio de 2017, Resolución General 4173/2017 de fecha 26 de diciembre de 2017, Resolución General 4264/2018 del 15 de junio de 2018 y Resolución General 4402/2019 de fecha 22 de enero de 2019.

Tributaria (CUIT), Código Único de Identificación Laboral (CUIL) o Clave de Identificación (CDI) y su Clave Fiscal habilitada con Nivel de Seguridad 3 o superior.[821]

La DIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS será la encargada de, una vez obtenida y analizada la información y documentación recibida para la inscripción, remitir a través de un servicio "web" la solicitud a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, a efectos de su verificación y asignación de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) a la sociedad.

La AFIP-DGI, una vez recibida la información, se encargará de validar la Clave, habilitar el servicio "Domicilio Fiscal Electrónico" e informar a la Inspección de Personas Jurídicas la clave asignada para que ésta última proceda a la comunicación al solicitante por el mismo servicio "web" que utilizó para su inscripción.

La AFIP-DGI, conforme lo indica la reglamentación, se reserva la facultad de "bloquear" la continuación del trámite en caso de que las mencionadas identificaciones se encuentren en quiebra, sean inexistentes, pertenezcan a personas fallecidas, posean identificación inactiva por encontrarse en la base de contribuyentes no confiables (base e-apoc) o por suplantación de identidad u oficio judicial. Del mismo modo, se reserva la facultad de ampliar las causales de "bloqueo" ya que la misma norma, luego de mencionar tales supuestos, concluye con la descripción *"entre otras causales"*, con lo que va de suyo que para quienes dictaron la resolución la descripción es sólo a título enunciativo.

El otorgamiento de la CUIT aparece entonces como una decisión discrecional de la Administración Federal de Ingresos Públicos que puede no concederla por las causales supra reseñadas o por otras causales que establezca en el futuro; siendo ello un aspecto controvertido de la norma que entra en pugna con la doctrina y jurisprudencia más especializada en materia tributaria.

La importancia del otorgamiento de la CUIT es fundamental para la vida de un sujeto tributario –en el caso, las SAS- ya que constituye una habilitación indispensable y necesaria a los fines de que el ente pueda ejercer las actividades propias de su objeto; con lo que es evidente que su concesión no puede quedar librada a la voluntad discrecional del organismo de recaudación nacional.

Al respecto, resulta pertinente resaltar que con relación a las facultades para "limitar" o "cancelar" la CUIT existen ya numerosos antecedentes jurisprudenciales que declaran inconstitucional la "auto atribución" de estas funciones por parte del Fisco Nacional, quien lo hace a partir de las facultades amplias que le confiere el Decreto Nº 618/97. En la causa *"FDM Managment SRL"*[822], donde se sostuvo que la AFIP no se encuentra facultada para limitar o cancelar la clave tributaria, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó firme el fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en cuanto dispuso que las facultades delegadas por el decreto admiten la posibilidad de regular lo relativo a la *"forma y modo"* en que los contribuyentes deben inscribirse pero no cuenta con la *"potestad de cancelar o dar de baja la CUIT"* y destaca la importancia de la CUIT resaltando que "*una medida de este tipo significa la desaparición de la identidad tributaria del contribuyente o responsable que le impide desarrollar su actividad en el marco de la legalidad".*

Con el mismo rigor, se ha expedido la jurisprudencia recientemente, sosteniendo: *"Puesto que la inhabilitación de la CUIT no es un elemento meramente accesorio o secundario, sino que*

821 Vgr. Resolución general de AFIP nro. 3.173 y sus modificatorias.

822 "FDM Management SRL c/ EN-AFIP-DGI s/ amparo-ley 16.986"20/08/2014, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, Id SAIJ: FA14000138

constituye un requisito sustancial para que los contribuyentes y responsables puedan ejercer sus actividades y obligaciones tributarias en el marco de la legalidad y la permanencia en la base de contribuyentes no confiables torna harto dificultoso que una persona quiera contratar con quien se encuentra catalogado de dicha manera, se juzga que la demora en el dictado de la sentencia definitiva muy probablemente tornaría abstracta la cuestión e impediría en forma irreversible el tratamiento de la pretensión de fondo, lo cual configura el peligro grave e irreparable invocado por la recurrente, vinculado con la subsistencia misma de la empresa." ("Ferola Pablo Salvador c/ EN-AFIPDGI s/ amparo ley 16.986", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala/Juzgado: IV, 1-11-2018).

IV. LA RELEVANCIA DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO.

En el marco del presente trabajo, en el que se pretende aborda la utilización de las Sociedades por Acciones Simplificadas como herramienta para el desarrollo del capital emprendedor, deviene necesario indagar sobre los aspectos más relevantes del régimen impositivo al que se encuentran sujetas estas entidades.

En efecto, como se expuso precedentemente, mediante la ley 27.349 denominada Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, se introdujo en la normativa nacional esta nueva tipología societaria: las Sociedades por Acciones Simplificadas que, según surge del mismo texto del proyecto de ley con el que fuera presentado por el Poder Ejecutivo Nacional, persigue dos grandes objetivos:

(i) Apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, y promover la generación y desarrollo de capitales emprendedores que tiendan a fomentar el desarrollo de actividades productivas.

(ii) Crear un nuevo tipo societario, la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante, SAS), fuera de la ley 19.550, que conceda mayor flexibilidad y a la vez reconozca un espacio relevante a la autonomía de la voluntad [823] (Marcelo Perciavalle – 2018).

Se trata ciertamente de un nuevo marco normativo inserto dentro de las políticas públicas de fomento que procura facilitar la constitución, promoción y el crecimiento de pequeñas y medianas empresas, con un cúmulo de instrumentos y medidas tendientes a cumplimentar los fines trazados.

Dentro de estos instrumentos, nos interesa examinar en el presente apartado el régimen tributario que le resultará aplicable, de modo de dimensionar correctamente sus alcances y poder conocer, si en su faz financiera y recaudadora el Fisco Nacional también acompaña de modo efectivo el fomento y desarrollo de esta nueva figura societaria o si, por el contrario, tiene una conducta más bien indiferente o en su caso, una mirada desfavorable.

Ese será el norte de esta reseña, a partir de un análisis reflexivo de las normas dictadas en la materia, los comentarios doctrinarios ensayados en su entorno y el juicio crítico que podamos formar como corolario de ello, procurando arrojar certezas que permitan precisar, dentro del tema que es objeto de estudio, los efectos concretos que esta novedosa figura societaria ha de producir en su andar –en el caso de este trabajo- frente al Fisco Nacional.

Con lo que, reparando en la importancia y actualidad del tema, además de indagar en un tema novedoso y de sumo interés práctico, buscaremos dar certidumbre sobre los alcances de sus

823 Cfme. Perciavalle, Marcelo, en "SAS – Ley Comentada de las Sociedades por Acciones Simplificadas" (Primera Edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial ERREIUS, Año 2018, p. 3 y ss)

regulaciones impositivas, convencidos que estas últimas constituyen uno de los pilares sustanciales de la seguridad jurídica tan requerida para la concreción de nuevas inversiones.

A nadie escapa que el conocimiento y la estabilidad de las normas impositivas, concretamente, los alcances de su impacto económico, constituyen un elemento más que dirimente en el desarrollo de toda inversión productiva.

Como observara Ernesto Martorell, más allá del profundo interés en que el voluntarismo expresado en el texto llegue a buen fin, y tanto el "crowdfunding" como las SAS no sean la barca de Caronte y logren llevarnos a las tierras de promisión anheladas, es preciso tener siempre presente el pensamiento del insigne comercialista brasileño Fabio Konder Comparato, en cuanto a *"produzir políticas, nao leis";* desde que son las políticas, no las leyes, las que cambian el perfil de las naciones y mejoran la calidad de vida de sus habitantes y no las meras creaciones intelectuales[824] (Martorell, Ernesto – 1984).

A continuación, intentaremos dar respuesta, dentro del limitado ámbito de estudio del presente trabajo, al interrogante planteado.

V. EL OBJETIVO TRAZADO Y LAS REGULACIONES IMPOSITIVAS VIGENTES

Es claro el objetivo trazado en la ley de plasmar una herramienta de simplificación burocrática, proporcionando un marco legal que favorezca la creación de nuevas empresas y sirva de apoyo para la actividad emprendedora y la generación de capital emprendedor.[825]

En este sentido y entre muchas otras medidas normativas y reglamentarias adoptadas al efecto (constitución ágil en Inspección de Personas Jurídicas), en el artículo 60 de la ley se prescribió la necesidad que las entidades financieras proveyeran a la apertura de la cuenta bancaria de un modo expeditivo y que la Administración Federal de Ingresos Públicos, proceda a otorgarle la clave única de identificación tributaria (CUIT) dentro de las 24 horas de presentado el trámite por parte de la SAS[826].

Ahora bien, más allá de esta clara "simplificación" burocrática que también alcanza a la Administración Tributaria, lo que interesa en este apartado es examinar el régimen impositivo sustancial al que las mismas están sujetas para poder conocer -tal como se planteó- si la actividad que en definitiva desarrollen tendrán prebendas fiscales que las hagan más propicias que otras estructuras societarias o si ello resultará un aspecto indiferente o incluso negativo a la hora de evaluar su utilización.

Por lo que a continuación abordaremos el tratamiento impositivo sustancial que corresponde asignar a las SAS conforme el ordenamiento tributario nacional.

824 Cfme. Martorell, Ernesto, al prologar la obra citada en nota 1; haciendo referencia a la obra de Konder Comparato, Fabio, "Produzir políticas, nao leis" (Jornal do Brasil, 8/1/1984, nota editorial).

825 Cfme. Vítolo, Daniel, "La Sociedad Anónima Simplificada (SAS). ¿Un desafío a la imaginación o una próxima realidad?" (http//eol.errepar.com/sitios/ve/html/20160921044644772.html.VITOLO_Q1)

826 Tal como se abunda en este trabajo, la clave de identificación fiscal debe ser otorgada por la AFIP una vez inscripta la SAS, sin tener que presentar en ocasión de iniciar dicho trámite la prueba de su domicilio que regularmente se requiere a los contribuyentes cuando solicitan la citada clave (Resolución General Conjunta AFIP-IGJ 4098-E/2017). En el mismo sentido se observa también la posibilidad de instrumentar sus operaciones en comprobantes "A", sin estar sujetas al régimen de las facturas "M" (Resolución General AFIP 4114-E).

Primero nos centraremos en las normas impositivas vigentes al momento de sanción de la ley que las creó y luego, lo haremos a la luz de las modificaciones legislativas que ha sufrido el andamiaje jurídico-tributario argentino y que incidieron de modo sustancial sobre su tratamiento.

Finalmente introduciremos una reseña de los beneficios fiscales establecidos por la Ley Nº 27.349, artículos 7º a 10º, a los que podrá acceder la Sociedad por Acciones Simplificada en los casos que se instituya como una sociedad inversora en capital emprendedor.

V.1. EL TRATAMIENTO IMPOSITIVO DE LAS SAS AL MOMENTO DE SU CREACIÓN.

A la fecha de sanción de la Ley Nº 27.349, que dispuso en su Título III la creación de las Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), las leyes que regulaban la materia tributaria de nuestro país no contemplaban de manera expresa el alcance impositivo que debía darse a las SAS, dado que la nueva tipificación societaria no vino de la mano de un acompañamiento legislativo tendiente a regular la materia tributaria.

Los aspectos más relevantes a considerar en dicho marco eran los siguientes:

(i) Impuesto a las Ganancias.

Se desarrollaron dos corrientes doctrinarias sobre el asunto, partiendo ambas de la premisa común que la Ley de Impuesto a las Ganancias no contemplaba de manera expresa el tratamiento impositivo aplicable para las Sociedades por Acciones Simplificadas.

La primera sostenía que las SAS debían tributar la gabela conforme lo dispuesto por el artículo 69º de la Ley de Impuesto a las Ganancias, tal como lo hacen las sociedades de capital, por más que no estuvieran mencionadas taxativamente en los incisos del artículo mencionado.

La segunda, por su parte, sostenía que las SAS quedaban comprendidas en el artículo 49º inciso b) de la misma Ley, con lo que debía tributar como el resto de las sociedades constituidas en el país, esto es, con el mismo régimen de las empresas unipersonales.

La diferencia fundamental radica en que bajo la tesis mantenida por la segunda de las posturas mencionadas, las rentas de la sociedad se distribuyen al final del ejercicio entre los accionistas y son ellos quienes deben incluir el resultado distribuido en su declaración jurada de Impuesto a las Ganancias como personas físicas, tal como ocurre con las sociedades de personas y tributar bajo la escala progresiva que tienen un impacto final sustancialmente menor al emergente de la escala fija con la que tributan las sociedades de capital.

En definitiva, bajo esta hermenéutica, las SAS no serían sujeto pasivo del Impuesto a las Ganancias ya que el mismo sería soportado por sus accionistas.

(ii) Impuesto Sobre los Bienes Personales.

A partir de la sanción de la Ley 25.585, la tenencia de acciones y otras participaciones en sociedades regidas por la Ley Nº 19.550 ha quedado excluida de la imposición del impuesto sobre los bienes personales, pasando a estar alcanzada por un régimen de impuesto cedular, conocido como *"Bienes Personales – Acciones y Participaciones".*

Las SAS, por no tratarse de un tipo social comprendido en la Ley Nº 19.550, no estaría obligada frente a este gravamen, sino sus accionistas[827] (Enrique M. Skiarski – 2017).

Bajo esta misma hermenéutica, teniendo en consideración lo establecido por la Ley de Sinceramiento Fiscal, artículo 63, que dispuso la eximición del Impuesto Sobre los Bienes Personales por lo períodos fiscales 2016, 2017 y 2018 a los contribuyentes cumplidores, tenemos que la adopción de este tipo societario también podía resultar beneficioso para sus accionistas desde esta singular perspectiva fiscal.

V.2. EL TRATAMIENTO IMPOSITIVO ACTUAL DE LAS SAS

Con fecha 27/12/2017 el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley 27.430 que vino a introducir una reforma integral en materia tributaria y, por ende, con previsiones específicas respecto del tratamiento tributario de las SAS.

A partir de ello, tenemos que:

(i) Impuesto a las Ganancias.

Con las modificaciones establecidas por la nueva ley se superó el debate suscitado ante la inexistencia de normas impositivas atinentes a las SAS, incorporando de modo expreso a las SAS en el inciso a), punto 1, del artículo 69º de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

Con lo que, en adelante, las SAS han de tributar bajo las mismas reglas que las demás sociedades de capital enunciadas en el precepto.

Es decir, por sus ganancias sujetas a impuesto, las SAS quedan comprendidas actualmente bajo la alícuota del treinta por ciento (30%).

A su vez la ley aclara, en el último párrafo del citado inciso a) que *"Los sujetos mencionados en los apartados 1 a 7 quedan comprendidos en este inciso desde la fecha del acta fundacional o celebración del respectivo contrato, según corresponda"*.

Dicha tasa del 30% resulta de aplicación para los ejercicios fiscales que se inicien a partir del 1/1/2018 inclusive y hasta el 31/12/2020. En lo que respecta a los ejercicios fiscales que se inicien a partir del 1/1/2021 inclusive, será de aplicación la alícuota del veinticinco por ciento (25%); ello, luego de las modificaciones establecidas por la citada Ley Nº 27.430, es lo que rige a la fecha, por disposición de la reciente Ley Nº 27.541.

De modo que las alícuotas vigentes para la tributación de las SAS, en el Impuesto a las Ganancias, son las siguientes:

- Para los ejercicios fiscales que se inicien desde el 1/1/2018 y hasta el 31/12/2020, resultará de aplicación el treinta por ciento (30%).

- Para los ejercicios fiscales que se inicien desde el 1/1/2021 resultará aplicable la alícuota del veinticinco por ciento (25%).

827 Cfme. Skiarski, Enrique M, "TRATAMIENTO IMPOSITIVO APLICABLE A LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA" - Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) – Tomo/Boletín XXXVIII, página 999, (http://eol.errepar.com/sitios/ver/html/20170905092541632.html)

(ii) Impuesto al Valor Agregado.

En el caso del Impuesto al Valor Agregado la ley de la gabela no establece un tratamiento especial para este tipo societario, con lo que se aplica la regla general y común a todas las sociedades.

(iii) Impuesto Sobre los Bienes Personales.

Al nacer legislativamente las SAS, dijimos que las mismas por no estar comprendidas dentro de los tipos sociales de la Ley Nº 19.550 quedaban excluidas de tributar el impuesto cedular relativo a los bienes personales, quedando alcanzados por dicha gabela sus accionistas en forma personal.

Asimismo, dijimos que la herramienta de las SAS sería atractiva para sus accionistas ya que la sociedad no estaría alcanzada por el tributo y, respecto de las personas humanas, se eliminaría el mismo a partir del período fiscal 2019 según la Ley Nº 27.430 –Sinceramiento Fiscal-.

Ahora bien, con la reciente sanción de la Ley Nº 27.541, este beneficio ha desaparecido, desde que el texto legal no sólo que ha consolidado la vigencia del impuesto, sino que, agravando la situación, ha dispuesto el aumento de las alícuotas respectivas.

(iv) Estados contables.

También es dable destacar, de modo sucinto ya que no hace al objeto central de este trabajo, que el artículo 58º de la Ley 27.349 estableció que las SAS deben llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables, que deberán asentarse en el libro de inventario y balances, delegando en la AFIP –ello nos interesa marcar en esta ocasión- la atribución normativa de establecer el contenido y la forma de presentación de los mismos, a través de aplicativos o sistemas informáticos o electrónicos de información abreviada.

Al respecto, el Fisco Nacional, mediante la Resolución General Nº 4115-E, dispuso que: *"A los fines dispuestos por el segundo párrafo del Artículo 58 del Título III de la Ley 27.349, se invita al Ministerio de Producción y a la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE) a conformar junto con esta Administración Federal, una comisión para determinar el contenido de los estados contables que deberán confeccionar las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)"*.

Seguidamente, el organismo de recaudación nacional aclara en la citada normativa que: *"Hasta tanto se emita la respectiva norma de alcance general en función de las conclusiones a las que arribe la mencionada comisión, las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) confeccionarán sus estados contables de conformidad con las normas contables profesionales vigentes y presentarán los mismos de acuerdo con el procedimiento establecido por el inciso c) del Artículo 4° de la Resolución General N° 3.077, su modificatoria y sus complementarias".*

A la fecha, al no haberse dictado la aludida norma de alcance general, tenemos que lasa SAS deben confeccionar y presentar sus estados contables conforme la Resolución General Nº 3.077, que estará entonces vigente a estos efectos hasta tanto se determine en definitiva el contenido de los Estados Contable que deberán confeccionar las SAS.

V. 3. LA SAS COMO SOCIEDAD INVERSORA EN CAPITAL EMPRENDEDOR

Finalmente tenemos que la ley de capital emprendedor establece en los artículos 7º a 10º de su texto los beneficios fiscales a los que podrán acceder todos aquellos sujetos que realicen aportes de inversión en capital emprendedor.

Asimismo, el Decreto Nº 711/2017 vigente desde el 11/9/2017 establece en el Capítulo II, artículos 6º a 19º, la reglamentación del régimen impositivo previsto en la Ley Nº 27.349.

Para reseñar los alcances del andamiaje normativo indicado, exponemos las conclusiones del Dr. Vitolo en su trabajo titulado "Emprendedores, Financiamiento y SAS -Un incipiente abordaje a las primeras reglamentaciones"[828].

Tal como expone el autor y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 27349, corresponde advertir que el tratamiento tributario a ser dispensado respecto de los aportes de inversión en capital realizados por inversores en capital emprendedor es uno de los atractivos que pretende presentar la nueva normativa, dado que dichos aportes podrán ser deducidos de la determinación del impuesto a las ganancias, bajo las condiciones y en los porcentajes que establezca la reglamentación.

Sin embargo, cabe destacar que ese beneficio no alcanzaría -en principio-, según lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley Nº 27.349, a los emprendimientos llevados a cabo por meros emprendedores personas humanas que no integran el concepto de inversores en capital emprendedor, sino solo para quienes aporten a instituciones de capital emprendedor, es decir, personas jurídicas -públicas, privadas o mixtas- fondos o fideicomisos constituidos en el país.

A su vez, tenemos que, bajo el régimen legal sancionado, la deducción no podrá exceder el setenta y cinco por ciento (75%) de los aportes efectuados, y hasta el límite del diez por ciento (10%) de la ganancia neta sujeta a impuesto del ejercicio o su proporcional a los meses del inicio de actividades, pudiéndose deducir el excedente en los cinco (5) ejercicios fiscales inmediatos siguientes a aquel en el que se hubieren efectuado los aportes.

Para el caso de aportes de inversión en capital en emprendimientos identificados como pertenecientes a zonas de menor desarrollo y con menor acceso al financiamiento, la deducción referida podrá extenderse hasta el ochenta y cinco por ciento (85%) de los aportes realizados.

Una particularidad que no es menor y que también advierte el mismo autor es que, para que el régimen resulte aplicable, los aportes de inversión deberán consistir en *"...dinero o activos financieros líquidos de fácil realización en moneda local..."*.

Adicionalmente, cabe destacar que la deducción no producirá efectos si la inversión total no se mantiene -mínimamente- por el plazo de dos (2) años contados a partir del primer ejercicio en que se realizó la inversión. Si dentro de dicho plazo el inversor solicitase la devolución total o parcial del aporte, deberá incorporar en su declaración jurada del impuesto a las ganancias el monto efectivamente deducido con más los intereses resarcitorios correspondientes.

A su turno, el decreto 711/2017, en su Capítulo II, se ocupa de reglamentar el régimen aplicable a los mencionados beneficios impositivos, de lo que destacamos los siguientes aspectos.

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Nº 27.349, debe entenderse por "aporte de inversión" a aquel que se realice en forma directa, o indirecta a través de una institución de capital emprendedor, en un emprendimiento.

Cuando el emprendimiento reciba aportes de inversión a través de su sociedad controlante, local o extranjera, la deducción resultará procedente siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

828 Cfme. Vitolo, Daniel R "Emprendedores, Financiamiento y SAS -un incipiente abordaje a las primeras reglamentaciones" - Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), Tomo/Boletín: XXIX (Cita digital: EOLDC096711A)

- Que el aporte de inversión tenga como destino final e irrevocable la capitalización del emprendimiento en un plazo no mayor a los doce (12) meses de efectuado.

- Que la sociedad controlante posea, al momento de la realización del aporte de inversión, como mínimo el noventa por ciento (90%) de la participación accionaria en el emprendimiento. Asimismo, cuando el aporte de inversión se realice en la sociedad controlante extranjera, el mismo deberá consistir en dinero o activos financieros líquidos de fácil realización en moneda local que se encuentren en el exterior.

De acuerdo con la norma reglamentaria, debe entenderse por *"activos financieros líquidos de fácil realización en moneda local*" a aquellos que sean liquidables en plazos de hasta veinticuatro (24) horas y sin que ello signifique una pérdida de su valor.

La Autoridad de Aplicación establecerá los demás requisitos a cumplir y el modo de acreditar el cumplimiento de los mismos.

En lo que atañe al modo de computar las deducciones, el mismo decreto 711/2017, en su artículo 7 dispone que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 27349, se fija en setenta y cinco por ciento (75%) el porcentaje de los aportes de inversión que podrán ser deducidos en la determinación del impuesto a las ganancias. Dicho porcentaje será de ochenta y cinco por ciento (85%) para el caso de aportes de inversión en capital en emprendimientos identificados como pertenecientes a zonas de menor desarrollo y con menor acceso al financiamiento.

En lo que se refiere a la deducción en la determinación del impuesto a las ganancias establecida en el artículo 7 de la ley 27349, se establece que:

- Tratándose de personas humanas, los aportes realizados se deducirán de la ganancia neta sujeta a impuesto.

- Tratándose de los sujetos comprendidos en el inciso a) del artículo 49 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. 1997) y sus modificaciones, se deducirán de sus ganancias netas imponibles.

- Las sociedades a las que se refiere el inciso b) del artículo 49 de esta última norma legal no deberán deducir para la determinación del resultado impositivo el importe de los aportes de inversión por ellas realizado.

Dichos montos serán computados por los socios en sus respectivas declaraciones juradas individuales del conjunto de sus ganancias, en proporción a la participación que les corresponda en los resultados societarios.

A efectos de determinar el límite del diez por ciento (10%) establecido en el primer párrafo del artículo 7 de la ley 27349, el mismo se calculará sobre la ganancia neta sujeta a impuesto o la ganancia neta imponible, según corresponda.

Para acceder al beneficio establecido en el artículo 7 de la ley 27349, el inversor en capital emprendedor deberá presentar la correspondiente solicitud mediante el servicio que se encontrará disponible en la Plataforma de Trámites a Distancia (TAD), aprobada por el decreto 1063, o bien, en sede del Ministerio de Producción, en los términos y condiciones que establezca la Autoridad de Aplicación. Dicha Autoridad realizará el análisis de la solicitud y se expedirá acerca de si se encuentran reunidos los requisitos para el otorgamiento del beneficio fiscal.

En caso de que corresponda el otorgamiento del beneficio, la Autoridad de Aplicación certificará la existencia de cupo, y al momento de hacerse efectivo el otorgamiento del mismo, detraerá su monto del cupo anual total.

El beneficio establecido en el artículo 7 de la ley 27349 será otorgado por la Autoridad de Aplicación según orden de ingreso del trámite en tiempo y forma, siempre que se haya realizado efectivamente la inversión, y estará condicionado a la efectiva existencia de cupo al momento de la solicitud.

La obtención del beneficio puede ser parcial, para el caso de que el cupo disponible no alcance la totalidad del beneficio solicitado.

El beneficio establecido en el artículo 7 de la ley 27349 solo podrá computarse en la determinación del impuesto a las ganancias correspondiente al ejercicio en el cual se realizó efectivamente el aporte de inversión, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con el excedente de dicho beneficio.

A efectos de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 7 de la ley 27349 -solicitud de devolución total o parcial del aporte efectuado por el inversor- el artículo 18 del decreto 711/2017 establece que la diferencia de impuesto que surja por la devolución total o parcial de las sumas oportunamente deducidas en concepto de aportes deberá ingresarse en la fecha que se fije como vencimiento para la presentación de la declaración jurada del ejercicio comercial o período fiscal en que deba atribuirse la devolución, con más los intereses que pudieran corresponder de acuerdo con el artículo 37 de la ley 11683 (t.o. 1998) y sus modificaciones, calculados desde la fecha de vencimiento fijada para la presentación de la declaración jurada del ejercicio comercial o período fiscal en que se practicó la deducción hasta la fecha de vencimiento indicada en primer término, o del efectivo ingreso.

Claro está que, cuando a raíz del incumplimiento de alguno de los requisitos u obligaciones relativos al beneficio establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 27.349 el aportante deba reintegrar al resultado impositivo, las sumas oportunamente deducidas y en el mismo ejercicio fiscal efectúe aportes, estos no gozarán del beneficio impositivo previsto en la mencionada ley hasta el monto equivalente a dicho reintegro.

A partir de lo expuesto, es dable concluir que las SAS podrán acceder a los beneficios impositivos previstos en el régimen aludido en cuanto se instituyan como sujetos inversores en capital emprendedor, en los términos y alcances que prevé la normativa de respectiva.

Caso contrario la SAS, como vimos en el desarrollo propuesto, no goza de ningún beneficio fiscal que la distinga de las demás sociedades de capital.

VI. LOS COROLARIOS.

Como corolario del presente trabajo, no podemos sino concluir que la política legislativa tendiente a promover las SAS, como herramienta de desarrollo en materia de inversiones, desde la perspectiva impositiva, deja sin dudas expectativas sin colmar.

Ello por cuanto, más allá de la simplificación burocrática que compromete de modo expreso y específico a la propia AFIP-DGI, lo cierto es que, en materia de fondo, esto es, la carga impositiva que habrá de percutir concretamente sobre el desarrollo económico y financiero de la inversión que ha sido de este modo canalizada, no se advierte que se hayan establecido beneficios específicos que favorezcan de modo singular a las SAS, quedando sometida al mismo esquema de tributación de las otras sociedades de capital.

Los beneficios concretos –y condicionados al cumplimiento de una rigurosa reglamentación- a los que pueden efectivamente acceder las SAS, conforme el régimen instaurado por la ley objeto de análisis, le serán reconocidos en la medida –y como consecuencia- de revestir como sujetos inversores en capital emprendedor, en los términos y alcances que prevé la citada normativa pero no por constituirse, precisamente, bajo la tipología de la SAS.

Ello en modo alguno implica renegar de las ventajas y beneficios que para determinados proyectos de inversión puede brindar este nuevo tipo societario, concretos y palpables, tanto en materia de simplificación burocrática como en el régimen legal aplicable y no solo por los beneficios fiscales aludidos, sino también por las regulaciones singulares y particulares que se le confieren, muchas de ellas novedosas en el derecho societario argentino.

En línea con ello, no puede soslayarse el uso creciente que han tenido las SAS en la práctica societaria, en sus cortos años de vida. Consolidada la actual tendencia, no quedarán mayores interrogantes sobre su consolidación en la práctica societaria.

Ahora bien, ello no necesariamente va de la mano del cumplimiento de los objetivos trazados con su sanción legislativa, en los que se la propone como una herramienta jurídica para la canalización de pequeños emprendedores. Esto último dependerá del nivel del emprendedor o emprendimiento que utilice efectiva y regularmente de las bondades de simplificación y flexibilización burocrática que la misma conlleva; pero lo que queda inconcluso, al menos bajo la visión que tenemos quienes realizamos este trabajo, es la posibilidad de contar con beneficios ciertos y directos desde el punto de vista tributario que permitan a quienes acceden a la constitución de una SAS, a los fines de materializar un emprendimiento pequeño que inicia su vida comercial, contar con facilidades o ventajas que le permitan crecer en su giro institucional sin verse apabullados por las excesivas cargas fiscales que imperan en nuestro país.

En este trabajo nos propusimos indagar concretamente sobre los aspectos que subyacen en materia impositiva y en este marco, la búsqueda de una respuesta concisa a los interrogantes planteados, nos lleva a observar que el Estado Nacional en su faz recaudatoria, como Fisco Nacional, no ha promovido ni ha acompañado con medidas de fondo significativas su consolidación, ni ha propiciado –ello entendemos es lo más relevante en este apartado del trabajo- un régimen fiscal que favorezca su utilización por parte de los pequeños o primeros emprendedores a los que está dirigida.

El devenir de su regulación impositiva en el futuro permitirá afirmar si tal acompañamiento viene solo rezagado o si el Fisco Nacional se mantendrá indiferente o neutral a su evolución. O bien, si con una mirada desfavorable, optare en el futuro por promover medidas restrictivas o disuasivas de su utilización entendiendo que echar mano a las SAS importaría –como ocurrió con muchos otros institutos que tuvieron auge en nuestro país, v.gr.: los fideicomisos- una herramienta tendiente a omitir o evadir el pago de los tributos o para el lavado de activos por parte de los contribuyentes.

Precisamente, vinculado con esta mirada negativa de las SAS, podemos citar el reciente proyecto de ley enviado por el “Bloque Legislativo Frente de Todos” (mayoritario actualmente en ambas Cámaras del Congreso de la Nación) en virtud del cual, en el marco de las acciones para evitar el lavado de activos, persigue suspender por ciento ochenta (180) días la aplicación de la ley que regula la creación de las SAS. El objetivo de esta legislación, según lo informa el Senador Parrilli,

sería *"…avanzar en una regulación a las Sociedades por Acciones Simplificadas, conocidas como 'SAS', mecanismo utilizado para la evasión y lavado, como el conocido "caso Sbarra"…"*[829].

Las mismas conclusiones caben para los Fisco Provinciales, en nuestro caso, la Dirección General de Rentas y la Dirección de Inteligencia Fiscal (ex Dirección de Policía Fiscal), quienes no han promovido ninguna regulación tendiente a favorecer a los emprendedores mediante la utilización de las SAS.

La Administración Tributaria, en su cotidiano accionar, no siempre es coherente con las políticas públicas que el mismo Estado Nacional o Estado Provincial intentan desandar en la promoción y consecución de otros fines que no sean estrictamente fiscales o recaudatorios.

El tiempo dirá sobre el acierto o no de esta nueva figura societaria. Lo cierto es que, a la fecha, la legislación en materia impositiva no acompaña el fin que tuvo en miras el legislador al momento de regular la creación de este nuevo tipo societario.

829 https://www.iproup.com/economia-digital/12073-reves-para-las-sas-el-frente-de-todos-presento-un-proyecto-para-suspender-la-creacion-de-sociedades-anonimas

RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

Matias MACHADO

Resumen: Los buscadores de internet realizan tareas de indexación, búsqueda y enlace de sitios web a fin de ofrecer diversos resultados a sus usuarios. En muchos casos su actividad puede causar perjuicios, por lo cual corresponde determinar en qué casos prevalece el derecho a la libertad de expresión por sobre los derechos personalísimos de los afectados. Sólo se les podrá atribuir responsabilidad por el contenido que les es ajeno en los casos en los cuales toman conocimiento de la ilicitud de ese contenido y no llevan a cabo un actuar diligente orientado eliminar los resultados de búsqueda perjudiciales.
Palabras Clave: Responsabilidad – Buscadores – Internet.

Abstract: Internet Search Engines search and index websites to provide different results to the users. This activity can cause damages, whereby we have to decide in which cases the freedom of expression prevails over the personal rights of the victims. Liability for the websites content will be attributed to them only when they are notified and they don't act diligently deleting the harmful search results.
Key words: Search engines – Liability.

I. INTRODUCCIÓN

Los últimos treinta años se han visto caracterizados por un notable avance tecnológico en materia de telecomunicaciones a través de nuevas herramientas de fácil acceso y utilización para los particulares.

Entre ellas se encuentra el internet, que permite un tráfico masivo de datos que se da a gran escala, de manera instantánea a diferentes partes del mundo y resulta de suma utilidad para que cualquier persona pueda acceder a información, opinar, comunicarse y transmitir sus ideas casi sin restricciones.

De la misma forma este servicio amplifica la posibilidad de que se difundan noticias falsas, que se realicen acusaciones injuriantes que pueden llegar a afectar los derechos personalísimos de los particulares o que se realice un uso indebido de la imagen de una persona.

El panorama expuesto se complejiza más aun teniendo en cuenta que cualquier sujeto que tenga acceso a un celular o a una computadora puede recibir o cargar información en la red, ya sea por blogs, foros redes sociales o cualquier otro tipo de página de internet, a lo cual se le debe adicionar la posibilidad de interactuar con otros usuarios e intercambiar ideas.

En otras palabras, de esta herramienta incrementa la potencialidad dañosa de las afirmaciones que sean vertidas por este medio, dado el ritmo vertiginoso en el que circulan las noticias que son subidas a la red, las que pueden ser recogidas por distintos usuarios y páginas web multiplicando la cantidad de fuentes y destinatarios de las mismas.

A ello debemos agregar el hecho de que no se realiza un control a nivel mundial o estadual de los contenidos que se encuentran cargados en internet, lo que facilita la posibilidad de la incorporación de datos falsos erróneos o injuriantes, sin ninguna posibilidad de revisarlos previamente. No obstante, desde el ámbito normativo, no puede concebirse que éste constituya un territorio virtual donde las conductas ilegales no generen consecuencia jurídica alguna.[830]

A esto se le suma la existencia de proveedores de servicio de enlace y búsqueda que facilitan el acceso de los particulares a las distintas páginas web por medio de la utilización de distintos parámetros y métodos de indexación.

En el presente trabajo se propone un análisis de la responsabilidad de los buscadores de internet en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

Para esto comenzaremos con un examen general de la figura del intermediario de enlace y búsqueda de contenidos. A dicho fin procederemos a conceptualizar esta figura, a determinar cuáles son sus caracteres y a establecer cuál es el rol de los buscadores en el marco de su actuación.

Posteriormente, pondremos énfasis en los derechos constitucionales que se encuentran en juego en el supuesto bajo análisis, tanto desde la perspectiva de los buscadores y las diversas páginas de internet, como desde el punto de vista de los particulares a los cuales se pudiera llegar a referir.

Seguidamente, realizaremos un juicio de ponderación a fin de determinar cuál de los derechos constitucionales en pugna debe prevalecer, así como también la medida en la cual deberá producirse su predominio.

Para ello examinaremos los principales precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objeto de comprobar cuales son los principales caracteres a tener en cuenta a fin de atribuir responsabilidad en estos casos.

Siguiendo esta línea de análisis, observaremos las diversas particularidades que pueden tener los distintos presupuestos de la responsabilidad civil en relación al deber de responder que puede llegar a pesar sobre los motores de búsqueda.

Finalmente, luego de haber tratado todos estos temas extraeremos las conclusiones pertinentes para el caso.

II. CONCEPTUALIZACION Y DETERMINACION DEL ROL DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

Los motores de búsqueda en Internet funcionan almacenando información sobre los sitios web en una base de datos, que luego es extraída a través de un software que rastrea estas páginas relacionándolas con el contenido solicitado. Dentro de estos sitios, el software de los motores clasifica palabras claves que se encuentran en títulos y textos para que cuando se realice la búsqueda pueda mostrar resultados afines a la misma.

Los buscadores de internet o proveedores de contenido de enlace y búsqueda de contenidos pueden ser definidos como *"…aquellos que brindan servicios de indexación, direccionamiento,*

[830] BASTERRA, Marcela I. "EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN ACORDE" LA LEY 14/08/2018 Cita Online: AR/DOC/1383/2018

enlace y búsqueda de contenidos generados por terceros, disponibles en la red, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos."[831]

Asimismo, se ha sostenido *que "los denominados "buscadores" en Internet son servicios que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda contenidos."*[832].Podemos mencionar a modo de ejemplo motores de búsqueda como Yahoo, Google, Bing o Safari.

Estos instrumentos son utilizados para facilitar el acceso a información, contenidos y enlace de diversas páginas web por medio del empleo de parámetros determinados previamente por los usuarios a modo de palabras clave que permiten ubicar de manera precisa los sitios web que tengan alguna relación con lo requerido por el interesado. De esta forma, se genera un listado uniforme de direcciones que se pone a disposición de quien lo utilizó.

La actividad que llevan a cabo permite vincular un determinado descriptor con información, imágenes, videos, palabras, etc contenidos en las páginas de internet que se muestran como resultado luego del proceso de direccionamiento y enlace realizado.

Pertenecen al género motores de búsqueda, sistemas informáticos que indexan archivos almacenados en servidores web. Son bases de datos que incorporan automáticamente páginas web mediante "robots" de búsqueda en la red. Cuando se pide información sobre algún tema, el buscador realiza la búsqueda por medio de palabras clave o con árboles jerárquicos por temas. El resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web (URL) en los que se mencionan temas relacionados con las palabras claves buscadas. [833]

Estos motores utilizan robots que buscan información en la red acerca de sitios web. Estos robots son un software llamado crawler, metacrawler o spider (araña), que constantemente se encuentra en la red buscando nuevos sitios, o nueva información acerca de los ya existentes, y es la herramienta para indexar sitios y contenidos. Luego clasifica el contenido y lo almacena, para ser utilizado en las búsquedas que se realizan en las páginas de los buscadores por parte de los usuarios.[834]

Como se puede observar el procedimiento se lleva a cabo de manera automatizada casi sin la intervención directa de un ser humano y facilita enormemente la navegación por internet, permitiendo acceder a los sitios web que resulten de interés para cada usuario.

La lista de resultados que se le brinda a los interesados muestra una breve reseña del contenido de los distintos sitios web localizados o una imagen que tenga alguna relación con las palabras que hayan sido ingresadas como parámetro.

Quienes se encuentran detrás de estos motores de búsqueda son generalmente grandes empresas multinacionales que han expandido sus servicios a lo largo de todo el planeta, razón por

831 Art. 1 del Proyecto de ley elaborado por los legisladores Fellner y Pinedo sobre la responsabilidad de los buscadores de internet.

832 MOLINA QUIROGA, Eduardo "RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. NOTIFICACIÓN PREVIA Y USO DE IMÁGENES" Publicado en: SJA 15/06/2016, 15/06/2016, 41 - Cita Online: AR/DOC/4432/2016

833 MOLINA QUIROGA, Eduardo "RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. NOTIFICACIÓN PREVIA Y USO DE IMÁGENES" Publicado en: SJA 15/06/2016, 15/06/2016, 41 - Cita Online: AR/DOC/4432/2016.

834 MOLINA QUIROGA, Eduardo "EL DERECHO A LA IMAGEN Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES. UNA NUEVA SENTENCIA DE LA CORTE" Publicado en: LA LEY 03/10/2017 Cita Online: AR/DOC/2535/2017

la cual los resultados que se pueden obtener por la utilización de sus mecanismos de enlace e intermediación pueden abarcar páginas web de diversos países.

Debemos destacar que en la generalidad de los casos los sitios que se obtienen como resultado de los parámetros ingresados por los usuarios no tienen una relación contractual ni vinculación previa alguna con quien realiza la intermediación.

Sin embargo, en muchos casos nos podemos encontrar frente a enlaces patrocinados. En estos casos, quien contrata el servicio logra que su página web aparezca entre los primeros lugares de los resultados de búsquedas. [835].

Es decir que, en estos supuestos, los proveedores de servicios de intermediación y enlace obtienen una ganancia extra otorgándole mayor difusión a las páginas web que estén interesadas en utilizar este tipo de prestaciones.

Cabe hacer una aclaración en relación a los buscadores de imágenes en internet. Estos sistemas permiten ver versiones reducidas de las mismas con una menor resolución sin necesidad de acceder a los sitios en los cuales se encuentran contenidas. Estas imágenes en miniatura reciben el nombre de thumbnails y adquieren una enorme importancia a la hora de analizar los supuestos en los cuales los titulares del servicio de búsqueda deben responder.

III. DERECHOS CONSTITUCIONALES EN PUGNA

A fin de determinar en qué casos deberán responder los buscadores de internet por los resultados que arrojen, resulta necesario observar cuales son los derechos de los particulares que podrían verse afectados por el desarrollo de su actividad.

Asimismo, se deberá considerar hasta qué punto se le puede exigir a los sujetos titulares de los motores que supriman de manera efectiva los contenidos que se obtengan luego del proceso de exploración que realicen sin afectar otro derecho reconocido expresamente por nuestra Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Estamos hablando de la libertad de expresión que conlleva la prohibición de la censura previa. A continuación, analizaremos este derecho en particular, así como los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen con el objeto de realizar una ponderación entre ellos y determinar cuál debe prevalecer al entrar en conflicto en estos casos particulares.

III.1 Libertad de Expresión

III.1.A Libertad de Expresión en general

La libertad de expresión es aquel derecho reconocido por nuestra Constitución y por numerosos tratados internacionales que otorga a cada sujeto la potestad de exteriorizar sus pensamientos, sus ideas o sus opiniones sin temor a represalias.

Este derecho tiene dos dimensiones: una dimensión individual, relacionada con el derecho de toda persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión

835 PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2017. T.III, p. 409.

colectiva o social, que reside en el derecho de la sociedad (de terceras personas) a procurar y recibir información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada[836].

Por supuesto, la existencia de este derecho no excluye la posibilidad de que, en los casos en los cuales el sujeto que ejercite esta potestad le cause un daño antijuridico a un tercero, se encuentre obligado a responder.

Según Bidart Campos la libertad de expresión *"…es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc, a través de cualquier medio: oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etcetera".*[837]

Este derecho se encuentra receptado de manera indirecta en nuestra Constitución en los arts. 14 y 32 referidos a la libertad de prensa.

El art. 14 dispone que *"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (…) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa…"*.

Por otro lado, el art. 32 establece que *"El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal."*.

Es cierto, como hemos afirmado precedentemente, que las normas citadas se refieren estrictamente a la libertad de prensa. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, con la cual coincidimos, no ha dudado en integrar la laguna normativa que se ha producido y ha ampliado el supuesto comprendido en esta norma y en las normas generales sobre libertad al supuesto de libertad de expresión.

Así, se ha afirmado que *"haciendo jugar por analogía la norma sobre libertad de prensa, y acudiendo a los principios sobre libertad (que desde el preámbulo contiene la Constitución), podemos sin duda arribar a la conclusión de que nuestra Constitución protege la libertad "de expresión" en todas sus formas, las que reciben hospitalidad cierta…".*[838]

Estas normas pueden ser complementadas con aquellas contenidas en numerosos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional - conf. art. 75 inc. 22 de la CN (Constitución Nacional)- que reconocen de manera categórica y expresa el derecho a la libertad de expresión. Entre ellos podemos mencionar los siguientes:

- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica) cuyo artículo 13 dispone que *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el*

836 Corte idh. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53. Corte idh. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75. Corte idh, Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentencia de 1o de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163. cidh. Alegatos ante la Corte Interamericana en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Transcritos en: Corte idh, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.1 a). Corte idh, Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No 107 párr. 116.

837 BIDART CAMPOS, German J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos aires, Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998. T.II, p. 12

838 BIDART CAMPOS, German J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998. T.II, p. 12

inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional."

- El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 20 establece que *"1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas."*

- La Convención Sobre Derechos del Niño, según la cual, de conformidad con el contenido de su artículo 12.1 *"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."*. De la misma forma en su artículo 13 aclara que *"1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."*. Esto debe ser complementado con lo dispuesto en el art. 17 según el cual *"Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental…".*

- La Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial incorpora este derecho su artículo 5 de acuerdo al cual *"En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el art. 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (…) d) (…) vii) E derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;"*. Asimismo, en su artículo 7 establece que *" Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la*

enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención."

Como se puede observar, la regulación de esta cuestión en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos es mucho más extensa que aquella contenida en nuestra Constitución y abarca, con toda claridad, todos los supuestos en los cuales se pueda ver afectado el derecho a la libertad de expresión de una persona, con independencia de cuál sea el medio a través del cual exteriorice sus pensamientos o ideas.

Es cierto que la libertad de expresión tiene su mayor desarrollo en el ámbito de la libertad de prensa, pero ello no implica que sea el único ámbito en el que este derecho puede ser ejercido. Existen numerosos aspectos que resultan fundamentales y no pueden ser dejados de lado.

Un claro ejemplo de ello es la libertad de información que importa el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias, transmitirlas y difundirlas, y de resguardar razonablemente en el secreto la fuente de donde se han obtenido.[839]

Las diversas fuentes de información no pueden ser limitadas o afectadas ni por el estado ni por ningún particular, por lo cual las personas se encuentran tienen derecho a obtener acceso libre a las mismas.

Por supuesto esta libertad no solo comprende a aquella destinada transmitir información en sentido estricto, sino que abarca cualquier contenido artístico, científico, tecnológico, humorístico, de entretenimiento o publicitario que pueda ser difundido por cualquier medio; ya sea escrito, audiovisual o informático.

Resulta claro que lo dispuesto en estas normas puede hacerse extensivo a las opiniones, la información, las ideas o las imágenes que son vertidas en las distintas páginas web y que a su vez puede ser organizada y localizada por medio de los buscadores de internet.

En este sentido se ha sostenido que *"La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet sólo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba 'tripartita')"*[840].

Esta cuestión resulta aún más clara cuando se observa lo dispuesto en el art. 1º, ley 26.032, según el cual *"La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del*

839 BIDART CAMPOS, German J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998. T.II, p. 15

840 Organización de las Naciones Unidas (ONU), declaración conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet del 01/06/2011, en la cual participaron el relator especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión -Frank La Rue-, la representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) -Dunja Mijatovic-, la relatora especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión -Catalina Botero Marino-, y la relatora especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) -Faith Pansy Tlakula-.

servicio de internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión".

Esta norma despeja cualquier tipo de dudas ya que incluye diferentes supuestos de actividades que se pueden realizar a través del servicio de internet - entre los cuales se encuentra la búsqueda de información e ideas - en el marco de la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Particularmente, en relación a los buscadores de internet podemos decir que son, *"…en definitiva, el mecanismo técnico central a través del cual las personas satisfacen en internet su derecho a buscar y recibir información, garantizado en el art. 13 de la CADH y en los arts. 14 y 32 de la Constitución argentina. Desde esta perspectiva, los motores de búsqueda tienen la capacidad de potenciar la "dimensión social" de la libertad de expresión, en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto permiten "recibir la información y conocer la expresión del pensamiento ajeno" que está disponible en internet"*[841].

III.1.B La prohibición de censura previa

Se trata de aquella prohibición impuesta a los organismos estatales y a los particulares de llevar a delante cualquier tipo de conducta orientada a proscribir, vedar u obstaculizar cualquier modo de exteriorizar la libertad de pensamiento de cualquier persona.

La existencia de la prohibición de censura previa no implica que el derecho a la libertad de expresión pueda ser considerado como un derecho absoluto, razón por la cual en los casos en los cuales sea ejercido de manera abusiva y se difunda información falsa, inexacta o se realicen manifestaciones calumniosas o injuriantes que puedan causar daños a terceros, estará sujeto a responsabilidades ulteriores.

Es censura previa – y está prohibida con el alcance que venimos explicando – cualquier medida que importa un control o revisión anticipados de la expresión. No es censura previa todo lo que responsabiliza después de que la expresión se exterioriza.[842]

Cabe aclarar que esta prohibición abarca las expresiones y manifestaciones vertidas por cualquier medio, ya sea escrito, audiovisual o digital, por lo cual la actividad de los buscadores de internet se encuentra comprendida en este supuesto.

El artículo 14 de la Constitución Nacional no hace distinción alguna e impide llevar a cabo en cualquier caso medidas preventivas que puedan llegar a ser consideradas censura previa, lo que ha llevado a cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia a sostener que esta prohibición tiene un carácter absoluto[843].

Sin embargo, debemos destacar que existe una excepción prevista de manera expresa en el artículo 13.4 del Pacto de San José de Costa Rica que permite que los espectáculos públicos sean sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

Por otro lado, existen autores que sostienen que *"…en supuestos de excepción, y con el propósito de evitar o hacer cesar un atentado manifiesto, grave y arbitrario contra la intimidad, el honor o la*

841 MOLINA Quiroga, Eduardo "Responsabilidad de los buscadores por contenidos publicados en internet" La Ley, Publicado en: RCyS2015-XI, 5 - DJ20/04/2016, 1 Cita Online: AR/DOC/3610/2015

842 BIDART CAMPOS, German J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998. T.II, p. 20

843 BIDART CAMPOS, German J., Manual de la Constitución Reformada, Buenos aires, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998. T.II, p. 19

imagen de una persona, los jueces pueden ordenar – incluso preventivamente – la prohibición temporaria o definitiva de una publicación, o de parte de la misma, o impedir o restringir su circulación"[844]. Indican que esta interpretación puede ser llevada a cabo si se toma en cuenta lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, que admite que la libertad de expresión puede ser sujeta a restricciones para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

Como se puede observar se trata de una cuestión opinable, sujeta a diversas interpretaciones, que puede dar lugar a diferentes soluciones según la postura que se adopte.

III.2 Los derechos a la intimidad, la imagen y el honor

III.2.A El derecho a la intimidad

III.2.A.1 Caracterización

El derecho a la intimidad de una persona consiste en la potestad que tiene cada individuo de excluir del conocimiento de terceros aquellos aspectos propios de su vida privada, que son inherentes a su persona.

Consiste en el derecho que tiene una persona de mantener en un ámbito de reserva con respecto a terceros diversas cuestiones que hacen a su vida personal como pueden ser sus creencias religiosas, sus opiniones, pensamientos o ideologías, todos aquellos asuntos relativos a su vida familiar, a sus relaciones afectivas o sexuales, a sus hábitos, a su salud, etc.

Pizarro y Vallespinos citando a Ferreira Rubio señalan que se trata de un derecho *"…integrado por tres aspectos fundamentales: tranquilidad (derecho a ser dejado en paz) autonomía (libertad de tomar decisiones relacionadas con áreas de nuestra propia existencia) y control de la información personal."*[845].

III.2.A.2 Régimen legal

Se encuentra receptado en los artículos. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

El art. 18 dispone que *"…El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación…"*. Por otro lado, según el art. 19 *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados…"*.

Como se puede observar, la normativa constitucional demarca una zona de reserva personal, en la que no podrán inmiscuirse otras personas siempre que no nos encontremos frente a una conducta dañosa o potencialmente dañosa que pudiera llegar a traer a algún perjuicio a terceros.

En relación a esta cuestión la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *""El derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta constitucionalmente en el art. 19 de la Ley Suprema. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación*

844 PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2017. T.III, p. 343

845 PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2017. T.III, p. 152 conf. FERREIRA RUBIO, El derecho a la intimidad, p. 41 y ss.

económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad"[846].

Por otro lado, la intimidad de la persona también se encuentra protegida en diversos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional entre los cuales podemos mencionar:

- El Pacto de San José de Costa Rica que dispone en los incisos 2º) y 3º) de su artículo 11 que *"… 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."*

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que de una manera similar establece en su artículo 17 que *"1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2.Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques."*

De la misma forma esta cuestión está regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación en sus artículos 52 y 1770.

El artículo 52 dispone que *"La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1."*. Asimismo, de acuerdo al art. 1770 *"El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación."*.

Resulta claro, luego de la lectura de estas normas, que el derecho a la intimidad goza de una amplia protección en el marco de nuestro ordenamiento jurídico y que en los casos en los cuales resulte lesionado, generara responsabilidades ulteriores para el autor del daño.

Los casos en los cuales este derecho se puede ver vulnerado y generará el deber de responder son aquellos en los cuales se procede a dar publicidad a aspectos de la vida de una persona que legítimamente pretenda mantener ocultos del resto de la sociedad.

Asimismo, se encuentra habilitada la posibilidad de reclamar de manera preventiva que cesen aquellas conductas que potencialmente podrían causar algún perjuicio al titular de este derecho, con anterioridad a que el daño se produzca de manera efectiva.

Por supuesto, esta conducta solo resultara antijuridica en los casos en los cuales la intromisión resulte arbitraria e ilegítima. Siguiendo este razonamiento, debemos destacar que, la actuación del tercero que vulnera el ámbito de intimidad de una persona. no debe implicar el ejercicio regular de un derecho. Igualmente, resulta necesario aclarar que su conducta no debe haber sido consentida

846 CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA"

por el propio damnificado, ya que ello actuaría como causa de justificación que eximiría del deber de responder al autor del daño.

Por otro lado, el derecho a la intimidad cede en los casos en los cuales exista un ejercicio regular del derecho a informar y nos encontremos frente a un interés público que justifique la intromisión.

III.2.B El derecho al honor

III.2.B.1 Caracterización

Se trata de un derecho personalísimo inherente a la dignidad de la persona humana que está relacionado con la reputación de cada persona, con la manera de acuerdo a la cual se valora a sí misma y a como la ven el resto de los miembros de la sociedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito (Fallos: 331:1530, voto de la jueza Highton de Nolasco).[847]

Lógicamente su afectación puede provocar no sólo profundos daños de carácter extrapatrimonial que afectan los sentimientos de la persona, sino también que pueden tener como consecuencia enormes perjuicios en el ámbito patrimonial por la afectación de la fama y el respeto que tiene una persona en la sociedad.

La doctrina reconoce dos facetas diferentes para calificar este derecho[848]:

El concepto subjetivo del honor: que se refiere a la autovaloración que cada uno *"…tiene de si mismo en cuanto sujeto de relaciones ético sociales"* [849] . En otras palabras*, "…es la consideración que cada persona tiene de sí misma, sus virtudes y defectos, y del respeto o trato que merece por parte de sus semejantes."*[850].

El concepto objetivo del honor: está relacionado con el modo en que la sociedad ve a una persona, con su reputación y con la manera de acuerdo a la cual es valorado por el resto de los miembros de la comunidad. Dicho de otra forma, *"…tiene que ver con lo que opina o piensa la sociedad en la que se desenvuelve el sujeto, acerca de sus méritos o virtudes y sus deméritos."*[851].

III.2.B.2 Régimen Legal

El honor se encuentra comprendido dentro de los derechos no enumerados del art. 33 de la Constitución Nacional y ha sido expresamente reconocido en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

847 Corte Sup., 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén v. Google Inc. s/daños y perjuicios".

848 PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2017. T.III, p. 167/168

849 PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2017. T.III, p. 167 Conf. SOLER, Derecho Penal Argentino. Parte Especial 3ª Edición, T.III ps. 184/185

850 MOLINA QUIROGA, Eduardo, "CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y AL HONOR", Publicado en: LA LEY 15/08/2019 Cita Online: AR/DOC/2381/2019

851 MOLINA QUIROGA, Eduardo, "CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y AL HONOR", Publicado en: LA LEY 15/08/2019 Cita Online: AR/DOC/2381/2019

Entre ellos podemos mencionar al art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según la cual *"Nadie será objeto (…) de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques."*.

Por otro lado, resulta necesario destacar que el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos replica la disposición citada en términos similares y dispone que *"Nadie será objeto (…) ataques ilegales a su honra y reputación…"*.

Asimismo, se encuentra regulado en el art. 52 del Código Civil y Comercial de la Nación que fue citado en el punto precedente al referirnos al derecho a la intimidad.

También debemos tener en cuenta las disposiciones del Código Penal relativas a los delitos contra el honor que van desde el art. 109 al art. 117 de dicho cuerpo normativo.

III.2.B.3 Modos de afectación

Este derecho puede verse afectado por diversas manifestaciones de terceros. Entre ellas podemos mencionar a las injurias que se dan en los casos en los cuales se desacredita a una persona a través de cualquier medio, ya sea de manera oral, escrita o través de gestos sea cual sea la vía utilizada.

Este tipo de manifestaciones debe tener la idoneidad para afectar el buen nombre y la reputación de una persona por lo que debe tener trascendencia pública, para que el resto de la comunidad tome conocimiento de ellas y tenga la potencialidad de causar un perjuicio.

Por otro lado, las calumnias se refieren a la acusación que realiza una persona en contra de otra por medio de la cual le atribuye la comisión de un hecho ilícito. Ahora bien, resulta necesario aclarar que esta acusación debe ser falsa y estar referida a un delito de acción pública para que se configuren todos los requisitos exigidos por el tipo penal previsto en el art. 109 del Código Penal.

El código Civil y Comercial de la Nación prevé de manera específica cuando se responderá en los casos de acusaciones calumniosas en su art. 1771.

Esta norma contempla el supuesto en el cual una persona es denunciada falsamente en sede penal y determina que el factor de atribución aplicable será subjetivo, concretamente dispone que deberá haber dolo o culpa grave por parte del denunciante.

Debemos destacar que, al igual que en el caso del derecho a la intimidad, el derecho al honor se encuentra limitado en los casos en los cuales se haya dado el consentimiento del propio damnificado o cuando nos encontremos frente al ejercicio regular del derecho a informar de una persona.

Asimismo, debemos destacar que en el caso de las acusaciones calumniosas la prueba de la verdad del hecho delictivo que se le atribuye al damnificado exime de responsabilidad a su autor. De la misma forma, de acuerdo al art. 109 in fine del C.P.N *"…no configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertiva"*.

En relación a las injurias el Código Penal dispone en su art. 111 que *"El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena."*. Como se puede observar, la exceptio veritatis se encuentra limitada solo a los supuestos previstos en esta norma.

III.2.C El derecho a la imagen

III.2.C.1 Caracterización

El derecho a la imagen es aquel que permite a cada sujeto evitar la reproducción de los rasgos propios su persona cualquiera sea el medio empleado para realizarla y siempre que no se cuente con la anuencia del titular de este derecho.

En este sentido se ha entendido que *"…es el derecho personalísimo que permite oponerse a que otros individuos, cualquiera sea el medio empleado, capten, reproduzcan, difundan o publiquen su imagen sin contar con su consentimiento o el de la ley"*[852] Siguiendo este razonamiento se ha sostenido que el derecho a la imagen se traduce en la facultad que tiene una persona de mantener reservado, a un ámbito reducido, su imagen pública, impidiendo su obtención, reproducción, publicación o difusión por parte de un tercero no autorizado[853].

III.2.C.2 Régimen Legal

El derecho a la imagen se encuentra entre los derechos no enumerados del art. 33 de nuestra Constitución Nacional. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"…el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros."*[854].

Por otro lado, este derecho se encuentra contemplado en el art. 53 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece lo siguiente: *"Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.".*

Esta norma comprende todos los supuestos en los cuales el derecho a la imagen se encuentra limitado, razón por la cual, en estos casos, su reproducción se encontraría permitida.

Lo dispuesto en la normativa citada debe ser complementado con los arts. 31 y ss. De la ley 11.723 relativos a la utilización de la imagen con fines comerciales.

852 BASTERRA, Marcela I. "EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET. LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN ACORDE" LA LEY 14/08/2018 Cita Online: AR/DOC/1383/2018.

853 MONJO, Sebastián, "RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS A PARTIR DEL USO DE INTERNET. MOTORES DE BÚSQUEDA, PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN Y UTILIZACIÓN DE BASE DE DATOS" Publicado en: SJA 22/06/2016, Cita Online: AR/DOC/5424/2015

854 Corte Sup., 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén v. Google Inc. s/daños y perjuicios".

III.2.C.3 Supuestos en los cuales la ley permite la reproducción de imágenes ajenas

Como se puede observar a partir de la lectura del art. 53 del CCCN (Código Civil y Comercial de la Nación) existen varios supuestos en los cuales la reproducción de imágenes ajenas no es antijuridica.

El primero de ellos se da en los casos en los cuales el titular del derecho consiente su divulgación, reproducción o publicación, de manera expresa. Cabe aclarar que la imagen de la persona deberá ser utilizada de acuerdo a los parámetros de la autorización que se ha otorgado. No podrá ser usada en circunstancias o condiciones distintas a aquellas que se hayan pactado.

Debemos destacar que, en el caso de las personas fallecidas, el consentimiento deberá ser prestado por los herederos o por quien haya sido designado por el causante en su disposición de última voluntad.

El segundo supuesto se da cuando la persona toma participación en un acto público. En estos casos la reproducción de su imagen no será antijuridica siempre que su utilización guarde una razonable relación con el marco dentro del cual se lleva a cabo el evento público correspondiente.

El tercer supuesto se refiere a los casos en los cuales exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario.

En estos casos, al permitir la reproducción de la imagen de una persona, se le está otorgando prevalencia a intereses superiores y colectivos por sobre el interés individual del titular del derecho a la imagen, dado que se entiende que la publicación se hace en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Por último, cuando nos encontremos frente al ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés público y general se encuentra justificada la divulgación de la imagen de una persona sin su autorización previa.

IV. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTION EN EL MARCO DE LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

IV. 1. El Fallo “Rodríguez”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre el tema bajo análisis en la Sentencia dictada con fecha 28/10/2014 en los autos caratulados “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”.

En dicho precedente una modelo interpuso una acción de daños y perjuicios en contra de Google y Yahoo en la que sostuvo que se dio un uso comercial no autorizado de su imagen vinculándola a sitios eróticos y/o pornográficos por lo cual se produjo una afectación de sus derechos personalísimos.

La Corte suprema de Justicia de la Nación rechazó la demanda por mayoría esbozando los argumentos que se exponen a continuación.

Al someter este caso a análisis la Corte consideró que el derecho a la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet.

Asimismo, sostuvo que los buscadores de internet no tienen el deber de controlar y supervisar los contenidos que son subidos a la red, los cuales son proveídos por los titulares de cada página de internet en particular.

Por esta razón la mayoría concluyó que, al no existir una obligación general de vigilancia, los buscadores son, en principio irresponsables por los contenidos creados.

Siguiendo este razonamiento destacan que se produciría una afectación a la libertad de expresión si se aplicara un factor de atribución objetivo, que prescinda de la idea de culpa a los buscadores de internet.

Sin embargo, destacaron que el motor de búsqueda puede llegar a responder por la aplicación de un factor de atribución subjetivo en los casos en los cuales haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido subido a la web, si luego de haber sido anoticiado no actuó de manera diligente.

Posteriormente realizan una distinción entre los casos en los cuales el daño que se causa es palmario, manifiesto o grosero y aquellos en los cuales no es claro o requiere de un esclarecimiento.

Así el voto de la mayoría entiende que *"La naturaleza ilícita -civil o penal- de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento. Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al "buscador" que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada."*[855].

Esta distinción deberá ser utilizada para determinar de qué manera debe ser anoticiado el buscador en cada caso y como será evaluada su conducta posterior.

En relación a los Thumbnails sostienen que se trata de meros enlaces en los cuales se encuentra una pequeña porción del texto que contiene esa página y dan una idea al usuario de su contenido.

Tomando como base este concepto, indicaron la conducta que llevan a cabo los buscadores consiste en una simple recopilación automática de vistas en miniatura que solo tiene por finalidad permitir a los usuarios acceder a las páginas de Internet que contienen las imágenes originales, razón por la cual el art. 31 de la ley 11.723 no resulta aplicable en estos casos.

Finalmente consideraron que toda limitación a la libertad de expresión debe ser interpretada de manera restrictiva, por lo que toda censura previa que se ejerza sobre este derecho padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, razón por la cual este principio solo debe ceder en casos excepcionales.

El voto de la minoría conformado por los Dres. Lorenzetti y Maqueda tuvo algunas coincidencias con el voto de la mayoría.

En este sentido concluyó que *"…excepto que el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud (por ej. la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil), en los demás casos, el proveedor de servicios de búsqueda resulta responsable cuando, teniendo un conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o*

855 Del considerando 18 del voto de la mayoría

recomienda causa un perjuicio individualizado, no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente."[856]

Por otro lado, consideraron que la actividad de los buscadores no comprende solo una mera intermediación de contenidos, sino que estos sujetos asumen una intervención activa con respecto a ellos.

Siguiendo este razonamiento sostuvieron que correspondía confirmar la sentencia de Cámara que atribuía responsabilidad a Google por no requerir el consentimiento de la actora, pues en el derecho argentino vigente es ineludible acudir al art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que establece claramente esa exigencia.

Por último, cabe destacar que la minoría indicó que tiene la actora tenía derecho a solicitar que se elimine de los resultados de búsquedas aquellas vinculaciones entre su persona y las páginas referidas que haya identificado en forma precisa, comprobado el daño que la vinculación ocasiona, pues esto constituye un tipo de reparación ulterior que evita una generalización que podría provocar una afectación al derecho constitucional de la libertad de expresión.

IV. 2. El Fallo "Gimbutas"[857]

En este caso la actora inició dos demandas en contra de Google Inc. Una de ellas estaba dirigida que la demandada eliminara de sus datos personales – entre los que se encontraban su nombre y su imagen – de sus sistemas informáticos, dado que no habían sido utilizados con su consentimiento previo.

En la segunda acción reclamó daños y perjuicios por la vinculación con sitios pornográficos que realizaba la demandada con la imagen de la actora. Ambas fueron rechazadas en primera y segunda instancia. La corte arribó a la misma solución.

El voto de la mayoría hace referencia a los argumentos vertidos en el fallo "Rodríguez" y pone énfasis en el hecho de que para que haya un deber de responder debe existir un efectivo conocimiento por parte del buscador y este último no debe haber adoptado las medidas adecuadas de acuerdo a las posibilidades para eliminar o bloquear los enlaces pertinentes.

Aclararon que los buscadores no captan, reproducen o ponen en el comercio las imágenes, sino que facilitan el acceso a los usuarios de internet de las imágenes captadas, reproducidas o puestas en el comercio por terceros.

Por otro lado, el Dr. Rozenkrantz en su voto ampliado consideró que aún en el caso de que se configurara la hipotesis analizada en el párrafo precedente el buscador tampoco debería responder ya que la actora había prestado su consentimiento para que su imagen fuera puesta a disposición de los usuarios de internet por el buscador de la demandada.

Siguiendo este razonamiento afirmó que *"…quien consiente mediante una manifestación de voluntad positiva que su imagen sea alojada en una página de internet, tal como lo ha hecho la recurrente (…) y conoce que internet funciona con buscadores, tal como ha admitido la recurrente en su demanda (…), consiente también que los buscadores faciliten al público usuario de internet el acceso a su imagen."*[858]

856 Del considerando 21 del voto de la minoría

857 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/09/2017, "Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios"

858 Del considerando 8 de la ampliación de fundamentos del Dr. Rozenkrantz.

Destacó seguidamente que la actora se encontraba habilitada para revocar este consentimiento, pero pone énfasis en que tal revocación debió ser realizada frente a aquel a quien el consentimiento fue prestado originalmente y no por ante el buscador demandado.

Por último, debemos subrayar que la minoría conformada por los Dres. Lorenzetti y Maqueda mantuvo la posición tomada en el precedente "Rodríguez" y concluyó que subsiste el requisito del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen de cada sujeto (conf. art. 53 del CCCN y 31 de la ley 11.723), el cual no se ha cumplido en el caso bajo análisis por lo cual consideraron que se produjo una invasión ilegitima a la esfera intima de la actora, por lo cual los perjuicios causados deben ser reparados.

IV. 3. El Fallo "Paquez"[859]

El ultimo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue dictado recientemente el 03/12/2019. En este caso, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la actora, por medio de la cual se ordenó a la demandada (Google Inc.) que procediera a la supresión de una sugerencia de búsqueda relacionada con el actor. Asimismo, resolvió que Google Inc. debía cesar la difusión de determinados URLs cuando se efectúe una búsqueda con el nombre y apellido del Sr. Paquez. Por último, ordenó la eliminación los contenidos almacenados por el buscador como versión en caché de dichos URLs, todo ello dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de aplicar una sanción pecuniaria en caso de incumplimiento.

Cabe aclarar que las medidas ordenadas tienen relación con resultados de búsqueda que arrojaba el buscador en relación a la actuación del actor como Secretario General en la Universidad de La Matanza.

El Máximo Tribunal, luego de realizar un análisis de los derechos constitucionales en pugna, reiteró la postura que se sostuvo en el fallo "Rodriguez" y reafirmó que toda censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad que solo puede ceder frente a casos absolutamente excepcionales.

Por tanto, concluyo que en el caso bajo análisis *"…la orden de eliminar provisoriamente determinadas sugerencias de búsqueda, cesar en la difusión de ciertas direcciones vinculadas al nombre del actor y eliminar contenidos almacenados por el buscador, implica un acto de censura que interrumpe el proceso comunicacional, pues al vedar cautelarmente el acceso a dicha información impide la concreción del acto de comunicación —o al menos, dada la importancia que reviste Google como motor de búsqueda, lo dificulta sobremanera—, con independencia de que en relación a sus potenciales receptores sea su primera manifestación o su repetición. Desde este enfoque, la decisión del a quo configura una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información de interés público, y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina de Fallos: 315:1943; 337:1174), cuya adopción lejos ha estado de encontrarse justificada."*[860]

Concretamente, la Corte puso énfasis en el hecho de que las expresiones agraviantes contenidas en las paginas web que el buscador arrojaba como resultado se referían al desempeño del actor en su carácter de Secretario General de una universidad pública, por lo cual la información que ellas

859 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 03/12/2019, "Paquez, José c. Google Inc. s/ medidas precautorias", Cita Online: AR/JUR/46068/2019.

860 Del considerando 11 del fallo bajo análisis

proporcionaban y las opiniones vertidas son eran de interés público y no se encontraban comprendidas dentro de los supuestos de excepción de contenidos abiertamente ilícitos no amparados por el derecho a la libertad de expresión.

Por estas razones es que la Corte Suprema, manteniendo la postura sostenida en los precedentes citados en los puntos anteriores, resolvió dejar sin efecto la medida cautelar ordenada dado que *"…la cámara debió evaluar si se estaba en presencia de una circunstancia excepcionalísima que, conforme al criterio sentado por este Tribunal, pudiera justificar la disposición de medidas preventivas de bloqueo del acceso a contenidos de Internet."*[861]

V. LA PONDERACION DE LOS DERECHOS EN JUEGO

Como se ha mencionado precedentemente en este trabajo los derechos constitucionales tienen carácter relativo, por lo cual, en los casos en los que se produzca una colisión entre ellos surgirá la necesidad de armonizarlos y determinar en qué supuestos uno prevalece sobre otro.

En este sentido se ha considerado que *"…no puede arribar a una solución que consagre derechos constitucionales absolutos y debe efectuarse teniendo en cuenta que constituye una pauta elemental de aquella tarea hermenéutica, que los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros (conf. Fallos: 264:94; 272:231; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524 entre otros)."*[862]

En relación a ello y traído al caso que nos ocupa podemos decir que consideramos que el derecho a la libertad de expresión debe ser ejercido con la menor cantidad de restricciones y limitaciones posibles.

Cualquier afectación a la posibilidad de informar o expresar sus ideas que tienen los ciudadanos debe ser evitada con el objeto de permitir la participación igualitaria de las personas en el marco de una sociedad democrática en la que se otorgue a los particulares el acceso a la mayor cantidad posible de fuentes de información.

Es por ello, que sostenemos que cualquier actividad que pueda configurar un supuesto de censura previa debe ser limitada solo a algunos supuestos determinados y debe asumir un carácter sumamente restrictivo, dado que, si se permitiera, podría afectar derechos esenciales reconocidos en el marco de una sociedad democrática y republicana en la que rige la soberanía del pueblo.

En este sentido, coincidimos con la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ha expedido en relación a esta cuestión manifestando que *"…en esa línea esta Corte ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva (conf. doctrina de Fallos: 316:1623) y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina Fallos: 315:1943, considerando 10). Es por ese motivo que a lo largo de los precedentes referidos al derecho constitucional a la libertad de expresión, este Tribunal se ha inclinado, como principio, a la aplicación de las responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos*

861 Del considerando 13 del fallo bajo análisis

862 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/10/201,4 en los autos caratulados "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios" (Considerando 8 del voto de la minoría)

penales o actos ilícitos civiles (conf. doctrina de Fallos: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508, entre muchos otros).”[863].

Siguiendo este razonamiento, podemos afirmar que *“…lo más importante no es la tecnología, sino la capacidad de los ciudadanos para afirmar su derecho a la libre expresión y a la privacidad de la comunicación, ya que en último término, es en la conciencia de los ciudadanos y en su capacidad de influencia sobre las instituciones de la sociedad, a través de los medios de comunicación y del propio Internet, en donde reside el fiel de la balanza entre la red en libertad y la libertad en la red”*[864].

Por supuesto que esta afirmación no asume un carácter absoluto, dado que existen casos en los cuales resulta necesario evitar que cierta información tome carácter público, como pueden ser, por ejemplo, los casos en los cuales se busque preservar la identidad de un niño, niña o adolescente.

Por los argumentos expuestos es que considero que el derecho a la libertad de expresión adquiere preponderancia en los casos en los cuales se publique información, opiniones o imágenes en páginas de internet que luego son indexadas por buscadores y, por tanto, no pueden ser objeto de censura previa salvo supuestos excepcionales.

Ahora bien, en los casos en los cuales el ejercicio de este derecho haya causado un daño, afectando el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen de terceros, por publicación de informaciones inexactas o de imágenes sin el consentimiento de los damnificados, se configurará un supuesto de responsabilidades ulteriores en el cual el autor de estos daños se verá obligado a responder.

En otras palabras, existe lo que el profesor Efraín Hugo Richard ha llamado “libertad bajo responsabilidad”[865]. Más allá de que esta afirmación se encuentre dirigida al ámbito societario se puede transpolar a estos supuestos, en los cuales existe una total autonomía para la publicación de contenidos en la red, siempre que, en los casos que se cause un daño y se configuran los presupuestos de la responsabilidad, se responda ulteriormente.

En estos casos los titulares de las páginas de internet en las cuales se publiquen informaciones inexactas o contenidos lesivos deberán responder resarciendo los daños que se hayan causado, siempre que, por supuesto, no se encontraren justificados.

En el caso de los buscadores de internet la cuestión debe ser valorada de una manera diferente. Es que estos sujetos solo actúan como intermediarios ofreciendo a los particulares la posibilidad de acceder al contenido que ofrecen las diversas páginas web que se encuentran indexadas en sus buscadores, razón por la cual sólo se les podrá atribuir responsabilidad por el contenido que les es ajeno en los casos en los cuales toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y no llevan a cabo un actuar diligente luego de haber sido anoticiados de manera adecuada, siempre que se configuren los requisitos que analizaremos en el acápite siguiente.

863 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28/10/201,4 en los autos caratulados “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios” (Considerando 26 del voto de la mayoría)

864 MOLINA QUIROGA, Eduardo “EL DERECHO A LA IMAGEN Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES. UNA NUEVA SENTENCIA DE LA CORTE” Publicado en: LA LEY 03/10/2017 Cita Online: AR/DOC/2535/2017, Conf. Cf.: CASTELLS, Manuel, "Internet, libertad y sociedad: una perspectiva analítica", Lección inaugural del curso académico 2001-2002 de la UOC, www.uoc.edu.

865 RICHARD, Efraín Hugo “EL REGIMEN SOCIETARIO: LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD”, Publicado en: la Revista de Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ISSN 2346-9404.

VI. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD Y EL CONOCIMIENTO EFECTIVO

Seguidamente realizaremos un análisis de los presupuestos de la responsabilidad desde la óptica del deber de reparar los daños causados que surge de la actividad de los buscadores de internet a fin de determinar las particularidades que lo diferencian de otros supuestos especiales de responsabilidad.

Cabe aclarar que, a pesar de que nos referiremos al daño y la relación de causalidad, pondremos el foco en la antijuridicidad y el factor de atribución, que son aquellos presupuestos dentro de los cuales se pueden observar mayores divergencias con respecto a otros casos en los que surge el deber de responder.

VI.1 El daño

Este presupuesto debe analizarse de acuerdo a dos perspectivas. Por un lado, debemos referimos al concepto de daño en sentido amplio o daño lesión y por el otro al concepto de daño en sentido estricto, daño resarcible o daño consecuencia.

El concepto de daño en sentido amplio se encuentra contenido en el art. 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación, que dispone que habrá daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, ya sea que tenga por objeto a la propia persona, a su patrimonio o a un derecho de incidencia colectiva. En el caso que nos ocupa el daño lesión se refiere a los perjuicios que se puedan causar al honor, la imagen o la intimidad de las personas.

Por otro lado, el daño en sentido estricto se refiere a los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la afectación al honor, la imagen y la intimidad de la persona dentro de la esfera patrimonial y extrapatrimonial de la persona.

Esta categoría se encuentra regulada en los arts. 1738 y 1741 del CCCN y comprende el daño emergente, el lucro cesante, la perdida de chances y el daño moral. Estos son los perjuicios que deben ser reparados en nuestro ordenamiento jurídico.

En muchos casos la publicación de información propia del ámbito de intimidad de la persona o la realización de declaraciones calumniosas o injuriantes con respecto a su persona pueden causar severos perjuicios en el ámbito patrimonial como podría ser la pérdida de confianza de la clientela de un comerciante o un profesional.

Asimismo, la utilización de la imagen de una persona puede tener un contenido patrimonial – como puede ser en el caso de una modelo – por lo que su publicación en la web sin su consentimiento provocaría la perdida de las ganancias que podría haber obtenido por su reproducción.

De la misma forma se pueden causar severos perjuicios en el ámbito extrapatrimonial de la persona por publicar información que tenía como intención que se mantuviera en el ámbito privado o por asociar su imagen a sitios web que tengan un contenido que pudiera resultar ofensivo para el afectado.

En este sentido se ha manifestado que *“La lesión a la intimidad, honor e imagen de la persona, en algunos casos, se presenta por la vinculación con páginas de contenido sexual, erótico o*

pornográfico, lo que causa un perjuicio moral resarcible, cuya entidad cualitativa existe in re ipsa, más allá de la prueba que habrá de producirse tendiente a acreditar la cuantía del daño."[866].

VI.2 La relación de causalidad

Debe existir una vinculación causal adecuada, en los términos del art. 1726 del CCCN entre la conducta y el contenido indexado por los buscadores de internet y los perjuicios causados por la publicación de información o de la imagen de determinada persona en la red.

VI.3 La antijuridicidad

Habrá antijuridicidad siempre que se lleve a cabo una conducta que contraríe al ordenamiento jurídico integralmente considerado.

En el caso de los motores de búsqueda podemos decir que, en principio, la actividad que realizan no resulta antijuridica en virtud de que actúan bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión y de informar, ofreciendo a sus usuarios acceso a todas las páginas de internet que se encuentren indexadas.

Por otro lado, debemos destacar que no se puede pretender que estos sujetos eliminen de sus resultados de búsqueda determinado contenido si no resulta manifiestamente ilícito o si no han sido notificados previamente ya que ello implicaría que se configure un supuesto censura previa que se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

En otras palabras, no existe una obligación genérica de control del contenido de los sitios web indexados por parte de los buscadores de internet, sino que solo se podrá interpretar que han obrado antijurídicamente cuando han tomado conocimiento efectivo de que sus resultados de búsqueda arrojan contenido ilícito, habiendo sido notificados de manera fehaciente (ya sea por el propio damnificado o por la autoridad judicial o administrativa según la postura que se tome), y han adoptado una conducta adecuada para eliminar, remover o bloquear dicho contenido.

Ahora bien, corresponde determinar cuál es la forma de notificación adecuada para hacer que esta obligación se torne exigible para los buscadores.

Así podemos decir que se han esbozado distintas posturas en relación a esta cuestión.

El voto de la mayoría en el precedente "Rodríguez" sostuvo que en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada. Seguidamente, se sostuvo que existen casos en los cuales la ilicitud de los contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento[867].

Otra posición sostiene que la regla debe ser la notificación judicial, sin perjuicio de un bloqueo preventivo extrajudicial ante notificación privada, en razón de lo previsto por los arts. 1710 y concs.,

866 MONJO, Sebastián, "RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS A PARTIR DEL USO DE INTERNET. MOTORES DE BÚSQUEDA, PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN Y UTILIZACIÓN DE BASE DE DATOS" Publicado en: SJA 22/06/2016, Cita Online: AR/DOC/5424/2015

867 Considerando 18 del voto de la mayoría, Corte Sup., 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén v. Google Inc. s/daños y perjuicios".

CCiv.yCom. Excepcionalmente basta la notificación privada en casos palmarios de ilicitud, que deben estar claramente tipificados en la ley y no ser conceptos abiertos[868].

El voto de la minoría en los precedentes "Rodríguez" y "Gimbutas" sostuvo, de manera similar, que la regla debe ser la notificación judicial, pero también admitió la posibilidad de un bloqueo preventivo en casos en los que el contenido se encuentre expresamente prohibido o sea de palmaria ilicitud.

Por otro lado, nos encontramos frente a quienes piensan que la simple notificación privada a cargo del afectado es suficiente para generar el deber de bloquear el acceso a los contenidos por el titular del motor de búsqueda (art. 1725 del CCiv.yCom.)[869].

Asimismo, están quienes, por sostener que el factor de atribución aplicable es el objetivo, creen que no es necesaria ninguna notificación para que exista responsabilidad[870].

Consideramos que la postura acertada es aquella que sostiene que, en la mayoría de los casos, corresponde realizar la notificación correspondiente por vía judicial o administrativa, ya que la intervención de los organismos estatales permitirá esclarecer aquellos casos en los cuales aduzca que nos encontramos frente a contenido que pueda llegar a causar lesiones a los derechos personalísimos de los supuestos afectados.

En cambio, en los casos en los cuales la ilicitud resulte palmaria sostenemos que la notificación de naturaleza privada resultara suficiente para que el buscador se encuentre obligado a eliminar el contenido lesivo.

Cabe aclarar que entendemos que en todos los casos la notificación debe identificar las páginas web cuyo bloqueo se pretende y que no basta con una mera indicación genérica de que las búsquedas arrojan resultados cuyo contenido tiene un carácter lesivo.

VI.4 El factor de atribución

Por un lado, nos encontramos frente a una postura que sostiene que el factor de atribución aplicable sería objetivo. Quienes sostienen esta posición consideran que nos encontramos frente a un supuesto de riesgo de la actividad y que resultan aplicables los arts. 1757 y 1758 del CCCN.[871]

En este sentido se ha manifestado que *"…no es difícil comprobar que la actividad que desarrollan los buscadores es de naturaleza riesgosa, puesto que las circunstancias de su realización comprometen a priori un aumento de los riesgos o peligros para los terceros. En el contexto en el que venimos trabajando, el riesgo consiste en la posibilidad de que una página de internet, sin mayor tráfico, que aloja contenidos ilícitos, se convierta por la actividad del buscador en un sitio de accesibilidad masiva, potenciando, así, la aptitud dañosa de la conducta del agente originario."*[872].

868 Postura de los Dres. Molina Quiroga, López Herrera, Calvo Costa y Carestía en las conclusiones de la comisión interdisciplinaria de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca.

869 Postura de los Dres. Pizarro, Frúgoli, Urrutia y Alferillo en las conclusiones de la comisión interdisciplinaria de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca.

870 Postura de los Dres. Messina, Lovece, Juárez Ferrer y Ronchi en las conclusiones de la comisión interdisciplinaria de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca.

871 Postura de los Dres. Molina Quiroga, Pizarro, López Herrera, Calvo Costa, Frúgoli, Carestía, Alferillo y Urrutia en las conclusiones de la comisión interdisciplinaria de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca.

872 BORDA, Guillermo J. y Pereira, Carlos R. (h.) "EL FALLO DE LA CSJN SOBRE LA INFORMACIÓN POR INTERNET Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN", Publicado en: LA LEY 05/11/2014, 1 • LA LEY 2014-F, 158.

Como se ha indicado con anterioridad, esta postura fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes analizados donde el máximo tribunal ha indicado que *"…no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los "motores de búsqueda" de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva. (…) La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que -por definición- prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad."*[873]

Por otro lado, están quienes consideran, acertadamente según nuestro modo de ver, que el factor de atribución aplicable es subjetivo[874].

De acuerdo a esta postura, los buscadores de internet responderán solo en los casos en los que se acredite que no han obrado de manera diligente por no haber removido los contenidos que resulten lesivos para el afectado luego de haber sido notificados de manera fehaciente (de acuerdo a alguno de los parámetros enumerados al analizar la antijuridicidad).

Como se puede observar, tal como hemos manifestado anteriormente en este trabajo, los buscadores no responden por los contenidos cargados en las páginas web que se arrojan como resultado de las búsquedas realizadas[875], sino que su diligencia debe ser valorada de acuerdo al curso de acción que se haya emprendido luego de haber tomado conocimiento de la existencia del contenido dañoso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado esta postura y ha considerado que *"…sentado lo expuesto, hay casos en que el "buscador" puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente. Así lo establecen los países que, como principio, consideran irresponsables a los search engines. A partir del momento del efectivo conocimiento del contenido ilícito de una página web, la "ajenidad" del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa. En nuestro país, es el artículo 1109 del Cód. Civil el que correspondería aplicar en el señalado supuesto."*[876]

VII. CONCLUSIONES

En suma, la responsabilidad de los buscadores de internet debe ser valorada tomando en consideración los derechos constitucionales que podrían verse afectados.

Por tanto, se debe otorgar especial importancia al derecho a la libertad de expresión y de información para no entorpecer la actividad de los buscadores que resulta de suma utilidad para la sociedad en su conjunto. Es por esto que, en principio, cualquier actividad que implique una censura previa debe ser dejada de lado.

873 De los Considerandos 15 y 16 del voto de la mayoría, Corte Sup., 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén v. Google Inc. s/daños y perjuicios".

874 Postura de los Dres. Messina, Lovece, Juárez Ferrer y Ronchi en las conclusiones de la comisión interdisciplinaria de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca.

875 Si se podrá atribuir responsabilidad a los titulares de las páginas web en cuestión que causen daños al honor, la intimidad, la imagen y cualquier otro derecho de terceros siempre que se configuren los presupuestos de la responsabilidad.

876 Considerando 17 del voto de la mayoría, Corte Sup., 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén v. Google Inc. s/daños y perjuicios".

Sin embargo, en los casos en los cuales los particulares adviertan que se les ha causado un perjuicio el contenido publicado en un sitio web, podrán reclamar daños y perjuicios de manera directa a su titular.

Asimismo, se encontrarán habilitados para requerir a los buscadores de internet que eliminen de sus listas de resultados aquellos contenidos que sean lesivos identificando la URL del sitio web en cuestión y dando noticia al motor de búsqueda de manera fehaciente. En nuestra opinión a fin de otorgar mayores garantías de que no se afectará el derecho a la libertad de expresión y de información se deberá notificar por vía administrativa o judicial, salvo supuestos de palmaria ilicitud.

Solo en los casos en los cuales el buscador haya sido debidamente notificado y no haya actuado con la diligencia adecuada, orientando su conducta a la eliminación de los contenidos dañosos, es que deberá responder.

Por último, cabe destacar que resultaría de suma utilidad que este tipo de responsabilidad fuera legislada de manera específica a fin de evitar la disparidad de criterios que pueden llegar a darse en las diversas resoluciones judiciales, más allá de los parámetros fijados en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro de los cuales también se pueden encontrar diferentes posturas.

LA UTILIZACION DE CONTRATOS INTELIGENTES EN LAS FRANQUICIAS

Paola Jesabel PESCE

Resumen: El presente trabajo intenta aportar una opción respecto a la forma de confeccionar un contrato de franquicia de distribución, utilizando los avances tecnológicos a nuestro favor para crear un contrato inteligente mediante un software con la ayuda de la tecnología de cadena de bloques. A lo largo de este trabajo demostraremos las bondades de aplicar este tipo de tecnología y las ventajas que aporta por sobre los contratos tradicionales, brindando una solución rápida en virtud de que las partes acuerdan las condiciones de antemano y luego se autoejecutan, es novedosa por el tipo de tecnología que usan, es segura porque solo intervienen las partes, no hay terceros de confianza y económica porque al no haber intervención de terceros, no hay gastos extras, ni comisiones. Asimismo, vemos el impacto que estas tecnologías están teniendo en todo el mundo, la recepción por nuestro ordenamiento jurídico y porque esta parte entiende que es completamente legal.
Palabras claves: Derecho contractual – Franquicias - Contratos inteligentes – Cadenas de bloques – Libro Contable Distribuido.

Abstract: This paper tries to provide an option regarding the way to make a distribution franchise contract, using technological advances in our favor to create a smart contract using software with the help of blockchain technology. Throughout this work we will demonstrate the benefits of applying this type of technology and the advantages it provides over traditional contracts, providing a quick solution by virtue of the parties agreeing on the conditions in advance and then self-executing, it is new for the type of technology they use, it is safe because only the parties intervene, there are no trusted third parties and economic because there is no third party intervention, there are no extra expenses, or commissions. We also see the impact that these technologies are having worldwide, the reception by our legal system and because this part understands that it is completely legal.
Key words: Contractual Law – Franchises – Smart Contracts – Blockchain – Ditributed Ledger technology.

El tema a desentrañar y sobre el cual voy a proponer una opción novedosa, rápida, simple y segura, tiene como punto de partida a los contratos en general, más específicamente a las Franquicias, razón por la cual, es necesario aclarar varios puntos. En principio, la recepción de los contratos en general, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra en el Libro tercero, Titulo II, arts. 957[877] al 1051 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). En segundo lugar, de la definición de Contrato, aportada por el art. 957 CCCN, se desprenden algunos principios generales, que serán de gran utilidad para comprender la utilización de nuevas tecnologías, como

877 Art. 957 CCCN: Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

los contratos inteligentes (Smart Contracts) y su aplicación a través de cadenas de bloques (Blockchain), en el derecho argentino. Tales principios son:

1) Autonomía de la voluntad
2) Pacta sunt servanda (fuerza obligatoria, Art. 959[878] CCCN)
3) Buena Fe (Art. 961[879] CCCN)
4) Protección de la confianza
5) Equivalencia prestacional
6) Favor debilis
7) Conservación del negocio.

El principio en el cual hacemos mas hincapié, y consideramos fundamental es la autonomía de la voluntad (Art 2651 CCCN)[880] y en específico la autonomía negocial (Art. 958 CCCN)[881]. Cuya expresión no solo la vemos reflejada en el Art. 2651, sino también a través del Art. 284[882], ambos del CCCN, en cuanto a la libertad de formas.

Una vez realizadas las consideraciones generales, podemos adentrarnos en lo principal y específico: la figura de las Franquicias. Actualmente regulada en el Libro tercero, Titulo IV, Cap 19

878 Art 959 CCCN: Todo contrato válidamente celebrado, es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

879 Art 961 CCCN: Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

880 Art. 2651 CCCN: Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa, o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;

c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido;

d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato;

e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso;

f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno;

g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

881 Art. 958 CCCN: Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

882 Art. 284 CCCN: Libertad de formas. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

(contratos en particular) de nuestro CCCN, en los Arts. 1512[883] a 1524, formando parte de los llamados contratos nominados.

Asimismo, como elementos esenciales de estos tipos de contratos, podríamos decir que se encuentran: 1) transmisión de un conjunto de elementos, tangibles o intangibles; 2) la contraprestación; 3) autonomía de las partes.

Dentro del concepto general de Franquicias, encontramos varios tipos: 1) de distribución, 2) de servicios, 3) mayorista, 4) de desarrollo, y 5) el sistema de Negocios (Art. 1513 CCCN[884]).

En esta oportunidad voy a tratar el contrato de Franquicias de Distribución, que tienen por objeto la distribución de un bien o una línea de bienes, y así ofrecer una forma más segura, práctica, rápida y tecnológica de plasmar los mismos, a través de un contrato inteligente (Smart Contracts) utilizando la tecnología de cadena de bloques (Blockchain).

Es importante destacar que, el conjunto de derechos contractuales que encontramos en las franquicias representan un activo importante y la fuente de los derechos de las partes, que luego se traducirán en las prestaciones y contraprestaciones que mutuamente se brindarán. Piénsese en la importancia de contar con el uso de la marca, la asistencia técnica, el soporte, la red de proveedores, entre otros elementos de valor para el franquiciado, y en que se promueva el crecimiento de la cantidad de locales de su red, el volumen de ventas (y consiguientemente la capacidad de negociación), la publicidad directa que cada nueva tienda abierta representa para la marca, y otros elementos de claro valor económico directo e indirecto para el franquiciante.

La ley también especifica las obligaciones con las cuales deben cumplir ambas partes (franquiciado y franquiciante) en sus Arts. 1514 y 1515 del CCCN. A nosotros, en este punto, nos interesa explayarnos en lo que establece el Art. 1514 ap. e) respecto a la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante, y lo fijado por el Art. 1515 ap. e) referido a la contraprestación que el franquiciado debe ejecutar a favor del franquiciante.

---

883 Art 1512 CCCN: Concepto. Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.
El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.
El franquiciante no puede tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

884 Art. 1513 CCCN: Definiciones. A los fines de la interpretación del contrato se entiende que:
a) franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación Nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiciados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas;
b) franquicia de desarrollo es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abren dependen o están controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar, sin el consentimiento del franquiciante;
c) sistema de negocios: es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentado, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios y permite al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme con el sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio de conformidad a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

Si la franquicia comprende la provisión de bienes o servicios a cargo del franquiciante o de terceros designados por él, este deberá asegurar esa provisión en cantidades adecuadas y a precios razonables.

Es claro que si la franquicia tiene entre sus basamentos principales el abastecimiento de productos, el franquiciante debe asegurarlo en las cantidades adecuadas (lo cual no implica que no exista una reglamentación de compras -por ejemplo, en las franquicias de comercialización de productos textiles, la precompra de temporada o la realización de la orden de compra con suficiente antelación permite planificar la producción, y si el franquiciado no cumple con su obligación de suministrar con debida anticipación el nivel de productos que va a requerir, podría ocurrir (y frecuentemente ello ocurre) que en medio de una temporada comience a dar faltante de productos en forma reiterada, con la imposibilidad de los proveedores (franquiciante o terceros) de cubrir esos quiebres de stock al hallarse ya en plena producción de la temporada siguiente. También ello suele ocurrir en franquicias que dependen de la importación de productos, caso en el cual deben preverse (y comunicarse al franquiciado) los tiempos necesarios para tener el producto disponible en sus negocios. Al compromiso del franquiciante de asegurar el abastecimiento, le corresponde una obligación del franquiciado de actuar y comunicar con la debida antelación sus requerimientos, conforme a las normas de abastecimiento establecidas por el franquiciante. Y todo ello de una manera compatible con el modelo de negocio. O sea, no necesariamente hablamos del costo más bajo del producto o insumo, sino de su correspondencia con el esquema económico financiero tenido en vista por el franquiciado y proporcionado por el franquiciante en la etapa precontractual, que motivó que el ahora franquiciado aceptara operar el modelo comercial o industrial que se le ofreció. Debe existir un equilibrio razonable que permita obtener rentabilidad. Por supuesto que habrá circunstancias cambiantes que en determinados momentos o lugares pueden afectar esa relación e impactar en la rentabilidad bruta como también podrían ser estacionales o locales, incluso producto de imponderables o situaciones que el franquiciante no puede manejar. Pero aun en tales casos, incumbe a éste buscar los mecanismos adecuados para resolver la situación, o disminuir su impacto negativo, considerando incluso la posibilidad de reemplazar insumos o productos, generar renegociaciones con los productores o moverse hacia alternativas de diversificación tendiendo a solucionar de manera transitoria o definitiva los inconvenientes detectados.[885] Por todo lo dicho ut supra, resulta evidente que estamos ante contratos a título oneroso[886], en los que las prestaciones de una parte implican contraprestaciones de las otras, y justamente en el caso de las franquicias, esto es fundamental para interpretar los contratos. Si se obliga al franquiciado a aprovisionarse con el franquiciante, este tiene la obligación de abastecer al primero, y si el proveedor (franquiciante) no cumple con su obligación en este sentido, el franquiciado no sólo tendrá el derecho de no pagar por aquello que no recibe, sino de accionar otros mecanismos contractuales de sanción e incluso rescisión, si se torna de gravedad insalvable la situación descripta.

Podemos afirmar que nos encontramos ante un contrato conmutativo, donde las prestaciones de cada parte hacia la otra, que representan las ventajas que esta busca al incorporarse al sistema, están precisamente determinadas, tanto en la ley como en el propio cuerpo del contrato de franquicia.

885 Dr. Billman Jorge Daniel - Construcción Jurídica y Comercial de un Sistema de Franquicias – Unidad 2.

886 Art 967 CCCN: Contratos a título oneroso y a título gratuito. Los contratos son a título oneroso cuando las ventajas que procuran a una de las partes les son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra. Son a título gratuito cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo.

En general, en estos contratos se detallan las prestaciones económicas comprometidas entre las partes, siendo más comunes las que hacen al régimen de aprovisionamiento de mercaderías e insumos para el franquiciado, definir quién y cómo lo realizara, condiciones económicas, prevenciones para mantener el equilibrio contractual, previsiones sobre eventuales quiebres de stock, previsiones sobre alta o baja de productos, previsiones sobre cambio de precio y de formas de financiamiento, rol del franquiciante cuando actúa como proveedor y rol de proveedores tercerizados.

Tal como lo dijéramos anteriormente, una de las obligaciones del franquiciante en este tipo de contratos es la de proveer bienes o servicios, los que deberán ser en cantidades adecuadas para que el franquiciado pueda desempeñar su actividad regularmente, y el precio ser razonable, y su contrapartida por parte del franquiciado, la contraprestación, que pueden ser de cualquier índole y pactarse libremente, no haciendo a la configuración del tipo su naturaleza. Este abastecimiento al que nos referimos, implica para el franquiciado asumir la obligación de fijación de su régimen de abastecimiento, determinando aquellos proveedores de compra obligada, optativa, sugerida o libre. Costos de productos, formas de pago, productos comprendidos. Procedimientos en caso de faltantes, o quiebres de stock de proveedores. Derechos de abastecimiento de los proveedores hacia terceros. Requisitos para aprovisionamiento por terceros. Cualidades y características técnicas de los productos. Perfil de los proveedores elegibles. Normas sobre inventario mínimo. Productos esenciales y complementarios. Obligación de comercializar solo productos emanados de proveedores autorizados.

Otra característica importante, es que estos contratos no exigen formalidades determinadas, como, por ejemplo, no es necesario otorgarlos en escritura pública.

Hoy en día, nos encontramos frente a un panorama donde si bien la figura de las franquicias crece día a día, también crecen los problemas conforme su forma de regulación y/o falta de la misma, contratos eternos, muy engorrosos y hasta imprácticos. En la mayoría de los casos hablamos de contratos de adhesión, con cláusulas predispuestas, que en muchos casos resultan abusivas, fijando gran cantidad de obligaciones sobre los franquiciados y una inmensa cantidad de derechos para los franquiciantes, a fin de garantizarse el franquiciante el cumplimiento por parte del franquiciado. Todo esto deviene del hecho que ambas partes son extraños, ajenos entre sí, y necesitan asegurarse de alguna forma el cumplimiento de las prestaciones y contraprestaciones.

Un ejemplo de los problemas que actualmente se presentan, es la provisión insuficiente de bienes por parte del franquiciante, que frustra a la franquicia y/o la colocación de precios excesivos mediante clausulas atadas que obligan al franquiciado a comprar al franquiciante. Todas estas cuestiones, constituyen prácticas abusivas. Asimismo, es habitual el pago de una prestación dineraria inicial (denominada derecho de entrada o fee de entrada, o regalía inicial), prestaciones periódicas (regalías fijas o variables en función de los ingresos del franquiciante) y prestaciones complementarias (por uso de marcas, por servicio o asistencia, por suministro de productos, insumos, servicios, etc). Circunstancias que, con el paso del tiempo se tornan de difícil cumplimiento.

En la actualidad cada vez resulta más engorroso, poder lograr la distribución de la mercadería y el pago de la misma, a tiempo, ya sea por cuestiones de distancia entre franquiciado y franquiciante o por una cuestión de que hay un tercero de confianza (banco) que a cambio de dicha intermediación (servicios brindados) cobra comisiones exorbitantes e injustas. Por otro lado, tenemos una segunda problemática que gira en torno a la moneda de pago (pesos argentinos), moneda que se desvaloriza constantemente debido a su falta de respaldo, víctima de ser un país

inflacionario. Y el hecho de atar los precios a una moneda extranjera como es el Dólar Estadounidense, no mejora el panorama, sobre todo para el franquiciado, dado que aporta gran inseguridad por no saber la cantidad de pesos argentinos que va a necesitar mes a mes para cubrir determinada suma de dólares estadounidenses, esto también disminuye la posibilidad de reinversión y de crecimiento por el propio miedo que genera en los inversionistas.

En este punto, concluimos que las relaciones interpersonales que se generan en este tipo de contratos, pueden tener muchas aristas y variantes, y nuestro derecho, si bien intenta regular y contemplar gran cantidad de situaciones no previstas, lamentablemente, en la práctica, son de muy difícil aplicación, ya sea por lo engorroso de los procesos, los atrasos y demoras de los que padecen los tribunales, transformando situaciones en principio simples, en procesos largos, eternos, antieconómicos, que acaban por dilatar el cobro de los créditos, perjudicando al acreedor. Sumado a que, en este tipo de casos, donde hablamos de relaciones continuadas a lo largo del tiempo, el objetivo más importante es la continuidad de la relación, la continuidad de la empresa.

Los contratos tradicionales, en última instancia, tienen su ejecución garantizada mediante el sistema jurídico que conocemos. Siempre es posible el reclamo judicial de la prestación debida. Ahora bien, esta posibilidad no es gratuita ni, en la gran mayoría de los casos, ágil. Es por ello que las partes, en los contratos tradicionales, establecen mecanismo para evitar recurrir a la justicia impartida por el Estado. Es aquí donde los contratos inteligentes pueden brillar.

Los contratos inteligentes son contratos cuyo objeto es diverso, como el de cualquier contrato, pero que están encerrados en un código conformado por algoritmos y tecnología de registro, que se transmiten electrónicamente, que encierra el protocolo previsto por las partes para su auto ejecución, cubriendo por lo tanto a muchos productos y servicios. Ese código y su software deben incluir las cláusulas contractuales que conforman el negocio entre las partes, para que el código los administre y los haga cumplir.[887] Los contratos inteligentes, al ser código insertado en el mismo objeto del contrato, apuntan no solo a regular el cumplimiento del contrato sino también a facilitar y automatizar la ejecución de este en caso de incumplimiento. Los contratos inteligentes pueden ser vistos también como un mecanismo sofisticado de resolución de controversias de forma privada.[888]

Es por ello que la idea principal, sería regirse por un contrato inteligente a fin de tener coordinada la entrega por parte del franquiciante, de la mercadería, y el pago a modo de contraprestación, estableciendo, asimismo, las causales de cualquier tipo de incumplimiento por parte de cualquiera de ambas partes y sus consecuencias, de manera automática, sin discusiones ni excepciones y sin intermediarios que intervengan en estos movimientos y cobren comisión. De manera rápida, fácil, sencilla y sobre todo segura. Siempre es preferible, y hay doctrina conteste en este sentido, establecer medidas para prevenir el incumplimiento, que para paliar el incumplimiento ya instalado.

Un tercer problema que se nos presenta hoy en día es la inseguridad que nos dan los contratos tradicionales, plasmado en soporte papel, debiendo certificarse la firma ante escribano publico para acreditar la identidad de los firmantes, caso contrario el contrato solo será útil como un elemento más de prueba, con carácter de instrumento privado, sobre el cual se deberá solicitar una

887 Marzorati Osvaldo: "Las nuevas tecnologías y su aplicación en el Derecho Societario" – XIV Congreso argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario – Año 2019.

888 Andrés Chomczyk – "Contratos inteligentes o software obediente?" – RDYNT – Revista de Derecho y nuevas tecnologías – Nº 2 – Edición 2019 - pag. 139/161

pericia caligráfica a fin de llevar a cabo el acto de reconocimiento de firma, gastando tiempo y dinero.

Por todos estos motivos y muchos más, es que se termina cayendo en prácticas cuestionables, con todas las consecuencias que ello acarrea. A eso, debemos sumarle el hecho de que seguramente el franquiciante debe buscar rápidamente la forma más fácil y practica de invertir esos activos a fin de no sufrir una desvalorización. Es tiempo ya de que ambas partes (franquiciante y franquiciado), como empresarios que son, se incorporen en este nuevo tipo de sociedad, eminentemente tecnológica, que viene creciendo hace ya muchos años y sean parte de la próxima revolución industrial, el paso de la internet de la información a la internet del valor. En este trabajo intentamos proponer una forma segura, económica, rápida y práctica de utilizar la tecnología para crear contratos inteligentes, almacenados en una cadena de bloques. Tal como lo dijeron en un principio, esto es posible, gracias a que la autonomía de la voluntad nos permite pactar estas conductas y nuestro CCCN no las prohíbe. Siempre, en la medida que no vulneren normas imperativas ni afecten el principio de defensa en juicio.

A continuación, pasaremos a explicar más en detalle la forma de implementación y ejecución. Los contratos inteligentes a pesar de tener claves públicas como cualquier otra cosa en la red, poseen código y pueden llevar a cabo, por ejemplo, un procedimiento almacenado. Ofrecen una gran cantidad de promesas para crear sistemas inteligentes con contratos de auto ejecución para permitir que los procesos de negocio funcionen de forma independiente.

A fin de que se entienda acabadamente el planteo y los motivos por los cuales considero que sería perfectamente válido y aplicable en nuestro derecho, hago a continuación algunas consideraciones necesarias, remontándome a la evolución de los documentos en soporte papel al soporte digital.

Para que un hecho o acto ingrese al mundo jurídico no es indispensable que se rodee de formalidades. Pero como hechos y actos tienen una vida efímera, las leyes les dan un marco y, de esa manera, los dotan de cierta permanencia en el tiempo que permite, entre otras cosas, probarlos. La prueba de un contrato es crucial cuando una de las partes exige a la otra el cumplimiento de su obligación y esta otra se niega a cumplirla. Un contrato de compraventa tiene la virtualidad de producir consecuencias jurídicas y cuando es celebrado efectivamente las produce. Pero cuando el obligado se niega a cumplir con lo debido, el titular del derecho debe recurrir a los jueces y probar el contrato en cuestión. En ese caso, la prueba es tan importante como la existencia misma del contrato. Esto nos ilustra acerca de la importancia que tienen los documentos. El documento es uno de los medios de prueba más importantes de los hechos y actos jurídicos. Un hecho o acto jurídico se puede probar a través de diversos medios (testigos, peritos, presunciones, entre otros medios), y uno de esos medios es el documento. Cuando ese escrito contenga datos que puedan ser usados para probar un hecho o acto jurídico, estaremos en presencia de un documento jurídico. Pero, es necesario aclarar que el documento jurídico tiene una finalidad más amplia que la meramente probatoria, pues en muchos casos la documentación de un acto jurídico es un requisito indispensable para su validez como tal.

La finalidad constitutiva y probatoria del documento jurídico exige el cumplimiento de tres requisitos íntimamente vinculados: 1) Inalterabilidad: no debe ser susceptible de ser alterado y si lo es, las alteraciones deben ser detectadas con facilidad. 2) Autenticidad: el documento efectivamente debe provenir de quien dice. 3) Durabilidad: dada su finalidad de conferir permanencia a los datos en él contenidos, el documento debe tener cierta duración en el tiempo.

El documento jurídico, pues, puede ser definido como un elemento que refleja en forma directa la existencia de un hecho y que se expresa como revelador de un derecho. Esa revelación y expresión de un hecho, debe encontrarse imbuida de autenticidad, inalterabilidad y permanencia.[889] Ahora bien, el documento electrónico, no es más que un tipo dentro del género documento, cuya diferencia específica radica en que la representación de los datos jurídicamente relevantes es electrónica. De allí que se lo defina como toda representación en forma electrónica de hechos o de actos jurídicamente relevantes, susceptible de ser restituida en forma humanamente comprensible[890]. Un bloque de la cadena de blockchain cumple con todos los requisitos de un documento electrónico.

En realidad, se suele hablar de documento electrónico en dos sentidos:

1) En sentido estricto, está instrumentado sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un papel. "Es conservado en forma digital en la memoria central del ordenador, o en las memorias de masa, y no puede ser leído o conocido por el hombre, sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace perceptible y comprensible el código de señales digitales"[891] 2) En sentido amplio, está formado por el ordenador a través de sus propios órganos de salida, y es perceptible por el hombre, sin intervención de máquinas traductoras".

Asimismo, podemos describir los elementos constitutivos de todos los documentos, que son el soporte, la grafía y la declaración. 1) El soporte es el sustrato material que sirve de asiento a la declaración. En los documentos tradicionales, el soporte era el papel. En el documento electrónico, el soporte es informático u óptico (disco rígido, disquete, cinta magnética, entre otros). 2) La grafía es la forma a través de la cual se manifiesta la declaración contenida en el documento y está conformada por: a) el lenguaje, conjunto de signos usados para representar la declaración. En el caso del documento electrónico (en sentido estricto), es el lenguaje de la máquina, es decir, la secuencia de unos y ceros susceptible de ser interpretada por la computadora. En el documento electrónico (en sentido amplio), es el idioma empleado por los seres humanos para su comunicación. b) el medio, instrumento por el cual se trasladan los signos al soporte. En los documentos tradicionales era, por ejemplo, la tinta. En los documentos electrónicos, es el teclado, el CPU, el software. 3) La declaración, es la manifestación de la voluntad de las partes, indicativa de los hechos o actos que se pretenden documentar.

Tal como vemos, la diferencia entre un documento tradicional y un documento electrónico es de soporte y de grafía, y esto significa simplemente que solo difieren en los medios empleados para manifestar la voluntad o documentar ciertos hechos o actos jurídicos. No hay una diferencia en cuanto a la naturaleza de la declaración en él contenida. Siguiendo con el desarrollo, los instrumentos jurídicos se clasifican en dos tipos: 1) Públicos. Se los suele definir como aquellos otorgados con la intervención de un oficial público conforme a las formalidades establecidas en la ley. No obstante, lo que confiere a un instrumento la calidad de público es su autenticidad, a diferencia de los privados que prueban per se la verdad de su otorgamiento, sin necesidad de reconocimiento de la firma que lo suscribe. Pero como en la generalidad de este tipo de documento interviene un oficial público, los requisitos a cumplir son: a) Intervención de un oficial público. b) Competencia del oficial público. c) Incompatibilidad por interés directo o parentesco. d) Cumplimiento de las formalidades legales prescritas bajo pena de nulidad. La formalidad ineludible es la firma de los interesados.

889 BERTERO, S. M., Firma digital. http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/bertero.htm
890 SOMER, M. P., Documento electrónico. http://www.ucaparana.com.ar/derecho/trabajos/somer.htm
891 Molina Quiroga, Eduardo. Documento y firma electrónicos o digitales, La Ley 2008 - F, 1084

2) Privados. Son todos aquellos que no son públicos, es decir, todos aquellos que, cualquiera fuese la razón, no gozan de presunción de autenticidad a su favor. Respecto de este tipo de documento rige el principio de la libertad de formas, pero con dos limitaciones: la firma y el doble ejemplar. Sólo por excepción no es requerida la firma. El instrumento privado puede prescindir de la firma, en la medida en que por otros medios se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización, o sea la determinación de la autoría y autenticidad de la declaración. Esto nos lleva a distinguir entre dos tipos de documentos privados: firmados y no firmados.

Se podría decir que una de las diferencias más importantes que tienen estos dos tipos de documentos es, la fuerza probatoria.

Los documentos públicos gozan de una presunción de autenticidad. Esto significa que este tipo de documento prueba por sí mismo la verdad de su otorgamiento sin necesidad de reconocimiento de la firma por parte de los interesados. Los documentos públicos dan plena fe de su contenido, y para desvirtuar esa fe es necesario redargüirlos de falsedad a través de mecanismos procesales dispuestos al efecto. Al contrario, los documentos privados no gozan de esa presunción, razón por la cual carecen de todo valor probatorio, mientras la firma que los suscribe no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por juez competente. Razón por la cual, una vez reconocida la firma, todo el cuerpo del documento queda reconocido y, a partir de ese momento, el instrumento privado tiene el mismo valor probatorio que uno público (entre las partes y sus sucesores universales); mientras que, respecto de terceros y sucesores a título singular, tendrán ese valor probatorio luego de haber adquirido una fecha cierta. Asimismo, los documentos públicos nulos valen como privados siempre y cuando estén firmados por las partes.

Otro de los puntos de comparación, en donde también encontramos evolución. El paso de la firma a mano alzada, a la firma digital. Algunos autores definen la firma digital como un proceso que permite asegurar la identidad del autor del documento, la inalterabilidad del contenido del documento y la fecha y hora de la firma. Todo ello mediante métodos criptográficos. La firma es un elemento intrínsecamente ligado a los documentos, a tal punto que es la formalidad más comúnmente exigida. Hoy en día también es posible firmar electrónicamente, con bits, utilizando para ello las herramientas adecuadas (una computadora equipada con el software correspondiente). Es decir, hoy es tecnológicamente posible firmar con la computadora o con el teléfono.

La firma digital implica la incorporación de una serie de formalidades que tienen como objeto disminuir o quitarle complejidad a las actualmente exigidas para dar validez o para aceptar un determinado documento. La firma digital es, de este modo, la consecuencia de una evolución tecnológica que hacía que la firma o la forma en que hoy se está manifestando la voluntad resulte demasiado compleja para determinado tipo de negocios.

Los primeros pasos en cuanto a regulación jurídica de la firma digital fueron dados por la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)[892]. Luego de estudios e informes sobre informática y comercio electrónico, procesamiento automático de datos, registros computarizados, entre otros, en el año 1996, fue aprobada en su seno la Ley Modelo de UNCITRAL para las firmas electrónicas.

892 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Toda la legislación de firma digital (vigente en casi todos los países) ha quedado obsoleta con el advenimiento de blockchain, pero la referencia es necesaria porque la forma en que blockchain valida las transacciones es una evolución de dichas manifestaciones de voluntad.

Una firma digital es esencialmente un mensaje encriptado que acompaña a un documento electrónico. La firma digital, como bloqueo de caracteres que acompañan a un documento, permite acreditar quién es su autor, que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos y determinar, asimismo, en forma fiable, que las partes intervinientes en la transacción son realmente quienes dicen ser. Por medio de la firma digital, quien recibe una comunicación electrónica puede estar seguro de que el emisor de la comunicación es quien dice ser y, asimismo, las partes comunicantes pueden asegurarse que la comunicación recibida es la que se remitió realmente. Blockchain logra todo esto pero sin un tercero de confianza.

El certificado digital es, entonces, el documento validante emitido por el tercero de confianza (el Estado o los entes autorizados) para darle validez al documento firmado digitalmente, en la firma digital convencional. El certificado digital es un documento digital validador para la decodificación de los mensajes. Los certificados digitales son documentos digitales emitidos por una entidad y para un tercero. Dicha entidad (autoridad de certificación) garantiza los datos contenidos en el citado documento relativos a una persona física o jurídica. Como se puede ver, el funcionamiento de los certificados digitales requiere inexorablemente de una autoridad de certificación que cuenten con las herramientas tecnológicas y legales apropiadas. No puede haber certificación y, por lo tanto, firma digital, si no hay autoridad de certificación legalmente habilitada para tal efecto y con la tecnología necesaria para cumplir con sus funciones, así como tampoco puede haber documentos públicos sin oficiales públicos competentes nombrados conforme al procedimiento establecido por la ley. Siendo esto así, el no repudio se logra por medio de una herramienta legal, ya que no está dado porque el sistema sea inviolable por lo cual, no importa jurídicamente si el sistema es inviolable o no, lo que importa es que la ley dice que quien tiene el certificado no puede repudiar la firma. Porque la ley presume la autoría de que la firma digital le pertenece al titular del certificado. Aun cuando el sistema sea violable, de la misma manera, la ley le otorga esta presunción. Y en tal caso, será más fácil repudiar o probar que no se emitió esa firma o que fue emitida por otro, pero no por eso vamos a dejar de tener la presunción. En otras palabras, el no repudio no es un problema tecnológico, sino netamente jurídico. Mientras la ley diga que determinada firma fue emitida por tal persona, eso es así hasta que se pruebe lo contrario.

Blockchain no solamente elimina la intermediación de los terceros de confianza que requiere el sistema de firmas digitales vigente, sino fundamentalmente, el enorme costo que dicha intermediación implica.

Una vez que ya tenemos claro que un contrato puede legalmente realizarse mediante un software (Art. 284 CCCN), ahora nos toca desarrollar la forma en que expresamos esa voluntad en este software, y para eso nos remitimos al Art. 288 CCCN[893], que en resumidas palabras manifiesta que la firma sirve para acreditar la autoría, y concordante a ello, acepta que la firma puede ser digital, siempre que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

Si haríamos una aplicación estrictamente textual de este artículo, entenderíamos que solo recepta la firma digital y no la electrónica. Pero hay un detalle que no es menor, en nuestro

893 Art. 288 CCCN: Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

ordenamiento tenemos desde antes de la reforma al actual Código Civil y Comercial de la Nación, receptada mediante la Ley 25506, tanto la firma digital[894], como la electrónica[895] y los documentos digitales[896]. Es decir, al no haber sido derogada expresamente la Ley 25506 cuando fue sancionado el CCCN, solo podemos concluir que el régimen de la Ley 25506, incluyendo las disposiciones sobre firma electrónica, sigue plenamente vigente y, en cualquier caso, solo actúa como norma reglamentaria sobre esa firma digital de la que habla el CCCN. Sobre esto último, creemos que el CCCN permite la asimilación de las firmas electrónicas avanzadas, categoría reconocida por la Unión Europea a las firmas digitales, y dotando a estas de los mismos beneficios que las segundas. Si bien la firma digital exige el cumplimiento de ciertos requisitos para ser portadora de la presunción de validez, en los casos en que los firmantes de un documento electrónico utilicen cualquier forma de manifestación de su voluntad, la firma se considerara electrónica, al igual que si la firma digital carece de algún requisito esencial, se la reputara como electrónica. Es por todo esto, que siguiendo a Mora[897], consideramos que a todo evento, debe aclararse que la admisión de que la firma electrónica no es equiparable a firma ológrafa de ninguna manera significa que la firma electrónica no sirva para acreditar la manifestación de voluntad, o que no sirva para resistir rechazos de autoría e integridad. La firma electrónica va a servir para formalizar la manifestación de voluntad de cualquier persona en la medida en que ninguna norma exija una formalidad específica para ello (como, por ejemplo, una firma ológrafa exclusivamente); y la firma electrónica va a servir para resistir rechazos de autoría e integridad en la medida en que la tecnología que utilice la firma electrónica en cuestión sea lo suficientemente avanzada para ello (no todas las firmas electrónicas van a lograrlo).

Uno de los aspectos más universalmente aplicables de blockchain es que permite una supervisión más transparente y segura de las transacciones. Las cadenas de suministro son básicamente una serie de nodos de transacción que enlazan para trasladar productos del punto A al punto de venta o al final de la cadena de suministros. Con la cadena de bloques, a medida que los productos cambian de manos, a través de una cadena de suministro (desde la fabricación hasta la venta), las transacciones pueden documentarse en un registro descentralizado permanente, reduciendo los tiempos de espera, los costos añadidos y los errores humanos. Muchas empresas nuevas de blockchain están innovando en este sector.

Un contrato inteligente, es casi cualquier contrato nominado o no nominado, o no tipificado en el CCCN que se distingue por estar encerrado en un código electrónico que lo auto ejecuta. El término fue creado por Nick Szabo en el año 1994, que, si bien no llego a ponerlo en práctica, debido a la tecnología imperante en esa época, fue el primero en acuñar el término. Nick Szabo, lo definió como un protocolo que se ocupa que una parte pague y otra cumpla y entregue su producto o intima al cumplimiento de un servicio que una de las partes debe prestar, sin requerir la confirmación de persona alguna, ya que el algoritmo encerrado en el protocolo que lo gobierna

894 Art 2 (L. 25506) Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.
895Art. 5 (L. 25506) Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.
896 Art. 6 (L.25506) Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.
897 Mora Santiago J: Documento digital, firma electrónica, y digital, 2014-A, LL, p. 502.

obra por cuenta de las partes y las obliga a cumplir sus prestaciones, sea quien sea el obligado. Veintiún años después, en 2015, seria Vitalik Buterin quien lograría darle una aplicación práctica al término, junto a Ethereum y su Blockchain 2.0. Acá aparece un nuevo término los tokens.

Un token es un pedazo de código de programación, en formato de contrato inteligente, que corre sobre una blockchain. El código de programación describe cómo se comportará dicho token, y su base de datos simplemente mantiene un registro de cuántos tokens tiene cada persona. Entonces un token es la nafta con la cual funcionan esos distintos pedazos de código que hacen ciertas cosas puntuales, es una aplicación específica montada sobre una plataforma de contratos inteligentes (Ethereum).[898] Así como los tokens pueden representar dinero, también pueden representar otras cosas. En la era actual de la evolución de blockchain ha surgido un nuevo concepto: la tokenización. La tokenización es una parte intrínseca de la tecnología blockchain que sirve al propósito de identificación y accesibilidad de la plataforma. Estas monedas digitales, o tokens, pueden ser utilizadas para representar propiedad sobre objetos del mundo real y propiedades que se encuentran por fuera de la cadena de bloques. A esto nos referimos cuando hablamos de tokenización de los bienes y de la economía real. En forma general la tokenizacion de activos, es el proceso de convertir algunos activos en token que se pueden registrar, intercambiar y almacenar en un sistema blockchain. En pocas palabras la tokenización convierte el valor almacenado de algún objeto físico, como un crédito, en un token que puede manipularse a lo largo de todo un sistema blockchain. Existen activos de tokenización dentro de un contrato inteligente. Las entidades tokenizadas son para el sistema como personas, organizaciones, activos, mercancías. Las aplicaciones o contratos que trabajan con esos elementos son validados en sistemas basados en contratos inteligentes. Ethereum es una plataforma descentralizada que ejecuta contratos inteligentes tal como se programaron sin posibilidad de tiempo de inactividad, censura, fraude o interferencia de terceros. El objetivo de Ethereum es crear un protocolo alternativo para construir aplicaciones descentralizadas, proporcionando un conjunto diferente de posibilidades que creemos va a ser muy útil para este tipo de aplicaciones, con especial énfasis en situaciones donde son importantes: un tiempo de desarrollo rápido, la seguridad en aplicaciones pequeñas y que rara vez se utilizan, y la capacidad de que aplicaciones diferentes interactúen de manera muy eficiente.

En sí, se refiere al uso de un código informático, que actúa como un acuerdo vinculante entre dos o más partes, sin necesidad de un intermediario, cuyas clausulas se programan previamente, con la capacidad de auto ejecutarse, validando el cumplimiento de las clausulas, a fin de articular, verificar y ejecutar un acuerdo entre las partes. En otras palabras, es un software. Un contrato inteligente es esencialmente un registro de sí mismo en el libro distribuido. DLT (distributed ledger technology) es el término general utilizado para referirse a métodos de mantenimiento de libros distribuidos en redes de computadoras. Cuando escuchamos hablar de DLT, se están refiriendo a un registro digital que se comparte instantáneamente a través de una red de participantes. Es una base de datos en la que se asientan todas las transacciones, mensajes o contratos, cuya característica principal es que descentraliza la información de cualquier tipo, como cualquier registro público, pero este libro solo permite acceso a las computadoras de una organización o todas las computadoras de una región, divididas por actividades u objetos que registran cierto tipo de datos. Este es el tipo de tecnología que utilizan las criptomonedas. Se distribuye porque el registro está en manos de cada uno de los nodos (usuarios) de la red con copia, y se actualiza con nueva información simultáneamente.

898 Arzuaga Gonzalo, Criptomonedas.

Para traducir el lenguaje humano a una sucesión de unos y ceros comprensible por la máquina es necesario, primero, escribir las instrucciones en un lenguaje de programación, que es una manera más precisa de expresar las instrucciones, con estrictas reglas sintácticas y gramaticales que eviten la ambigüedad y vaguedad del lenguaje humano común. Esto se conoce como programa fuente, que podríamos definir como un lenguaje alternativo, utilizado para articular ideas con mayor precisión que con el lenguaje tradicional, y que instruye a los programadores sobre cómo llevar a cabo su tarea.

Ahora bien, para que la computadora entienda las órdenes que le damos, necesitamos un programa objeto, el cual puede ser definido como una extensa combinación de unos y ceros destinados a ser leídos por la computadora y que implican una serie instrucciones específicas a ser ejecutadas por esta. Su característica saliente es su intercambiabilidad con el hardware, en el sentido de que un dispositivo electrónico conectado a una computadora puede lograr el mismo resultado que si fuera inducido por el código objeto, razón por la cual muchas veces los programas de computación reciben el nombre de máquinas virtuales.[899] Lo que transforma un programa fuente en un programa objeto (legible por la computadora) se llama compilador, el cual puede ser caracterizado como un programa que traduce instrucciones escritas en un lenguaje que los seres humanos pueden entender, a códigos binarios que las computadoras pueden ejecutar.[900] Dicho de forma más simple, el compilador es una suerte de traductor que lleva el mundo de los humanos al mundo de las máquinas, es el intérprete que le dice a la máquina que haga lo que el humano ordenó en otro programa que este pueda entender. Compilador es, entonces, el traductor de un lenguaje de alto nivel, a lenguaje de máquina (el lenguaje del procesador). Los compiladores permiten que las personas escriban los programas en un lenguaje inteligible, sin que sea necesario que el procesador lo entienda.

Entrando ya en su forma de confección, el contrato se debe sujetar al alcance de un término (ej. llegada de un día concreto), o al cumplimiento de una determinada condición (que ocurra un cierto hecho). Al cumplirse ese término o condición se ejecuta automáticamente el contrato sin que exista una autoridad o un juez que reclame ese cumplimiento. Podemos decir que estos contratos se asemejan a los contratos típicos en cuanto a que cuentan también con dos elementos esenciales, el consentimiento y el objeto: 1) Consentimiento: las partes se identifican a través de un algoritmo o código. Para ratificar ese consentimiento deben realizar un doble depósito en la dirección establecida en el Contrato. Este doble depósito, elimina la necesidad de un tercero de confianza que actúe como árbitro, e implica el depósito de fondos, ligado a un contrato inteligente, como garantía de cumplimiento. 2) Objeto: se refiere a una obligación que tenga apoyo digital, debe poder cumplirse en el entorno digital. Hay cuatro caracteres que definen este tipo de contrato: a) debe ser totalmente digital, 2) debe tener capacidad sobre activos digitales, 3) debe poder validar el cumplimiento de las condiciones acordadas, y 4) debe ejecutarse de forma autónoma y automática.

Una vez ya establecido el concepto de contrato inteligente, su estructura y validez en nuestro ordenamiento jurídico, podemos adentrarnos en la segunda parte de este trabajo, que es la idea de contratos inteligentes, almacenados dentro de una cadena de bloques (Blockchain). Las cadenas de bloques consisten en una base de datos descentralizada, que no puede ser alterada, distribuida entre los diferentes participes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de

899 Halpern. (2000). Harmonizing the convergence of medium, expression, and functionality: A study of the speech interest in computer software, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 14, Number 1.
900 Ceruzzi, Paul E. (2003). A history of modern computing

transacciones relacionados entre sí matemáticamente. Acá aparece nuevamente la figura del consenso, como palabra clave, atento partes que no confían entre sí, pueden mantener consenso en cuanto a la existencia e información que se encuentra grabada en cada bloque. Se trata de almacenar información con muchos ojos mirando, muchos testigos, lo que dificulta que la información sea falseada. Es un sistema de almacenaje de información fuera del sistema convencional, una herramienta para crear una sociedad más equitativa, transparente y veraz. En un contrato inteligente almacenado dentro de una cadena de bloques, si una de las partes no cumple con lo establecido previamente en el algoritmo, la computadora (nodo), vencido el plazo, lo debita de una cuenta del deudor o de fondos que ya fueron puestos a su disposición y el programa no se puede interrumpir.

La estructura básica del código informático (script) seria: Si ocurre esto… entonces aquello… Asimismo, una parte no puede impedirlo, porque los fondos quedan sujetos a lo que el programa decida y esta facultad surge de la delegación que convinieron ambas partes, que proviene del cierre del contrato realizado por medios electrónicos. Se trata de que, ante ciertos hechos, tomar decisiones preconstituidas sin intervención humana directa. Razón por la cual para que el contrato pueda ser ejecutable, se necesitan clausulas o condiciones objetivas u objetivables. Podríamos decir que consiste en un código obrante y guardado en una computadora en forma digital conteniendo una base de datos que porta los mecanismos para tomar acciones preestablecidas. Si una de las partes pretende no cumplir con su prestación invocando una causa que el contrato no admite, el protocolo la rechaza. Esto nos lleva a otra de las diferencias entre los contratos tradicionales y los contratos inteligentes, es que, en los contratos inteligentes, el algoritmo ya tiene las instrucciones para desechar las excusas por las que una parte no puede excusar su incumplimiento y en los contratos tradicionales, en cambio, refieren a lo establecido en las leyes. Hablamos de u*n sistema seguro basado en el principio de neutralidad, que permite ejecutar de manera automática obligaciones objetivables y que consistan (principalmente) en transacciones económicas.*

Blockchain, es un tipo de libro distribuido, que funciona almacenando datos en estructuras de fuentes diferentes conocidas como bloques. Cada bloque está vinculado con sus precedentes y se refiere al inmediatamente anterior en la cadena, cada nodo tiene una copia idéntica del libro completo, esto hace que el sistema sea seguro y se encuentre resguardado de ataques de denegación de servicios.

A continuación, describiré algunas de las ventajas de este tipo de sistema: 1) Privacidad: es otorgada mediante la firma digital, 2) Seguridad: aportada por la tecnología de Libro Contable Distribuido (DLT), 3) Datos: los datos presentan un flujo contante, a diferencia de los documentaos en soporte papel, que otorga cierta permanencia.

Asimismo, las bases de datos centralizadas, como por ejemplo Wikipedia, gobiernos, bancos o compañías de seguros, mantienen la información actualizada en un momento determinado, y el control de estas bases de datos recae sobre sus propietarios, por ende, la copia maestra se edita en un servidor y todos los usuarios ven la nueva versión. En cambio, las bases de datos de blockchain, lleva todas las transacciones en orden cronológico, son capaces de mantener la información que es relevante ahora, pero también toda la información anterior. No hay una copia maestra, sino que el Libro de Registro es el único oficial. Se trata de un ledger o libro contable distribuido, que permite transacciones seguras y cifradas. Es la tecnología de cifrado del ledger distribuido.

Cuando dos personas desean realizar transacciones a través de Internet. Cada una debe tener una clave privada y una clave pública. El objetivo principal de este componente de la tecnología

blockchain es crear una referencia de identidad digital segura, basada en una combinación de claves criptográficas privadas y públicas. La combinación de estas claves puede ser vista como una forma de consentimiento, creando una firma digital extremadamente útil. Esta firma digital, por su lado, proporciona un fuerte control de la propiedad, sin necesidad de que las identidades ni las condiciones de la transacción sean validadas por un tercero de confianza.

Estas cadenas de bloques brindan un sistema descentralizado, con un código abierto, público, conocido por todos y a su vez inmutable, y autogestionable, sin la intervención de bancos, ni terceros de confianza que controlen el orden de las transacciones. Permiten rastrear las distintas partes del contrato, los términos y condiciones, la transferencia de propiedad y la entrega de bienes o servicios, sin necesidad de intervención legal, permitiendo además que sean contratos firmados de forma segura.

Como elementos básicos de esta cadena de bloques tenemos, 1) un nodo: que es el ordenador personal, la cual puede ser pública (no se identifican entre sí) o privada (se reconocen entre sí). Todos deben tener el mismo software; 2) un protocolo estándar: que es el software informático que otorga un estándar común para definir la comunicación entre los ordenadores, 3) una red de nodos conectadas entre sí (Peer to Peer), y 4) un sistema descentralizado donde todos los ordenadores estén conectados y controlen una misma red. No hay jerarquía. La suma de todos estos elementos hace que la información almacenada no pueda modificarse.

De acuerdo a lo anteriormente mencionado, concluimos en que la forma de programar un contrato inteligente seria, en principio, la criptografía, codificar lo que las partes quieren que el contrato haga mediante un algoritmo con clave, esto lo hace incomprensible a toda persona que no cuente con la clave secreta (seguridad), luego publicarlo en la blockchain (pública o privada) es indiferente ya que se encuentra encriptado y por lo tanto no puede ser leído por terceros, y tampoco modificado, por encontrarse enlazado al bloque anterior, y por ultimo ejecutarlo por los nodos (prueba de trabajo), a través de un protocolo común que verifica y confirma las transacciones realizadas, con la necesidad que se llegue a un consenso sobre el resultado.

Este software también permite que, al tener que contar con capacidad sobre activos digitales, estos activos digitales están apoyados en criptomonedas como Bitcoins[901] o Ether[902] (Ethereum[903]), que permiten mantener el poder adquisitivo de estos bienes y sostenerlos en el tiempo, sin necesidad de tener que estar actualizando los precios o sometiéndolo al valor de una moneda extranjera (como sería el dólar estadounidense), que actualmente, en nuestro país, cuentan con un impuesto del treinta por ciento e implica movimientos muy engorrosos frente a las entidades bancarias. Además de eso, la mera posibilidad de que una transacción, una vez realizada, se revierta implica la necesidad de aumentar los costos de aplicación (enforcement). Los contratos inteligentes proponen un sistema de pago electrónico basado en pruebas criptográficas en lugar de terceros de confianza. O lo que hemos llamado más arriba, un sistema transaccional a través de una red de pares (peer to peer), en el que las personas puedan realizar sus transacciones directamente entre

901 Bitcoin es un fenómeno social basado en el potente sistema tecnológico de transacciones que se viene desarrollando. Es la moneda virtual convertible más grande, hasta el momento, por capitalización bursátil. Fue creada en 2008 por Satoshi Nakamoto, con la idea de que lo que se necesita es un sistema de pago electrónico basado en pruebas criptográficas, lo que permite que dos partes interesadas transmitan directamente entre sí, sin la necesidad de un tercero de confianza.

902 Ether es una ficha de criptomoneda proveída por Ethereum que se puede intercambiar entre cuentas diferentes y también compensar a los nodos participantes los esfuerzos computacionales realizados.

903Ethereum, creada el 30/07/2015 por Vitalik Buterin, es una cadena de bloques, con un lenguaje de programación incorporado, que permite a cualquier persona programar cualquier aplicación que use blockchain. Es un contrato que se ejecuta a sí mismo y que puede manejar enforcement, administración, performance, y pagos por sí mismo.

ellas, sin la necesidad de que intervenga el Estado, los bancos u otros agentes identificadores, validadores o certificadores. Blockchain elimina la necesidad de un tercero de confianza (que requiere de procesos muy engorrosos para verificar cada operación realizada, muchos intermediarios, lo que también genera que sea muy costoso), dado que la seguridad es aportada por la arquitectura de red, simple pero robusta, y facilita las relaciones digitales. En Blockchain 2.0, los libros de contabilidad distribuidos han añadido un nivel lógico en la forma de contratos inteligentes. Este código existe junto con la información de la base de datos. Los contratos inteligentes ofrecen una gran cantidad de promesas para crear sistemas inteligentes con contratos de autoejecución para permitir que los procesos de negocio funcionen de forma independiente.

Un elemento que resulta fundamental para la teoría de los contratos inteligentes son los llamados Oráculos. Estos Oráculos son programas informáticos que verifican la información confiable en internet. Esto les permite conservar actualizados los distintos tipos contratos inteligentes. Son programas similares al tercero de confianza, haciendo de intermediarios entre las partes que suscriben el contrato. El oráculo puede comprobar cualquier cosa que se verifique en internet, desde un precio en el mercado, hasta la llegada de una fecha o la realización de un hecho concreto. Puede verificar cualquier circunstancia a la que las partes hayan supeditado el cumplimiento del contrato. La idea es descentralizar los oráculos lo más posible para que estos puedan comprobar diversas fuentes de información establecidas por los participantes en el contrato y así verificar los datos. Proveen de información externa y actúan en representación del contrato al momento de realizar acciones externas, fuera del alcance del contrato inteligente. Los oráculos, son agentes encargados de aportar información externa a la cadena de bloques y determinar las condiciones que desencadenan la ejecución contractual de los contratos inteligentes: por ejemplo, si el precio de mercado del petróleo llega a cierto nivel cuando ese nivel se especifica en una cláusula condicional del contrato. Los Oráculos son he*rramientas que permiten validar cláusulas de los contratos inteligentes que hacen referencia a información externa. Son el tercero digital que verifica y ejecuta determinados términos del contrato. A través de ellos le indicamos al contrato inteligente que realice una transacción, solamente si determinada condición externa se cumple o que ejecute las condiciones para los casos en los que no se cumpla.*

Existen activos de tokenización dentro de un contrato inteligente. Las entidades tokenizadas son para el sistema como personas, organizaciones, activos, mercancías. Las aplicaciones o contratos que trabajan con esos elementos son validados en sistemas basados en contratos inteligentes. Ethereum es una plataforma descentralizada que ejecuta contratos inteligentes tal como se programaron sin posibilidad de tiempo de inactividad, censura, fraude o interferencia de terceros. El objetivo de Ethereum es crear un protocolo alternativo para construir aplicaciones descentralizadas, proporcionando un conjunto diferente de posibilidades que creemos va a ser muy útil para este tipo de aplicaciones, con especial énfasis en situaciones donde son importantes: un tiempo de desarrollo rápido, la seguridad en aplicaciones pequeñas y que rara vez se utilizan, y la capacidad de que aplicaciones diferentes interactúen de manera muy eficiente.

Atento todo lo manifestado ut supra, una vez que el contrato fuera celebrado, el código lo ejecuta, y si una parte no lo cumple, el contrato no se detiene, salvo una causal prevista, para declarar el incumplimiento. Uno de los puntos más difícil de sortear gira en torno al Derecho de defensa en juicio, atento es un principio constitucional y no puede ser ignorado. Si bien contamos

con el Art 960[904] del CCCN, ante esta situación, sería oportuno tener preestablecido dentro del código la vía de una mediación y en caso de fracaso, posterior arbitraje, todo por un tiempo determinado. La idea es que se encuentren preestablecidas la mayor cantidad de situaciones que pueden surgir dentro de una relación contractual, durante un plazo determinado, incluidas las causales de extinción, y montos indemnizatorios. Tenemos, en el caso de las franquicias de distribución un plazo mínimo de 4 años. En caso de que las partes tuvieran la intención de renovarlo, podría programarse dicha decisión.

Como ya dijimos, los contratos inteligentes se auto ejecutan en base a la información que tiene almacenada en relación con el cumplimiento de un contrato, verificando si se ejecutó cierto recaudo, que queda registrado, si se cumplió o incumplió tal o cual prestación y el algoritmo que procesa las acciones a adoptarse ordena emitir a las partes las instrucciones del caso. De ese modo cada contrato inteligente difiere de otro porque está basado en hacer cumplir las pautas contractuales de un contrato determinado, no aplicables por analogía a cualquier otro.

Asimismo, otra posibilidad es que, dentro de la relación contractual que se establece y desarrolla durante un determinado lapso de tiempo, generalmente prolongado en este tipo de franquicias, sería hacer una aplicación logística de los contratos inteligentes respecto a la relación entre proveedores, atento las cadenas de bloques permitiría aumentar la transparencia en el seguimiento de envíos, entregas y estado de la transferencia de bienes físicos entre proveedores y suministradores, entre los cuales no existe una relación de confianza inherente. La confianza aumenta gracias a un control y seguimiento seguros.

RECEPCION EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO:

Si bien, al principio de este trabajo describimos varios de los artículos en los que consideración, se ve reflejada la recepción por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de este tipo de contratos. En esta oportunidad haremos mención de los antes mencionados y desarrollaremos otros que consideramos también de gran interés. A nivel normativo, este tipo de contratación resulta posible por imperio de los arts. 957 y 958 del CCCN, que nos definen que se entiende por contrato y la libertad de contratación que tienen las partes. Asimismo, los arts. 963[905], 985[906], 1106[907] y 1107[908] CCCN receptan, tratan y regulan la contratación por medios electrónicos, fijando prelación

904 Art 960 CCCN: Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

905 Art. 963 CCCN- Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

906 Art. 985 CCCN: Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a lacontratación telefónica, electrónica o similares.

907 Art. 1106 CCCN: Utilización de medios electrónicos. Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar.

908 Art. 1107 CCCN: Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

normativa, requisitos, casos en que se da por satisfecha la existencia del contrato, y que todas estas disposiciones son de aplicación a la contratación electrónica.

A lo largo del nuestro CCCN, encontramos también el art. 1444[909], donde nos dice que, estos contratos no se encuentran sujetos a requisitos de forma. Asimismo, apoya esta teoría lo fijado en los arts. 1446[910] y 1447[911], de los cuales se desprende, por un lado, que para los contratos asociativos rige el principio de la autonomía de las partes, en virtud del cual éstas tienen libertad para regular los contenidos del instrumento que consagra su asociatividad, más allá de los tipos específicos que se regulan. Y, por otro lado, el contrato de franquicia no requiere su inscripción en registros especiales. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL:

Uno de los primeros países en receptar la validez de los contratos inteligentes fue Alemania año 2012, a través de la sentencia del 16 de octubre de 2012 (BGH - X ZR 37/12), donde la Corte acepto que la maquina era un agente de una persona humana, ya que una persona humana había efectuado la oferta y otra persona la había aceptado y ambos acordaron que el cumplimiento del contrato se ajustaba a las instrucciones que habían acordado para su cumplimiento. Se llegó a la conclusión que personas humanas en el ejercicio de la autonomía de contratación habían previsto como se debía celebrar, cumplir y ejecutar las prestaciones pactadas por vía electrónica. Razón por la cual, era válido y vinculante, ya que ejecutaba la intención de las partes de contratar en estos términos. En el caso de Francia, la Corte Suprema francesa, en fallo de 2015 (Caso 1re. Civ July 1 2015 N 14-19, 781) validó contratos por intercambio de mails. Asimismo, el Código Civil francés dispone la validez de la firma electrónica usando criptografía asimétrica. Estados Unidos también forma parte de esta revolución, atento se han podido observar distintos tipos de legislaciones sobre este tema en más de 27 estados. Canadá, Sud África y Australia han legislado también sobre contratación electrónica con leyes específicas que posibilitan la utilización de los contratos inteligentes. China creó el primer tribunal de Internet para juzgar contractos hechos on-line y permiten y usan evidencia electrónica para decidir si hubo un contrato.

Doctrinariamente, nos encontramos con numerosos autores que ya han manifestado su pensamiento respecto a los contratos inteligentes y a blockchain, en su gran mayoría con muy buena recepción. En principio, entendemos que un contrato inteligente no es contrario a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, esencialmente porque no hay norma que prohíba el uso de estos instrumentos para la celebración e instrumentación de un contrato. Incluso debemos considerar que existe una política de digitalización de la vida comercial apoyada por diversas normas, desde el CCCN hasta las leyes de simplificación y desburocratización, pasando por el impulso al sector fintech por parte del Banco Central de la República Argentina. Entendemos que las limitaciones a los contratos inteligentes estarán dadas por aquellos casos en los que el tipo de relación jurídica que se pretenda instrumentar mediante estos exija el cumplimiento de ciertas formalidades bajo pena de nulidad del acto subyacente o simplemente configurando una promesa de realizar el acto en cuestión con las formalidades requeridas. Por lo tanto, si se logra instrumentar, siempre que el tipo de contrato lo permita, en el software el consentimiento de las partes para crear, regular, modificar, transferir o extinguir una relación jurídica, el contrato inteligente será un contrato en sentido legal. Caso contrario, entendemos que el contrato inteligente simplemente será una parte más de un contrato que usa al software como un

909 Art. 1444 CCCN: Forma. Los contratos a que se refiere este Capítulo no están sujetos a requisitos de forma.
910 Art. 1446 CCCN: Libertad de contenidos. Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos.
911 Art. 1447 CCCN: Efectos entre partes. Aunque la inscripción esté prevista en las Secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes.

mecanismo para la realización de ciertos actos en nombre de las partes del contrato.[912] Por otro lado blockchain podría afectar más el funcionamiento de los contratos relacionales cuando por "relacional" entendemos un intercambio salvaguardado por la reputación o la expectativa de ganancias futuras (Klein et al., 1981; Shaphiro, 1983), en cierto modo lo opuesto al intercambio impersonal. En este contexto, las aplicaciones blockchain podrían confiar en sistemas "privados" o "autorizados", que están abiertos solo a usuarios pre-aprobados y en los que el consenso puede así alcanzarse por un número reducido de nodos (Buterin, 2015). Estas blockchains privadas podrían aplicarse con rapidez a la gestión de las cadenas de suministro, modernizando las redes ya existentes de proveedores, fabricantes y distribuidores, que ya se caracterizan por fenómenos tales como la "fabricación subcontratada" (Arruñada y Vázquez, 2006), así como también la "integración virtual" (Arruñada, 2002).[913]

A modo de conclusión, y luego de todo el desarrollo realizado sustentando esta idea, puedo decir que, en general, podemos observar que casi toda la doctrina disponible en la materia coincide en que los contratos inteligentes son una forma que pueden adoptar los contratos para facilitar algunos de sus aspectos. Es decir, los contratos inteligentes son parte de nuestro ordenamiento jurídico y deberían ser analizados dentro de este marco.

En el caso particular que nos trae a desarrollar, luego de investigar bastante sobre las complicaciones que presentan actualmente algunos tipos de franquicias, debo concluir que utilizar esta metodología, les sería de gran valor, ya que uno de los pilares de las franquicias de distribución es la continuidad de la relación comercial que los une, su perpetuidad en el tiempo, atento que no es conveniente para ninguna de las partes (franquiciante y franquiciado) una resolución de conflicto anticipada, o un reclamo judicial por incumplimiento contractual, una presentación judicial invocando la teoría de la imprevisión, todo lo cual recae en perjuicios para la marca o el nombre de la franquicia. Es por eso, también, que suelen establecer cláusulas de premios y castigos para los franquiciado, tratando de fomentar siempre el cumplimiento en tiempo y forma. Si bien, es sabido que lo nuevo trae aparejada desconfianza e incertidumbre por ser desconocido, no es menos cierto que en los negocios siempre hay un porcentaje de riesgo que se asume, y nos basta con ver los resultados en el resto del mundo para garantizar que son más las posibilidades de ganancia que de perdida. Asimismo, no podemos desconocer que la evolución y aplicación de internet en todo el mundo avanza día a día, a pasos agigantados y parte del crecimiento económico de una empresa/empresario/negocio es estar informado y a la vanguardia de los nuevos surgimientos. Blockchain está revolucionando gran cantidad de áreas, casi impensadas, no solo en los contratos inteligentes, sino también aplicaciones financieras, de seguros, gubernamentales, de salud, alquiler y venta de automotores, educación, agencias de viajes y otras más, que no hacen a nuestro tema.

Estos contratos inteligentes operan muchas veces como un recurso preventivo para evitar conflictos, o para resolver ciertas disputas en e-commerce. En caso de tratarse de contratos más complejos, ex post facto, las partes podrían plantear recursos judiciales o procesos arbitrales, pero estos ya serian para otro tipo de contratos y no las franquicias, donde su objetivo principal es atender a la continuidad del negocio. Es por todo esto que los abogados deberemos interiorizarnos en la confección de este tipo de contratos, para lograr preveer la mayor cantidad de situaciones posibles que puedan suscitarse a lo largo de esta relación, y a su vez tratar de hacerlo lo más sencillo

912 Chomczyk Andres: "¿Contratos inteligentes o software obediente?" – revista Derecho y Nuevas Tecnologías – RDYNT – N°2 - Edición 2019 - pag. 139/161.

913 Arruñada Benito: "Limitaciones de Blockchain en Contratos y Propiedad" – revista critica de Derecho Inmobiliario – Vol 94, num 769, 2018, pp. 2465-93.

posible, sin caer en clausulas redundantes e innecesarias, así como formar un grupo de trabajo con profesionales programadores, para poder brindar un producto completo y de calidad.

LEY DE EMPRENDEDORES: OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS

María Marcela SERVENT

Resumen: El diagnostico que realizan los expertos en temas ambientales, impone medidas urgentes y políticas de estado en dicha materia, tendientes a revertir las consecuencias futuras que se vaticinan al respecto.
Uno de los aspectos que condicionan dichas medidas, se circunscribe a los costos que importaría modificar condiciones de producción, que se ajusten a las exigencias ambientales.
En este sentido, una Ley de Emprendedores importa un interesante desafío para generar desde el origen, prácticas que incorporen condiciones de producción en sintonía con el medio ambiente, como inicio de un proceso que se impone en el marco de las duras advertencias y diagnósticos existentes.
Palabras claves: Ley de emprendedores – Medioambiente – Condiciones de producción.

Abstract: The diagnosis made by experts in environmental issues, imposes urgent measures and state policies in this matter, aimed at reversing the future consequences that are predicted in this regard.
One of the aspects that determine these measures is limited to the costs that would be involved in modifying production conditions, which are adjusted to environmental requirements.
In this sense, an Entrepreneurs Law represents an interesting challenge to generate, from the beginning, practices that incorporate production conditions in tune with the environment, as the beginning of a process that is imposed within the framework of the harsh warnings and existing diagnoses.
Key words: Entrepreneurs Law - Environment - Production conditions.

1. INTRODUCCIÓN

El diagnostico que realizan los expertos en temas ambientales, impone medidas urgentes y políticas de estado en dicha materia, tendientes a revertir las consecuencias futuras que se vaticinan al respecto.

Uno de los aspectos que condicionan dichas medidas, se circunscribe a los costos que importaría modificar condiciones de producción, que se ajusten a las exigencias ambientales.

En este sentido, una Ley de Emprendedores importa un interesante desafío para generar desde el origen, prácticas que incorporen condiciones de producción en sintonía con el medio ambiente, como inicio de un proceso que se impone en el marco de las duras advertencias y diagnósticos existentes.

Hasta la fecha el Estado se ha limitado a ofrecer incentivos fiscales a las empresas que cumplan con requerimientos ambientales. No obstante, la dramática situación que se avecina impone un cambio radical, que no se agota en campañas educativas e incentivos fiscales, sino en políticas de desarrollo que tengan como eje el medio ambiente y que se traduzcan no solo en legislación sobre

la materia, sino en sanciones administrativas y penales en su caso, replicando en parte el modelo adoptado en materia de lavado de activos.

2. CARTA ENCÍCLICA DEL SANTO PADRE FRANCISCO "LAUDATO SI SOBRE EL CUIDADO DE LA CASA COMÚN" DE FECHA 18 DE JUNIO DE 2015, DOCUMENTO POLÍTICO QUE EXPONE LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL.

He elegido a los fines de presentar el estado de situación en materia ambiental, la Carta Encíclica Laudato si' por tratarse de un documento político de uno de los líderes mundiales más representativos a nivel global, que tiene la virtud de visibilizar y replicar, lo que organismos internacionales vienen predicando desde hace décadas, sobre el deterioro ambiental y su interrelación con los derechos humanos y el desarrollo sostenible.

Así, en un recorrido por demás exhaustivo alerta sobre:

La contaminación ambiental , ya sea la exposición a los contaminantes atmosféricos y sus efectos sobre la salud (inhalación de elevados niveles de humo que procede de los combustibles utilizados para cocinar o para calentarse; la debida al transporte; al humo de la industria; a los depósitos de sustancias que contribuyen a la acidificación del suelo y del agua; a los fertilizantes, insecticidas, fungicidas, controladores de malezas y agrotóxicos[914]; y la contaminación por residuos muchos de ellos no biodegradables: residuos domiciliarios y comerciales, residuos de demolición, residuos clínicos, electrónicos o industriales, residuos altamente tóxicos y radioactivos. Tanto los residuos industriales como los productos químicos utilizados en las ciudades y en el agro pueden producir un efecto de bioacumulación en los organismos de los pobladores de zonas cercanas [915], toda vez que el sistema industrial, al final del ciclo de producción y de consumo, no ha desarrollado la capacidad de absorber y reutilizar residuos y desechos [916].

El clima como bien común, entendiendo la trascendencia que sus cambios acarrea a nivel global en las dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas.

Muchos pobres viven en lugares afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento. Sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales y de los servicios ecosistémicos, como la agricultura, la pesca y los recursos forestales.

Los cambios de clima originan migraciones de animales y vegetales que no siempre pueden adaptarse, y esto afecta los recursos productivos de los más pobres quienes a su vez se ven obligados a migrar ante la incertidumbre por el futuro de sus vidas y de sus hijos. [917]

La mayor parte del calentamiento global de las últimas décadas se debe a la gran concentración de gases de efecto invernadero (anhídrido carbónico, metano, óxidos de nitrógeno y otros) emitidos a causa de la actividad humana, potenciado especialmente por el desarrollo basado en el uso intensivo de combustibles sólidos, el aumento en la práctica del no cambio de usos del suelo, y la deforestación para agricultura. [918]

914 Nota 20 - Carta Encíclica del Santo Padre Francisco "Laudato si' Sobre el cuidado de la casa común" de fecha 18 de Junio de 2015.
915 Nota 21 - Idem
916 Nota 22 – Idem
917 Nota 25 - Idem
918 Nota23 - Idem

El calentamiento tiene efectos sobre el ciclo del carbono que afectará la disponibilidad de recursos imprescindibles como el agua potable, la energía y la producción agrícola de las zonas más cálidas y provocará la extinción de parte de la biodiversidad del planeta; el derretimiento de los hielos polares y de planicies de altura amenaza con una liberación de alto riesgo de gas metano, y la descomposición de la materia orgánica congelada podría acentuar todavía más la emancipación de anhídrido carbónico, aumentando la acidez de los océanos, comprometiendo la cadena alimentaria marina y creando situaciones de extrema gravedad si se tiene en cuenta que la cuarta parte de la población mundial vive junto al mar o muy cerca de él y la mayor parte de las mega ciudades están situadas en zonas costera. [919]

La cuestión del agua. El agua potable y limpia representa una cuestión de primera importancia, porque es indispensable para la vida humana y para sustentar los ecosistemas terrestres y acuáticos. [920]

La pobreza del agua social, donde grandes sectores de la población no acceden al agua potable segura, o padecen sequias que dificultan la producción de alimentos [921]; la calidad del agua disponible para los pobres que provoca muchas muertes todos los días, como consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua, incluidas las causadas por microorganismos y por sustancias químicas (diarrea, cólera) [922]; las aguas subterráneas en muchos lugares amenazadas por la contaminación que producen algunas actividades extractivas, agrícolas e industriales[923], referencian cuestiones que exponen la gravedad del problema, el cual no solo se supera con mayores aportes económicos para proveer de agua limpia y saneamiento a todos los pueblos, sino con políticas educativas y culturales tendientes a concientizar sobre la necesidad de un uso racional del recurso.[924]

La pérdida de biodiversidad. Los recursos de la tierra también están siendo depredados a causa de formas inmediatistas de entender la economía y la actividad comercial y productiva.

La pérdida de selvas y bosques implica al mismo tiempo la pérdida de especies que podrían significar en el futuro recursos importantes no solo para la alimentación sino también para la curación de enfermedades y para múltiples servicios.

Las diversas especies contienen genes que pueden ser recursos claves para resolver en el futuro alguna necesidad humana o para regular algún problema ambiental.- [925]

Para el buen funcionamiento de los ecosistemas resulta inquietante saber de la extinción de un mamífero o de un ave, por su mayor visibilidad, pero también debemos tomar conciencia sobre la importancia en el funcionamiento de los ecosistemas de los hongos, las algas, los gusanos, los insectos, los reptiles y la innumerable variedad de micro organismos [926]. Las carreteras, los nuevos cultivos, los alambrados, los embalses y otras construcciones van tomando posesión de los hábitats y a veces los fragmentan de tal manera que las poblaciones de animales ya no pueden migrar ni desplazarse libremente, de modo que algunas especies entran en riesgo de extinción, sin que se

919 Nota 24 - Idem
920 Nota 28 - Idem
921 Nota 28 - Idem
922 Nota 29 - Idem
923 Nota 29 - Idem
924 Nota 30 - Idem
925 Nota 32 – Idem
926 Nota 34 - Idem

prevean alternativas que al menos mitiguen el impacto de estas obras, como la creación de corredores biológicos [927]. Los océanos no solo contienen la mayor parte del agua del planeta, sino también la mayor parte de la vasta variedad de seres vivientes, muchos de ellos todavía desconocidos, se encuentran amenazados por formas selectivas de pesca que desperdician gran parte de las especies recogidas [928], o como consecuencia de la contaminación que llega al mar como resultado de la deforestación, de los monocultivos agrícolas, de los vertidos industriales y de los métodos destructivos de la pesca, especialmente los que utilizan cianuro y dinamita muchas de las barreras de coral del mundo que equivalen a las grandes selvas de la tierra, hoy ya son estériles o están en continuo estado de declinación [929].

Cuando se analiza el impacto ambiental de algún emprendimiento, se suele atender a los efectos en el suelo, en el agua y en el aire, pero no siempre se incluye un estudio cuidadoso sobre el impacto de la biodiversidad, como si la pérdida de algunas especies o de grupos de animales o vegetales fuera algo de poca relevancia. [930]

Este nivel de intervención humana, frecuentemente al servicio de las finanzas y del consumismo, hace que la tierra en la que vivimos en realidad se vuelva menos rica y bella, mientras al mismo tiempo el desarrollo de la tecnología y de las ofertas de consumo siguen avanzando sin límites. [931]

Es necesario invertir mucho más en investigación para entender mejor el comportamiento de los ecosistemas y analizar adecuadamente las diversas variables de impacto de cualquier modificación del ambiente, ya que todas las criaturas están conectadas y todos los seres nos necesitamos unos a

otros. [932]

Deterioro de la calidad de la vida humana y degradación social. Si tenemos en cuenta que el ser humano es una criatura de este mundo que tiene derecho a vivir y ser feliz y que además tiene una dignidad especialísima, no podemos dejar de considerar los efectos de la degradación ambiental del actual modelo de desarrollo y de la cultura del descarte en la vida de las personas. [933]

Advertimos el crecimiento desmedido y desordenado de muchas ciudades que se han hecho insalubres para vivir debido a la contaminación originada por las emisiones tóxicas, el caos urbano, problemas de transporte, contaminación visual y acústica, inundados de cemento, asfalto, vidrio y metales y privados del contacto físico con la naturaleza [934].

Entre los componentes sociales del cambio global se incluyen los efectos laborales de algunas innovaciones tecnológicas, la exclusión social, la inequidad en la disponibilidad y el consumo de energía y otros servicios, la fragmentación social, el narcotráfico y el consumo creciente de drogas entre los jóvenes y la pérdida de identidad; signos todos de que el crecimiento no ha significado un verdadero progreso integral y una mejora en la calidad de vida, siendo algunos al mismo tiempo

927 Nota 35 - Idem
928 Nota 40 - Idem
929 Nota 41 - Idem
930 Nota 35 - Idem
931 Nota 34 - Idem
932 Nota 42 - Idem
933 Nota 43 - Idem
934 Nota 44 - Idem

síntomas de una verdadera degradación social, de una silenciosa ruptura de los lazos de integración y de comunión social. [935]

La inequidad planetaria. El ambiente humano y el ambiente natural se degradan juntos, y no podremos afrontar adecuadamente la degradación ambiental si no prestamos atención a causas que tienen que ver con la degradación humana y social. El deterioro del ambiente y el de la sociedad afectan de un modo especial a los más débiles del planeta (agotamiento reservas ictícolas, contaminación del agua, elevación del nivel del mar, muerte prematura de muchos pobres en los conflictos generados por falta de recursos) [936], situación que por sí sola nos interpela sobre la necesidad de construir una ética sólida, una cultura y una espiritualidad que limiten y contengan todo poderío tecnológico y económico que no exprese un desarrollo sostenible e integral, (19/20, 87/91) ya que la idea de un crecimiento infinito o ilimitado que ha entusiasmado tanto a economistas, financistas y tecnólogos supone la mentira de la disponibilidad infinita de los bienes del planeta.

3. MARCO NORMATIVO EN MATERIA AMBIENTAL – PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y PRECAUCIÓN

Entrando a considerar la legislación argentina en materia ambiental, la misma se estructura en normas constitucionales [937] e infraconstitucionales [938], promulgadas como consecuencia de los Convenios Internacionales suscriptos por Argentina [939], como así también las recomendaciones realizadas en tal sentido por Organismos Internacionales.

935 Nota 46 - Idem

936 Nota 48 - Idem

937 Arts. 41, 75 inc. 30, 121 y 124 Constitución Nacional Argentina.

938 Ley General de ambiente N° 25675,Régimen Ambiental de Agua N° 25688, Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental N° 25831, Ley Integral de Residuos Domiciliarios N° 25916, Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los bosques Nativos N° 26331, Ley de Presupuesto Mínimos de Protección Ambiental para control de actividades de quema N° 26562, Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente Periglaciar N° 26639, Sistema Federal de Manejo del Fuego N° 26815, Ley 22.344 conservación de especies amenazadas de flora y fauna silvestre; Ley 23918 conservación de especies migratorias de animales silvestres; Ley 23.729 protección de la capa de ozono; Ley 23788 sustancias que agotan la capa de ozono y sus modificatorias Ley 24.187 y Ley 24.915; Ley 23922 control de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación; Ley 21353 prevención de contaminación marina sobre hidrocarburos; Ley 24.089 para prevenir contaminación por buques; Ley 24295 sobre cambio climático; Ley 24.375 sobre biodiversidad; Ley 25278 sobre plaguicidas o productos químicos.

939 Convención sobre la conservación de flora y fauna silvestre; Convención sobre la conservación de especies migratorias de animales silvestres; Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono; Protocolo de Montreal: sustancias que agotan la capa de Ozono, enmienda de Londres 1992 y enmienda de Copenhague 1995; Convenciones de Basilea sobre control de movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación; Convenio para prevenir contaminación marina por hidrocarburos; Protocolo para prevenir contaminación por buques; Convenio de cambio climático; Convenio de biodiversidad; Convenio de Rotterdam sobre plaguicidas o productos químicos.

No obstante la importancia de contar con normativa ambiental acorde a los stándares internacionales, cabe apuntar que su efectividad descansa en la aplicación de los principios de prevención [940] y precaución [941].-

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Empresas mediante Opinión Consultiva 23/17 [942], se pronuncia sobre la obligación que pesan sobre los Estados a fin de prevenir los daños ambientales (regular, supervisar y fiscalizar, requerir y aprobar estudios de impacto ambiental, establecer un plan de contingencia y de mitigación en caso de ocurrencia de daño ambiental), como así también sobre la obligación de los Estados de actuar conforme el principio de precaución a los efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreparables al medio ambiente, aun en ausencia de certeza científica.-

Al respecto, las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultan emblemáticas en tal sentido, y más aún en los casos de aplicación del principio de precaución, cuya instrumentación importa un mayor esfuerzo de argumentación, ante la imposibilidad de conocer con certeza científica las consecuencias en el mediano y largo plazo, de una acción en materia ambiental. [943]

En definitiva, podemos señalar que la legislación Argentina en materia ambiental, se ajusta a los compromisos internacionales asumidos y que su aplicación en sede judicial se encuentra en sintonía con dichos compromisos en el marco de los pronunciamientos dictados por el Máximo Tribunal.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva relacionada, conmina a los estados no solo a regular y a aplicar la ley en caso de producirse un conflicto ambiental, sino también a supervisar y fiscalizar su aplicación, como única forma de consolidar prácticas, en aquellos casos en los que la conciencia, o el interés, o la necesidad o el puro snobismo no alcancen para su ejecución.

La importancia de supervisar y fiscalizar no solo contribuye a internalizar prácticas, sino también a obtener datos que nos permitan establecer debilidades y fortalezas, medir el estado de situación, y así definir políticas de estado tendientes a un desarrollo sustentable.

En dicho marco se inscribe el presente trabajo, como aporte a la discusión de las alternativas posibles, tendientes a obtener cambios de relevancia en la administración del medio ambiente por parte de todos los actores comprendidos.

940 Principio de prevención: Toda persona debe evitar causar un daño ambiental no justificado; adoptar de buena fe y conforme las circunstancias las medidas para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; y no agravar el daño si ya se produjo. (art. 1710 CCCN). Este principio supone que el riesgo de daño ambiental puede ser conocido anticipadamente y que pueden adoptarse medidas para neutralizarlo.

941 Principio de precaución: es un concepto que respalda la adopción de medidas protectoras ante las sospechas fundadas de que ciertos productos o tecnologías crean un riesgo grave para la salud pública o el medio ambiente, pero sin que se cuente con una prueba científica al respecto. es.wikipedia.org/wiki/Principio de precaución (2/06)2020, 3:52pm).

942 Texto completo Opinión Consultiva http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

943 CSJN, La Pampa Provincia de c/Mendoza Provincia de s/uso de aguas. 1.12.2017. Fallos: 340:11695; CSJN, Asociación de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/Santa Cruz Provincia de y otro s/acción de amparo. 26/4/2016 Fallos: 339:515; CSJN, Kersich Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses SA y Otros y Otro s/amparo, 2/12/2014, Fallos: 337:1361, entre otros.

4. LA LEY DE EMPRENDEDORES – BÚSQUEDA DE UN NUEVO PARADIGMA

Como cuestión preliminar cabe apuntar que la Ley de Emprendedores, nace a partir de la idea que concibe a la empresa privada, como el motor más relevante y el instrumento de desarrollo económico y cambio social, más efectivo desde la revolución industrial hasta nuestros días. [944]

De allí, la creación de una ley especial que tiene por objeto generar un marco jurídico tendiente a apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de capital emprendedor [945].

De su plexo normativo se destaca no solo la incorporación de conceptos abarcadores de ciertos universos (emprendedor, emprendimientos, instituciones de capital emprendedor, inversores en capital emprendedor, registro de instituciones de capital emprendedor) sino la creación de sistemas de financiamiento (Fondo Fiduciario para el Desarrollo del Capital Emprendedor y Sistemas de Financiamiento Colectivo); como así también la creación de un nuevo tipo societario (Sociedad por acciones simplificadas) con los alcances y las características previstas en la ley; de un programa especial (Fondo Semilla) tendiente a capacitar y financiar a emprendedores que pretendan dar inicio a un proyecto o potenciar uno ya existente con grado de desarrollo incipiente; y de un Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores con participación pública privada con el objeto de asistir a la Secretaria de Emprendedores y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Producción, en la elaboración de políticas de emprendimiento.-

En este sentido, salvo en el caso de los proyectos que se presentan al programa "Fondo Semilla", la ley no incluye criterios de selección. Y aun en lo normado en relación al Fondo apuntado, los criterios mencionados son laxos, pudiendo entenderse que queda incluida la materia ambiental bajo el criterio de selección "generación de valor" [946].-

Como ya apunté al inicio de este trabajo, entiendo que la Ley de Emprendedores importa un interesante desafío para actuar el principio de prevención, generando desde el origen, prácticas que incorporen condiciones de producción en sintonía con el medio ambiente, tomando en consideración no solo el estado de situación preocupante en materia ambiental, sino también los altos costos que implica para una empresa ya en desarrollo, adecuar su estructura de producción a los stándares ambientales.

En consecuencia, considero que el criterio ambiental resulta de inclusión imprescindible en la Ley de Emprendedores, no solo porque toda empresa en su desarrollo inicial tiene todo por hacer, por lo que se encuentra en situación de prever y proveer a su futura empresa, de condiciones que apunten a un desarrollo sustentable, mediante la inclusión de tecnología en tal sentido y capacitación de su personal; sino que representan una importante plataforma para que el Consejo Federal de Apoyo a Emprendedores procese la información a fin de proponer políticas en materia ambiental que coadyuven y acompañen a los emprendedores en el proceso de cambio que se busca.

Al respecto, la posibilidad de desarrollar prácticas y sistematizar la información que dichas prácticas producen, resulta plausible mediante una serie de medidas que estimo pertinente incluir de lege ferenda a la Ley de Emprendedores, tales como:

944 Vitolo Daniel Roque. Capital Emprendedor y Sociedades por acciones simplificadas (SAS) Ed. La Ley

945 Ley 27.349 párrafo primero.

946 Ley 27349 art. 63 párrafo cuarto inc. 3

1.- La obligatoriedad de incluir en los proyectos la normativa ambiental aplicable al proyecto y las medidas que se adoptaran para su cumplimiento;

2.- Estados contables que incluyan los rubros:

Costo ambiental discriminado por subrubro (costo tecnológico, costo de servicios de terceros, costo de personal, costo de formación de personal, seguros, etc).

Pasivos ambientales contingentes. [947]

Pasivos ambientales configurados.[948]

Memoria anual en la que se exponga la política de riesgos en materia ambiental.

Cabe apuntar que algunas empresas cuentan actualmente con una política de riesgos en materia ambiental, que se enmarca en lo que conocemos como responsabilidad social empresaria (RSE), entendida como "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y ambientales en sus relaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores"[949]

Sin embargo, un cambio de paradigma exige medidas generales que propongo comenzar a aplicar sobre un segmento del universo empresa (emprendimiento /capital emprendedor) en el convencimiento que se encuentran en situación inmejorable, y que su aporte va a contribuir a articular la participación de los organismos del Estado involucrados en la materia (Medio ambiente, Desarrollo Social, Ciencia y tecnología, Trabajo, AFIP, etc).

5.- PALABRAS FINALES:

Tal vez la observación que se impone es sobre la debilidad de la propuesta esbozada en el presente trabajo, toda vez que la misma direcciona una tarea sistemática y organizada, en relación a las empresas o empresarios que queden comprendidos en la Ley de Emprendedores.

En parte la respuesta ya la he ido anticipando a lo largo de este trabajo, básicamente porque considero que el emprendedor se encuentra en mejores condiciones para ajustar el proceso de producción de su emprendimiento a los requerimientos ambientales imperantes, ya que recién inicia, tiene todo o casi todo por hacer.

El medio (contabilizar costos ambientales) que se propone para tal fin, es deudor de parte de la bibliografía consultada para este trabajo [950]. Su obligatoriedad permite evitar que se externalicen o transfieran costos ambientales hacia el entorno, que se internalicen prácticas ambientales por parte de las empresas, que el Estado cuente con datos para relevar los pasivos ambientales configurados que reporten la empresas, que el Estado cuente con datos para realizar un

947 Pasivo ambiental contingente: cuando existe incertidumbre sobre la probabilidad de que se produzca el pasivo ambiental, al que se le deberá asignar cierta probabilidad de que llegue a convertirse en pasivo ambiental configurado.

948 Pasivo ambiental configurado: cuando existe certeza de la ocurrencia del pasivo ambiental.

949 Jannik Lindbaek, citado por Richard, Hugo Efrain "Daño ambiental y seguro" Documento de la exposición en la XVI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales (Cördoba 18 y 19 de Octubre de 2007) sobre "Tutela jurídica del medio ambiente" en libro colectivo del mismo nombre, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba julio 2008, pag. 169 a 198.

950 Fronti de Garcia Luisa – Responsabilidad Ambiental Empresaria – EDICON Fondo Editorial Consejo – Profesional de Ciencias Económicas de la ciudad Autónoma de Buenos Aires; Doroni, Georgina, Principio de responsabilidad ambiental y pasivos ambientales; Julia Marta La situación de la Empresas frente al incumplimiento del marco normativo ambiental actual; Morales Lamberti Alicia Empresas y pasivos ambientales: la compleja frontera entre pasivos contingentes, pasivos configurados y daño ambiental"

seguimiento de los pasivos ambientales contingentes informados por las empresas, que el Estado cuente con datos para supervisar el cumplimiento de los planes de mitigación de riesgo de ocurrencia de pasivos ambientales contingentes presentados por las empresas.

En definitiva, continuar avanzando para que el principio de prevención en materia ambiental, sea realidad.

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA: ANÁLISIS DEL NUEVO TIPO SOCIETARIO

Santiago ROMERO CARRANZA

Resumen: En el presente trabajo se intenta realizar un análisis del nuevo tipo societario previsto en la Ley 27.349, desde una mirada propia del profesional en ciencias económicas. Se destacan sus virtudes y debilidades, resaltando situaciones aún ambiguas que oportunamente serán definidas por la doctrina y la jurisprudencia.
Palabras Clave: SAS – Tipos societarios – Sociedad por Acciones Simplificada

Abstract: This paper presents an analysis of the new legal entity type introduced by the Law 27.349, from the perspective of an Economic Science professional. We explore its advantages and disadvantages, highlighting situations where the law is still ambiguous and that will be defined by the doctrine and jurisprudence.
Key Words: SAS – Legal entity types – Sociedad por Acciones Simplificada

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos frente al nacimiento de un nuevo tipo societario. El legislador mediante la sanción de la ley 27349 propone un nuevo vehículo jurídico para la estructuración de negocios. Lo hace en el marco de una ley ómnibus denominada "Del Emprendedor", la cual no ha estado exenta de cuestionamientos y vicisitudes propias del quehacer legislativo de nuestro país y en particular de nuestros legisladores. Son muchos quienes critican el hecho de que la concepción de este nuevo tipo societario no sea a través de una ley específica que modifique la recientemente ajustada (vía unificación del Código) Ley General de Sociedades (LGS) 19550. Desde ya, existen también los argumentos para justificar la regulación legislativa de este nuevo tipo societario de forma autónoma. Recordar el antecedente de la Sociedad por Responsabilidad Limitada (SRL), legislada en 1932 por fuera de las existentes en el Código de Comercio de dicha fecha (que por entonces regulaba legalmente la realidad societaria argentina). Por cierto, en el derecho comparado, podemos encontrar ejemplos de cuerpos normativos que comprenden la totalidad de los tipos societarios (Italia), u otros (tal el caso de Alemania) en donde podemos advertir la preferencia por mantener la especialidad legislativa, regulando los diferentes tipos societarios de forma autónoma. En el caso argentino, bien podemos sostener que "La importancia de mantener el régimen de esta forma radica en el cambio de paradigma que representa la SAS, como una nueva concepción del derecho societario. De haber sido incorporada a la LGS se correría el riesgo de analizarla desde concepciones diferentes, asumidas como dogmas en la LGS"[951].

Creemos que en este caso influyeron también valoraciones de oportunidad política que quizás primaron por sobre la consideración de técnica legislativa, cuestión sin dudas objetable, aunque

951 RAMIREZ, Alejandro H. "La regulación de la SAS por fuera de la Ley General de Sociedades". XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. 6, 7 y 8 de Septiembre de 2019. Rosario.

aceptable desde nuestra modesta visión. Resulta oportuno destacar que nuestra óptica para el análisis se verá siempre afectada por un criterio pragmático propio de un Profesional en Ciencias Económicas que prioriza la celeridad y practicidad del instrumento (jurídico) en aras de su utilidad en el contexto mercantil.

Por medio de la mencionada ley 27349, el legislador crea el Régimen de Apoyo al Capital Emprendedor y, como complemento del mismo, la Sociedad de Acciones Simplificada (SAS). El cometido de la ley, atendiendo la exposición de motivos, es brindar un marco legal que favorezca la creación de nuevas empresas y, particularmente, sirva de apoyo para la actividad empresarial. La norma legal regula dos cuestiones diferenciadas: 1. Procura establecer medidas tendientes al apoyo del "emprendedorismo" y desarrollo del capital emprendedor, con una serie de instrumentos financieros novedosos y 2. Promueve la creación de un nuevo tipo societario por fuera de la LGS que se rige por las disposiciones de esta nueva ley especial y, supletoriamente, por los correspondientes capítulos de la Ley General de Sociedades, segunda cuestión esta que nos ocupará en el presente trabajo.

Fueron los ya antiguos y reiterados pedidos de mayor flexibilidad y celeridad en los plazos de inscripción los que fueron atendidos por el entonces Ministerio de Producción y de Hacienda y Finanzas (autores del proyecto) al redactar el texto de la ley, pretendiendo dotar a la Argentina de una normativa autónoma respecto a la LGS pero acorde a la realidad empresaria actual. Se planteó además revitalizar la idea de Sociedades Unipersonales, admitiendo la unipersonalidad para las SAS. Entendemos se busca en parte superar el fracaso de la Sociedad Anónima Unipersonal (SAU), tipo societario que buscaba justamente satisfacer las exigencias planteadas, pero que (según trascendidos) por decisión de los funcionarios entonces a cargo del Gobierno de incluir a la SAU dentro del Art. 299 LGS (fiscalización estatal permanente) terminó asegurándose su deslucido final en el momento mismo de su aparición en el escenario societario argentino. Difícilmente una Sociedad alcanzada por las gravosas (y costosas) exigencias que el legislador propone para las alcanzadas por el 299, se convirtiera en un instrumento de estructuración empresarial a considerar por pequeñas empresas. Demasiado tarde fue la posterior modificación de la ley que terminó dispensando a las SAU de cumplir con la exigencia de Sindicatura y Directorio plural. El nacimiento de la SAS significó al mismo tiempo (creemos) el final definitivo para las SAU.

Hacemos nuestra la visión del Contador Guillermo Locane[952], quien a través de un artículo de difusión masiva (no por poco técnico menos pertinente) propone una inteligente diferenciación entre "burocracia" y "burocratismo", identificando con el primer concepto las naturales gestiones a realizar en el marco del relacionarse con el Estado y sus desprendimientos, y asociando al "burocratismo" la ya excesiva, nociva, e incluso a veces deliberadamente compleja acumulación de diligencias a realizar para interactuar con las dependencias públicas. Consideramos que el legislador ha pretendido atacar en la faz societaria esa siempre inútil y decepcionante demora en los trámites constitutivos de una sociedad que no ha logrado más que entorpecer emprendimientos, muchas veces interesantes.

Será el tiempo, pero fundamentalmente los organismos de aplicación y contralor (fundamentalmente IGJ –IPJ en jurisdicción Córdoba-, AFIP y Bancos) y más tarde los Tribunales, quienes nos permitirán valorar si la sana pretensión del legislador fue finalmente satisfecha en la práctica. Ocupará la jurisprudencia un rol protagónico al definir la suerte de las SAS, al decidir optar por una óptica "institucionalista" con la que siempre se ha valorado a la Sociedad Anónima en particular y a la normativa societaria en general entre nuestros jueces, o bien será finalmente la

952 LOCANE, Guillermo. "Simplificar la burocracia". Revista Noticias. 2017.

instancia para que los magistrados en el caso al menos de la SAS se inclinen por un miramiento "contractualista" consolidando sus cualidades de flexibilidad y aplicabilidad.

Habiendo transcurrido corto tiempo desde su aparición, consideramos podemos decir que el nuevo tipo societario se ha convertido en la *vedette* del escenario societario argentino, lugar ocupado otrora por la Sociedad Anónima. La flexibilidad en su estructura y la celeridad impresa a los trámites atinentes a la SAS, se han convertido en ventajas comparativas de este tipo, valoradas por el empresario y por el asesor societario.

Dedicaremos las siguientes líneas al análisis de los caracteres del nuevo tipo societario, vertiendo nuestra opinión respecto a las oportunidades y amenazas con las cuales la SAS se enfrenta.

ASPECTOS GENERALES

La Sociedad de Acciones Simplificada podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran. Se replica el esquema considerado para SRL y SA en materia de limitación de responsabilidad, pero agregando una notoria novedad al ordenamiento societario argentino: la aparición de la SAS en el selecto universo de Sociedades de un solo Socio, posibilidad no admitida para el resto de las Sociedades Anónimas. La admisibilidad de unipersonalidad en la estructuración jurídica de negocios ha sido un reclamo de larga data de doctrinarios, quienes siempre bogaron por un acercamiento al ordenamiento de otros países, los cuales bajo distintas denominaciones ya desde hace varios años habilitan la constitución de entes empresarios de un solo miembro. Lo ya dicho, respecto a que con esta posibilidad para las SAS el legislador supera el paso en falso que dio con la SAU.

La SAS unipersonal no puede constituir ni participar en otra SAS unipersonal. Cabe recordar que la SAU queda comprendida por definición dentro del art. 299 LGS (fiscalización estatal permanente), cosa que no ocurre con la SAS.

No nos detendremos en el análisis y discusión respecto a la conveniencia o no de Sociedades de un solo socio, mucho menos respecto a la cuestión denominativa. Consideramos estéril cuestionarnos si corresponde o no llamar "sociedad" a entes de un único miembro, y superados los interrogantes respecto a la conveniencia cuando ordenamientos jurídicos avanzados, ordenados y probados han demostrado su eficacia en materia de negocios.

El domicilio (jurisdicción) de la SAS deberá constar en el instrumento constitutivo, no así la dirección de su sede, la que podrá constar en el acta de constitución o podrá inscribirse simultáneamente mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se sostienen aquí los criterios ya aprobados durante largo tiempo.

Se mantiene el requerimiento de publicación de edicto de constitución en el diario de publicaciones legales y se prevé que los registros públicos aprueben modelos tipo de instrumentos constitutivos para facilitar la inscripción registral. Resulta aquí oportuno destacar lo planteado por la Ley SAS; Art 35: "La SAS podrá constituirse por medios digitales con firma digital y de acuerdo con la reglamentación que a tal efecto se dicte…" Art 38: "La documentación correspondiente deberá presentar ante el Registro Público (RP), quien previo cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de aplicación, procederá a su inscripción. La inscripción será realizada dentro del plazo de 24hs contadas desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación

pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el RP."

Al respecto decir que el legislador refrenda con este planteo, el propósito de imprimir celeridad al *inter constitutivo* societario, a sabiendas de que la demora en el proceso de formación de la sociedad (inaceptablemente excesivo en dependencias del interior) resulta un obstáculo muy perjudicial para el empresariado, lo cual ha sido en reiteradas oportunidades señalado por organismos internacionales dedicados al análisis de los negocios en el país. Demoras de un año o más en la estructuración de una empresa no hacen más que desincentivar las tan ansiadas, prometidas y necesarias inversiones (domésticas y extranjeras) en el país. No observamos como limitante la necesidad de circunscribirnos a un modelo tipo para lograr la inscripción *express*. Resignar flexibilidad e innovación en el diseño de la estructura, obteniendo a cambio agilidad en los términos planteados, será un costo poco elevado para la mayoría del empresariado argentino, en su mayoría PyME y siempre ansioso por soluciones rápidas y desburocratizadas. Existirá siempre tiempo, luego de la instancia de constitución originaria de la SAS, para dedicarle modificaciones al estatuto social atendiendo las especificidades que quizás los socios quisieran contemplar.

Planteó la redacción original de la norma que: no podrá la SAS estar comprendida en los incisos 1) hagan oferta pública de acciones o debentures 3) Sean de economía mixta 4) Realicen operaciones de capitalización o ahorro y 5) Concesionarias Públicas del art. 299 de la LGS. No pudiendo tampoco ser controladas por una Sociedad de las comprendidas en el 299, ni estar vinculada en más de un 30% de su capital, a una sociedad incluida en el mencionado artículo. De realizar una lectura rígida del texto legal se desprendería que no será una limitación contar con un capital superior al importe del capital contemplado en el inciso 2) del art 299 de la LGS (actualmente definido en 10 millones de pesos). Serán posteriores normas reglamentarias y/o definiciones jurisprudenciales las que terminen por clarificar esta cuestión.

Lo arriba mencionado configura quizás la única limitante de la SAS frente a otros tipos societarios como la SA. Implica excluir a la SAS como ropaje jurídico a considerar únicamente en el caso de emprendimientos muy particulares. Quedará a criterio del asesor jurídico implicado, pero para la inmensa mayoría del empresariado argentino, será la SAS una posibilidad siempre a valorar al momento de definir la estructuración del negocio.

Dable resaltar que poco tiempo después de la sanción de la ley 27.349 se eliminó la limitación para que sociedades que hagan oferta pública de acciones o debentures puedan constituir SAS, modificación dispuesta por decreto 27/18, luego refrendada por Ley 27.444. Esto implicó un viraje sustancial respecto a la óptica con la que se observó en un inicio a este nuevo tipo societario y en relación al espíritu que el legislador pareciera quiso dedicarle a esta nueva forma societaria. Concebida como un tipo societario *transicional*, ideal para nuevos emprendimientos, en fase embrionaria y para dejar lugar luego a estructuras societarias más desarrolladas como la SA, cuando el crecimiento del negocio en cuestión lo ameritase, la eliminación del referido inc 1) del artículo 39 (limitaciones) de la ley 27.349, que pasa a admitir la posibilidad de que las acciones de la SAS coticen en bolsa significa un cambio rotundo. Destaquemos que ahora, las pocas sociedades argentinas que cotizan en bolsa, naturalmente de las más sofisticadas del espectro societario argentino, bien podrían desenvolver su actividad bajo el ropaje jurídico de una SAS, echando por tierra el por muy poco tiempo vigente dicho de que "las SAS son el tipo societario para el pequeño emprendedor Pyme".

En cuanto a su objeto, el mismo podrá ser plural y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, que podrán guardar o no conexidad o relación

entre ellas. El legislador ha incluido explícitamente para la SAS la posibilidad del objeto múltiple, lo que en el ámbito del resto de las sociedades se admite en virtud de lo dispuesto por la Resolución General de la Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) Nro. 8/2016 en el ámbito específico de CABA y por otras normas provinciales dictadas por las autoridades de contralor que tienen a su cargo los Registros Públicos en el interior del país. El legislador no ha hecho más que adherir al lineamiento ya planteado por la susodicha norma de la autoridad de contralor capitalina, la que en su momento quitó vigencia al anterior criterio (no admisibilidad del objeto múltiple) sostenido por las anteriores autoridades de la Inspección y que intentó propagarse a las dependencias del interior, con poca suerte al menos en jurisdicción Córdoba. Respecto a este punto resulta menester considerar la fuerte crítica que la admisibilidad de objeto social múltiple ha despertado en alguna parte de la doctrina. De encontrar tal resistencia recepción entre las autoridades de los organismos de contralor, bien podemos suponer a futuro normas que limiten la flexibilidad lograda por la SAS. Sin dudas, la discusión recién se inicia y las definiciones, de alcanzarse, exigirán largos intercambios. Por lo pronto, lo seguro es que la versatilidad que ostenta la SAS gracias a la multiplicidad de su objeto, es sin dudas una de las cualidades que explica la altísima popularidad lograda desde su aparición en 2017.

La ley prevé un novedoso mecanismo de resolución de conflictos mediante la intervención de árbitros. Dispensa que, de ser adecuadamente aprovechada, podría resultar de utilidad en aras de evitar prolongadas y costosas controversias judiciales.

DEL CAPITAL

En relación al capital social, este se dividirá en partes denominadas acciones, siguiendo lo esperable al tratarse de una sociedad anónima. Al momento de la constitución de la sociedad el capital no podrá ser inferior al importe equivalente a dos veces el Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM). El legislador ha definido una vara lo suficientemente baja como para no convertir al parámetro capital en un limitante para la estructuración de un emprendimiento. Siguiendo el criterio aplicado para Sociedades Anónimas tradicionales y Sociedades de Responsabilidad Limitada, los aportes en dinero deben integrarse en un 25% como mínimo al momento de la suscripción, debiendo el saldo efectivizarse en un plazo máximo de dos años. Los aportes en especie, en tanto, deben integrarse en un 100% al momento de la suscripción.

La definición de un parámetro mínimo de aporte tan bajo, no hace más que reforzar la postura doctrinaria que sostiene la poca importancia del capital, revitalizando la vieja discusión entre quienes resaltan la importancia del Capital Social y quienes, en el otro extremo, llegan a plantear la posibilidad de constituir sociedades sin Capital, reemplazando las históricas funciones del mismo (garantía de terceros, parámetro de posición relativa del socio y fuente de productividad) vía mecanismos alternativos. Asimismo, se consolida la premisa ya instaurada por la referida norma de la IGJ (08/2016): “Que, con respecto a la cuantía del capital social, encontrándose fuera de discusión la conveniencia de que el mismo sea adecuado a la envergadura y naturaleza del objeto social que se pretende alcanzar, la ausencia de parámetros objetivos para evaluar su suficiencia a priori, podría dar lugar a arbitrariedades que la autoridad de contralor debe evitar. Ello sin dejar de señalar que el capital social no es el único recurso con el que cuenta la sociedad para cumplir su objeto, ya que también inciden de forma relevante factores patrimoniales, financieros y organizativos, al igual que decisiones de política empresaria. Que, dicho de otro modo, el cumplimiento del objeto social no depende pura y exclusivamente de la suficiencia del capital social inicial y/o del que paulatinamente resuelvan los socios fijar en oportunidad de su modificación, sino que también está relacionado con

la organización de la actividad empresarial y con la posibilidad de acceder y contar con recursos, propios o de terceros, así como con el plan de negocios a mediano y largo plazo que haya establecido la sociedad, entre otros factores."

La realidad argentina muchas veces termina quitando trascendencia a la discusión teórica. El proceso inflacionario que nuestro país ha sufrido desde hace décadas, hace que con altísima frecuencia nos encontremos frente a sociedades en marcha, con un capital social ridículamente bajo, tornando en la práctica totalmente inútil su tradicional función como garantía de terceros y de justificativo de la productividad de la empresa, pasando a ocupar un lugar meramente cosmético en aras de solo dar cumplimiento a una formalidad.

Resulta pertinente en este punto destacar lo dicho por reconocida doctrina, en el intento por reconocer lo valioso de la discusión y el contrapunto: "una cosa es cuál es el capital que la ley requiere para la constitución dela sociedad y otra cuál es el capital necesario para su funcionamiento. Está claro que es poco probable que una sociedad pueda funcionar con una suma equivalente a dos salarios mínimo, vital y móvil. Una cosa es que lo trascendente sea el patrimonio y no la cifra de capital de la sociedad; y otra que no tenga consecuencia para los socios que limitan su responsabilidad, el funcionamiento de una sociedad infracapitalizada. Por ejemplo, si los socios, en vez de efectuar aportes de capital, le otorgan préstamos a la sociedad para que pueda desarrollar su actividad, se genera un funcionamiento anómalo de la misma. Cuando el negocio societario es utilizado abusivamente, cuando a través del mismo se frustran derecho de terceros, los socios son directamente responsables por aplicación del artículo 54, tercer párrafo de la LGS"[953]

Respecto a los aportes no dinerarios, se plantea una novedad respecto al régimen de la LGS, al permitir que los mismos sean valuados de acuerdo al importe que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán en el instrumento constitutivo expresar los antecedentes justificativos, pero admitiéndose que el valor dedicado al aporte se desprenda del valor de plaza, a diferencia de lo que ocurre con la SA tradicional.

Párrafo aparte merece la consideración de las prestaciones accesorias. Supone toda una novedad en materia societaria, por demás interesante y útil para el denominado "sector emprendedor" pero puesta en riesgo su aplicabilidad a raíz de la reglamentación de IGJ CABA. Nos permitiremos ahondar en el tema por las razones expuestas. Nos valdremos de las expresiones del doctrinario Favier Dubois para caracterizarlas: "Las prestaciones accesorias son obligaciones hacia la sociedad de todos o algunos de los socios que figuran en el estatuto… Comenzaron a ser utilizadas durante la segunda mitad del siglo XIX en la práctica de los productores alemanes de remolacha azucarera como un instrumento para asegurar el aprovisionamiento y la no competencia por parte de sus socios".[954]

De acuerdo a la LGS, en los artículos 50 a 53, la ley general quita explícitamente la posibilidad de que las prestaciones accesorias configuren aportes de capital. En tanto la flamante y ya varias veces mencionada ley 27.349 (que regula a la SAS) sostiene en su artículo 42 3° párrafo: "Podrán pactarse prestaciones accesorias. En este caso, la prestación de servicios, ya sea de socios, administradores o proveedores externos de la SAS, podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno

953 ROMANO, Alberto Antonio, en la "Jornada de Actualización de Ley de Emprendedores", 26/10/2017, Facultad de Ciencias Económicas de Rosario de la Universidad Austral.

954 FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). "Las Prestaciones Accesorias como instrumento para dar fuerza legal al protocolo familiar". Revista Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE). Junio 2014.

o más peritos designados por los socios en forma unánime. El instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación. Las prestaciones deberán resultar del instrumento constitutivo y/o de los instrumentos de reformas posteriores, donde se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento. Solo podrán modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios. Si la prestación del servicio se encontrara total o parcialmente pendiente de ejecución, la transmisión de las acciones de las que fuera titular el socio que comprometió dicha prestación requerirá la conformidad unánime de los socios, debiendo preverse, en su caso, un mecanismo alternativo de integración".

Advertimos claramente como a diferencia de lo previsto en la LGS, para el caso de la SAS explícitamente el legislador ha considerado la posibilidad de que las prestaciones accesorias constituyan aporte al capital social. La dispensa supone una innovación interesante para el régimen societario argentino, de aplicabilidad clara para ciertos sectores en donde hay socios inversores y socios que aportan una idea o *know how*.

No obstante lo planteado, la IGJ en su resolución 6/2017 Art 27 ha dispuesto "las prestaciones accesorias no forman parte del capital social". Excede el propósito de este trabajo valorar las potestades de la Inspección en cuanto a la posibilidad de ir por encima de lo planteado por una ley, pero asumimos que será una cuestión que generará discusión y polémica. Al respecto del tema, agregar que la normativa de jurisdicción Córdoba (Inspección de Personas Jurídicas) nada dice al respecto.

Es notoria la inclinación de la doctrina por asumir que no es posible dedicarle a la prestación accesoria el tratamiento propio de un aporte. No obstante ello, nos permitimos adherir a la consideración (minoritaria) de algunos societaristas haciendo nuestras las expresiones de uno de ellos para justificar tal postura: "Permitir que el socio emprendedor pueda prestar sus servicios a la SAS como un aporte de capital, conmensurable económicamente, permitiría flexibilizar este nuevo tipo societario para adaptarlo a aquellos supuestos en los cuales quien tiene la idea innovadora para desarrollar el negocio y la capacidad de brindar su prestación personal para llevarla a cabo, pueda estar en mejores condiciones de pactar con el inversionista, tanto el valor de su prestación como aporte que fija tanto el margen de su participación social como también fija un valor que no puede ser licuado ante futuros aumentos de capital dado que su participación societaria será protegida por la revalorización que sus servicios aportados implican para la sociedad".[955]

El legislador ha considerado puntualmente a los denominados Aportes Irrevocables, práctica usual entre la profesión contable y regulada por la Normativa Contable pero ignorada hasta aquí por la legislación societaria. Plantea la ley ahora que el aporte podrá mantener tal carácter (de irrevocable) por el plazo de 24 meses. Lapso que excede el dispuesto por IGJ para los demás tipos societarios (180 días).

Respecto a la transmisibilidad de acciones el legislador ofrece la posibilidad de imponer severas restricciones, permitiendo "blindar" la figura de los fundadores al asumir que su presencia es trascendente en el tipo de negocios que se imaginó el legislador al pensar en emprendimientos enmarcados en esta ley. Podrá el instrumento constitutivo estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la limitación no

955 CULTRARO, Gustavo. "Las Prestaciones Accesorias como aporte de capital en la SAS". XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. 6, 7 y 8 de Septiembre de 2019. Rosario.

exceda el plazo máximo de 10 años contados a partir de la emisión. Este plazo podrá prorrogarse por períodos adicionales no mayor a los 10 años, siempre que la respectiva decisión sea adoptada por el voto de la totalidad del capital social. Lo planteado supone un claro apartamiento respecto a las prerrogativas previstas en la LGS y al mismo tiempo una clara muestra de tinte en parte personalista para este nuevo tipo societario, por un momento alejándola del espíritu de la SA. Consideramos que puede llegar a ser una muy útil herramienta para aquellas empresas en donde la figura de los fundadores, quizás por su *expertise,* es vital para normal desenvolvimiento de la actividad del negocio.

ÓRGANOS

Los órganos de administración, de gobierno y fiscalización (de existir), funcionarán de conformidad con las normas previstas en la ley SAS (27349), instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y disposiciones generales de la LGS. Adhiriendo a lo sostenido por Pablo Van Thienen e Iván Di Chiazza[956], se plantea en el caso de la organización jurídica interna un criterio de supletoriedad piramidal claro: primero la ley SAS, luego el instrumento constitutivo y por último normas de SRL. Deseable hubiese sido igual claridad para definir el patrón de supletoriedad genérico y no el vago y ambiguo planteo del artículo 33 el que genera cuanto menos confusión. Al respecto dedicaremos algunas líneas más adelante.

En cuanto al órgano de gobierno, se replica el esquema decisorio considerado para la SRL, con una importante salvedad: no será necesario el voto de otro socio cuando uno reúna la mayoría de capital. Esta cuestión, típicamente resaltada como personalista para las SRL, es aquí dejada de lado para las SAS. Comenzamos a advertir lo difícil que resulta rotular a la SAS como "personalista" por disposiciones como la mencionada, pero con obstáculos también para incluirla dentro de la categoría de "sociedades capitalistas" (recordemos la posibilidad de limitar la transmisibilidad de acciones). Serán los usos y costumbres, a nuestro modesto entender, los que terminen definiendo la cuestión, siendo de momento poco fructífera la discusión al respecto. En cuanto al órgano político solo queda agregar la confusión aparente que despierta el artículo 49 en su último párrafo al sostener "las resoluciones del órgano de gobierno que se tomen serán válidas si asisten los socios que representen el 100% del capital social y el orden del día es aprobado por unanimidad". Podría interpretarse que es la única manera de tomar decisiones sociales, lo que entorpecería sensiblemente el funcionamiento de la SAS, cuestión que claramente se aleja de la intención del legislador. La confusión obedece a un criterio cuestionable de redacción. Los modelos tipo de estatuto emanados de la Inspección comienzan a clarificar la cuestión, al plantear que el requisito de unanimidad rige solo para las asambleas auto-convocadas.

En relación al órgano administrativo, podemos destacar que, a diferencia de la LGS, en la SAS el legislador no ha optado por un régimen denominativo y funcional definido, sino que ha dejado al arbitrio de los socios contrayentes su configuración. Asimismo, el legislador ha decidido no aprovechar la ocasión para incluir la posibilidad de que Personas Jurídicas sean funcionarios del órgano de administración, sosteniendo el criterio que hasta aquí se ha aplicado. Con los debidos controles creemos que sería una alternativa válida. Lo que sí ha contemplado expresamente el legislador al concebir la SAS, es la figura del "administrador de hecho" o *shadow director (director sombra)* según la legislación comparada. Resulta en este punto interesante valernos al rico análisis

956 VAN THIENEN, Pablo A. – DI CHIAZZA Iván G. "Sociedad por Acciones Simplificada y Supletoriedad de la LGS". Editorial La Ley. 17/08/2017.

realizado por Pedro Bellocq a propósito de la incorporación de la figura del administrador de hecho en la flamante Ley de Promoción de Emprendimiento que concibe a la Sociedad por Acciones Simplificada para el ordenamiento societario uruguayo. El referido autor distingue: "en el derecho inglés el *shadow* director corresponde a un sujeto que permanece en la sombra para eludir los deberes y responsabilidades de los directores, pero sin embargo dirige la actuación del órgano de administración de la empresa. …El *shadow director* se distingue del *de facto director* por el hecho de que el primero busca evadir los deberes permaneciendo en la sombra, mientras que el segundo no busca ocultar su influencia, sino que la ejerce descaradamente. El *de facto director* actúa por sí mismo, mientras que el *shadow director* actúa por intermedio de los directores, que hace lo que aquél les indica"[957] Bien podemos deducir que tanto en la ley uruguaya como en la argentina, el legislador ha intentado referirse a ambas figuras.

En su artículo 52 2° párrafo la ley 27249 dice: "las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervienen en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual". Creemos que lo anterior supondrá una poderosísima herramienta para que los organismos de contralor (el organismo fiscal en especial) intenten dedicar responsabilidades a administradores no formales. Quizás excediéndonos, podemos presumir que muchos intentarán pretender responsabilidades incluso a administradores de hecho de sociedades típicas de la LGS, sosteniéndose en este artículo de la ley SAS. Los ejemplos son variados: "cuando los administradores y representantes no cumplen con las condiciones legales para ejercer el cargo (inhabilitados), o cuando fueron electos en violación a las normas legales o estatutarias. También si poseen un poder general de administración y, en la práctica, reemplazan a los directores designados por el órgano de gobierno de la sociedad incurriendo en conductas propias de la función de aquellos. Lo mismo sucede ante la actuación promiscua y dominante del socio mayoritario, o de la controlante o del socio único que administra y dirige el ente sin integrar formalmente su órgano de administración, o sencillamente quienes cumplen *de facto* con funciones de gestión, administración y dirección propias de directores o gerentes, según el caso, entre otros."[958]

Por último, destacar la útil herramienta que implica el referido artículo 52 como instrumento de defensa para los trabajadores afectados por los supuestos allí previstos, siendo complemento a las protecciones comprendidas en la normativa laboral.

Resulta a esta altura pertinente preguntarnos respecto a la aplicabilidad de la herramienta del voto acumulativo en la elección de funcionarios del órgano administrativo. Ya sabido es que se trata de un potente instrumento para fortalecer el voto de las minorías en la elección de miembros del directorio de la SA. No es de aplicación absoluta, sino que exige de un mínimo de miembros en el órgano de administración ("minoría suficiente") y de cantidad de acciones para que su ejercicio sea útil. Su vigencia en otros tipos societarios como la SRL, se ha entendido posible vía previsión contractual. Ahora, puntualmente para el caso que nos ocupa, las SAS, nos permitimos referenciarnos en el jurista Pablo Arenas: "En caso de ausencia de previsión estatutaria, y frente a la pretensión de una accionista de ejercer las prerrogativas del artículo 263 de la LGS, sin perjuicio de encontrarnos frente a una regulación imperativa en el marco de la SA, no resulta posible su

957 BELLOCQ, Pedro. "El administrador de hecho en la #LeyEmprendeUY: ¿De Facto Director o Shadow Director? XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. 6, 7 y 8 de Septiembre de 2019. Rosario.

958 MARCOS, Javier Fernando. "Los Administradores y representantes de hecho en las Sociedades por Acciones Simplificadas. Su responsabilidad." XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. 6, 7 y 8 de Septiembre de 2019. Rosario.

aplicación por analogía en la SAS, quedando en este caso su aplicación equiparada a la solución para la SRL. En caso de previsión estatutaria por la negativa, tal cláusula será válida, a diferencia de lo establecido para la SA. Por último, en caso de previsión estatutaria afirmativa, se entiende tal previsión es válida puesto que no contraría el régimen especial de la SAS, siendo conciliable con el mismo."[959]

Poco a destacar respecto al órgano de fiscalización, pudiendo la SAS prescindir del mismo u organizar su órgano de control ajustándose a las premisas contenidas en la LGS o bien bajo alguna forma especial prevista por los contrayentes. Destáquese que el órgano de fiscalización es entonces optativo en todos los casos, incluso en aquellos casos en los cuales el capital supere la cifra prevista por el inciso 2 del art 299 de la LGS[960], lo que sin dudas significa una innovación exclusiva de este nuevo tipo societario. La interpretación ha sido ratificada por la IGJ al plantear en el Art. 30 de la Resolución General 6/2017 que "en ningún caso la SAS estará obligada a establecer un órgano de fiscalización, sea sindicatura o consejo de vigilancia, sin prejuicio de los derechos que confiere a los socios el artículo 55 de la Ley General de Sociedades".

CONTABILIDAD

En relación a los Estados Contables, plantea la ley en el art 58: "la SAS deberá llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables que comprenderán su estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deberán asentarse en el libro de inventario y balances". Esta disposición representa una clara interferencia respecto a la potestad de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas agrupados en la Federación de Consejos (FACPCE) para dictar normas contables profesionales de cumplimiento obligatorio. Nuevamente aquí la normativa administrativa del organismo de contralor (IGJ CABA) parece echar luz sobre la cuestión: RG 06/2017 IGJ Art 47: La SAS deberá llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables de conformidad con las normas contable vigentes…" Es decir, deberá presentar también Estado de Evolución de Patrimonio Neto y de Flujo de Efectivo.

Respecto a los Registros Contables, la ley exige que la SAS lleve: Libro de Actas, Libro de Registro de Acciones, Libro Diario y Libro Inventario y Balances. Asumimos que se trata de registros mínimos exigidos y que nada impide que la sociedad adopte otros registros que considere pertinentes, como por ejemplo un Libro de Actas del Órgano de Administración. Exige la ley que la individualización de los Libros sea realizada por medios electrónicos, no debiendo confundir la individualización con "llevar" digitalmente los mismos. Respecto a esto último, el legislador habilito a los registros a implementar mecanismos que permitan suplir la utilización de los citados registros mediante medios digitales. El flamante decreto 27/2018 citado más arriba no hace más que convalidar el criterio definido para las SAS, al modificar el art 61 de la LGS permitiendo a los tipos societarios allí considerados, llevar de manera digital sus libros societarios y contables. Decreto 27/2018 PEN 10/1/2018. Art. 5 - Sustitúyase el artículo 61 de la ley general de sociedades 19550 (t.o. 1984) y sus modificatorias, por el siguiente: "Art. 61 - Podrá prescindirse del cumplimiento de la formalidades impuestas por los artículos 73, 162, 213, 238 y 290 de la presente ley, como así también de las impuestas por los artículos 320 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de la Nación para llevar los libros societarios y contables por registros digitales mediante medios digitales de igual manera

959 ARENAS, Pablo E. "¿Resulta aplicable el voto acumulativo en la SAS?". XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. 6, 7 y 8 de Septiembre de 2019. Rosario.

960 Hoy $50.000.000 según art. 1° de la Resolución N°529/18 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. B.O. 13/07/2018.

y forma que los registros digitales de las sociedades por acciones simplificadas instituidas por la ley 27349". La referida modificación, fue luego confirmada por la Ley 27.444.

A la fecha, con genuino agrado podemos decir que la jurisdicción de la Provincia de Córdoba, a través del organismo de contralor, ha logrado un importantísimo y ya consolidado avance en este tema. Al día de hoy y a través de la denominada "plataforma CIDI Ciudadano Digital" es posible en cuestión de horas obtener la CUIT y Matrícula Definitiva de una SAS. Al mismo tiempo de manera automática se habilitan digitalmente los mencionados libros sociales obligatorios, para su posterior llevado de igual forma. Sin dudas un progreso notable que no hace más que imprimir transparencia y celeridad al quehacer societario.

CONSIDERACIONES VARIAS

Simplificación de trámites

La ley SAS plantea una esperada exigencia en materia de agilización de trámites relativos a la conformación de la sociedad. Lo ya mencionado respecto al trámite constitutivo propiamente dicho ante la Inspección, pero además plantea plazos en materia de obtención de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y de cuenta corriente ante Entidades Bancarias. Son ya conocidos por los profesionales que caminan los stands de AFIP los obstáculos con los que la Sociedad se enfrentaba al intentar obtener su CUIT. Amparándose en las facultades que la normativa del Organismo Fiscal les atribuye, los funcionarios han sabido rechazar la inscripción de sociedades por motivos tan variados como cantidad de Agencias en el territorio nacional. Algunas veces con justificado criterio, otras tantas sin el más mínimo sustento, pero siempre en definitiva dificultando el inicio del emprendimiento. En la mayoría de los casos los motivos de rechazo obedecen a la insuficiente prueba del domicilio fiscal declarado. Convencidos estamos de que existen alternativas que sin entorpecer el seguimiento por parte de AFIP no dificultarían el nacimiento fiscal de la sociedad. Huelga decirlo, sin CUIT la sociedad difícilmente puede desenvolver su actividad, razón por la cual muy bienvenida ha sido la iniciativa del legislador al exigir del Organismo Fiscal el otorgamiento de CUIT en un plazo de 24hs sin necesidad de presentar prueba de domicilio ante el organismo sino dentro de los 12 meses de constituida. Lo ya referido respecto a que la iniciativa por parte del organismo de contralor de la Provincia de Córdoba fue por demás rápida, convirtiéndose en una de las jurisdicciones "insignia" en la tarea de tornar operativo en la práctica los a priori pretenciosos plazos de inscripción definidos por el legislador. A través de la generación de normas conjuntas entre la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba (IPJ) y la AFIP Regional Córdoba, es hoy posible lograr en minutos la obtención de la CUIT y en horas la matrícula definitiva. Cuestiones otrora inimaginadas, son hoy una gestión posible. Ello no hace más que demostrar el real potencial de nuestras dependencias públicas cuando media decisión política. Esperemos esto sea un síntoma que pronto se contagie a otras ramificaciones del Estado, y en todos sus estamentos. Fue a través de la Resolución General Conjunta (AFIP- MF Cba.) Nº 4264 de Junio de 2018 que se estableció que las solicitudes de inscripción de SAS con domicilio legal en la Provincia de Córdoba se realizaran ante la Dirección General de Personas Jurídicas de la provincia, a través del formulario disponible en el servicio informático de la ya mencionada plataforma "Ciudadano Digital", al que accede el representante legal o sujeto autorizado con su clave fiscal de la AFIP para proceder a la inscripción de la sociedad. La Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas, una vez analizada la información y documentación digitalmente recibidas, asigna CUIT a la sociedad y habilita domicilio

fiscal electrónico. La finalización del trámite es comunicada por la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas a través del servicio web utilizado para solicitar la inscripción.

Igual plazo (24hs) plantea como exigencia el legislador para la apertura de cuenta bancaria. Situación también bien recibida, atendiendo la importancia de que la sociedad este bancarizada en la realidad mercantil actual. Si bien las entidades bancarias, fundamentalmente las de origen privado, ya mostraban celeridad en el proceso de apertura de cuentas bancarias dada la importancia comercial de un nuevo cliente para la entidad, la sanción de la ley fue tomada como un factor de aliento que incentivó aún más las ya agresivas políticas de captación de nuevos "compradores", haciendo foco en el potencial cliente SAS y destacando la rapidez en el proceso de otorgamiento del CBU.

Régimen Tributario

Un aspecto que parece haber sido ignorado por el legislador al redactar la ley es que la terminología empleada en la denominación del nuevo tipo societario (SAS), no se compadece con la empleada por la LGS ni con la ley de Impuesto a las Ganancias (artículo 69 inc a.). Lo dicho despertó en su momento la inquietud entre los tributaristas respecto a cuál sería el tratamiento a dedicar a las SAS, si el propio de las sociedades de capital y SRL, o el de las personalistas. Esta cuestión fue zanjada tras la sanción de la ley de "Reforma Impositiva" (ley 27430, 29/12/17), la cual modifica el mencionado artículo de la ley del gravamen agregando a la SAS como sujeto alcanzado, equiparándola a la SA y descartando de lleno la alternativa de que los resultados fueran gravados en cabeza de los socios.

Generó algunas opiniones en su momento la posibilidad de incluir a la SAS dentro del Régimen Simplificado para pequeños Contribuyentes (conocido como Monotributo). Posibilidad también desechada a partir de la Reforma Impositiva que incluso eliminó la hasta entonces posible alternativa de empadronar como monotributistas a las Sociedades "Simples" de la Sección IV (ex "sociedades de hecho"). Si bien la valoración al respecto excede las pretensiones de este trabajo, nos permitiremos una breve opinión al respecto. El Régimen Simplificado para pequeños Contribuyentes fue oportunamente concebido como un paso transicional del contribuyente, sin dudas inicial, que le permitiera consolidar su actividad para luego (lo más rápidamente posible) migrar su estructura fiscal al régimen general. Asumimos bien podría haberse incorporado a la SAS como sujeto pasible de ser incorporado al referido régimen impositivo. Ello atendiendo el espíritu originalmente dedicado a la SAS y la óptica con la que originalmente se consideró al "Monotributo". Sin embargo, nuevamente la realidad argentina choca contra las concepciones teóricas y los imperfecciones o sesgos producidos a raíz de un abusivo uso de las herramientas concebidas por el legislador son corregidas mediante improvisadas actualizaciones que no hacen más que tornar muchas veces injusto un planteo originalmente equitativo y genuino. En el caso puntual del Régimen Simplificado para pequeños Contribuyentes se observa con suma frecuencia en la práctica el fenómeno de "enanismo fiscal", en virtud del cual contribuyentes que decididamente deberían autoexcluirse del "monotributo" por superar los parámetros definidos como condición para su permanencia, mediante ardides varios o simplemente omitiendo las gestiones necesarias omiten su "paso" al Régimen General para evitar una realidad fiscal por cierto mucho más gravosa. Comentario aparte merece el hecho de que ese traspaso de un régimen a otro implique un incremento en el costo fiscal superlativo, que en la mayoría de las veces trastoca sensiblemente la matriz de costos del contribuyente tornando inviable una actividad. Lo referido justifica la pretensión del legislador de no incluir dentro de los sujetos pasibles de ser calificados como

"monotributistas" a la SAS, pero quizás nuevamente se cometió el error de consagrar normas atendiendo la patología.

Supletoriedad

Por último, pero no por ello menos importante, valoramos conveniente considerar el tema de la aplicación supletoria de la LGS. Ya algunos comentarios hemos expresado en las anteriores páginas, pero merece el tema dejarlos en claro. Seguiremos sosteniendo nuestras expresiones en el completo escrito ya referenciado de Van Thienen y Di Chiazza, quienes ven en este apartado (la supletoriedad de la LGS en la SAS) un factor de riesgo que eventualmente puede poner en peligro el (presumible) natural crecimiento de este nuevo tipo societario. Como decíamos, el legislador ha sido claro en cuanto a definir la pirámide de supletoriedad respecto a la organización interna de la SAS, pero no al definir el criterio de supletoriedad genérico que se desprende del art 33 de la ley. Sabemos que la ley SAS ha tomado de modelo exitosas legislaciones de otros países (como Colombia especialmente, pero también Chile). Esperable hubiese sido replicar también los criterios por ellos aplicados en cuanto a la supletoriedad de otras leyes. Como bien plantean los autores ya citados, al ser la ley SAS tan breve, sus silencios deberán ser cubiertos por la LGS y dependerá allí de la óptica con la que se interprete dicha ley, si la autonomía pretendida para la SAS por el legislador es respetada o (lastimosamente para la SAS) cercenada.

CONCLUSIONES

Seguramente repetiremos conceptos ya vertidos más arriba, pero no podemos dejar de destacarlos a modo de conclusión. Consideramos a la SAS un sano intento del legislador por atacar el peligroso e innecesario *delay* en la conformación de entidades societarias. Creemos muy interesante la posibilidad de constituir SAS de un solo socio. Aplaudimos el reconocimiento por parte del legislador respecto a los nocivos efectos que genera en el sector empresario y emprendedor las demoras en el otorgamiento de la CUIT y apertura de cuenta bancaria. Reconocemos como útil el tratamiento dedicado a las prestaciones accesorias y lamentamos la consideración hecha hasta el momento por IGJ. Tememos que una visión por demás "institucionalista" intente considerar a la SAS de igual manera que a la SA, comenzando a mutilar las cualidades de dinamismo y flexibilidad con las cuales este nuevo tipo societario pretende diferenciarse de sus compañeras en el escenario societario.

En legislaciones de otros países tomadas de parámetro al redactar esta ley, el tipo SAS ha sido un rotundo éxito, llegando a significar más del 60% de las nuevas empresas constituidas. Lo hasta aquí sucedido no hace más que replicar ese exitoso antecedente.

Se ha escuchado de algún societarista plantear que bien podría constituir "mala praxis" el no aconsejar este tipo societario para la estructuración de un nuevo negocio, cualquiera fuera. No nos animamos a adherir a tal planteo, más sí podemos asegurar que lo sería el no ver a la SAS como una alternativa de obligada consideración.

*Agradecimientos:

Al Prof. Mg. Ab. José Luis Bertola, porque sin su desinteresada predisposición no hubiera podido desarrollar mi inquietud docente, ni despertar mi interés por el derecho societario.

Al Prof. Esp. Cr. Carlos J. Guitman, por su generosa ayuda en mi afán de armonizar el ejercicio de la profesión de contador público con el estudio del derecho societario.

A ambos, por su amistad.